جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة سداسية متخصصة محكمة

Université Abderrahmane Mira - Bejaia
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

Revue Académique de la Recherche Juridique

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني
عدد خاص spécial 2017
2017 Numéro
Revue Académique de la Recherche Juridique

السنة الثامنة/ عدد خاص 2017 — Huitième Année/Numéro spécial 2017

ISSN : 2170 - 0087 — رد م د:2170-0087

Dépôt légal n° 57-2010 — الإيداع القانوني:57_2010

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية

المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة الثامنة / عدد خاص 2017

ر د م د: 0087-2170
رقم الإيداع القانوني:57- 2010

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

هيئة تحرير المجلة

مدير النشر: الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة بجاية.

رئيس التحرير: الدكتور بري نورالدين، أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية.

أمانة المجلة:

- عوف السعدي
- أسياخ سمير
- بن موهوب فوزي

المراجعة اللغوية:

- الدكتور : تريكي فريد (اللغة العربية).
- الأستاذ الدكتور : صدّام فيصل كوكز المحمدي (اللغة الانجليزية).
- الدكتور : بري نورالدين (اللغة الفرنسية).

اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة:

- الأستاذ الدكتور زوايمية رشيد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور معاشو عمار، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور عائض سلطان البقمي، معهد الإدارة العامة الرياض، السعودية.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي، جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور محمد خليل يوسف ابو بكر، جامعة الزيتونة، عمان، الأردن.
- الأستاذ الدكتور جيل ماثيو، جامعة بول سيزار مارسيليا، فرنسا.
- الأستاذ الدكتور لويس كادي، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلباك، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور بودربوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور كايس شريف، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور إقلولي محمد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذة الدكتورة إقلولي ولد رابح صافية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور محمد الهادي المكنوزي، جامعة محمد الخامس بالرباط، المغرب.
- الاستاذ الدكتور فالي علال ، جامعة محمد الخامس بالرباط، المغرب.
- الاستاذ الدكتور بازي محمد ،جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب.
- الدكتور نجيب بن عمر عوينات، جامعة جندوبة، تونس.
- الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتورة إقروفة زوبيدة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور دحماني عبد السلام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور قبايلي طيب، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجمعة، المملكة العربية السعودية.
- الدكتورة آمال كامل محمد عبد الله، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان.
- الدكتور معيفي لعزيز ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

أهداف المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية محكمة ومتخصصة في مجال القانون، أُنشأت بموجب محضر المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية تحت رقم 07/CSF/FD/08 سنة 2008.

تتمتع المجلة بهيئة تحرير تشمل مدير للنشر ورئيس التحرير ولجنة علمية ولجنة قراءة، تضم مجموعة من الأساتذة الجامعيين (برتبة أستاذ، أستاذ محاضر)، البارزين والمتخصصين في الدراسات القانونية من بعض الجامعات الجزائرية، وتدعّمت خلال سنة 2014 من خلال المجلس العلمي للكلية بأسماء أساتذة وباحثين أجانب قصد إصباغها الطابع الدولي وتمكين المجلة من التفتح على المحيط الدولي.

يخضع النشر في المجلة إلى مقاييس محددة وفقا للمعايير الوطنية والدولية المعتمدة في الأعمال العلمية الأكاديمية المتعارف عليها. فضلا عن هذا، تكون المقالات المقدمة للنشر موضوع خبرة يتولاها أعضاء اللجنة العلمية بناء على تقريري خبرة (02) لتقييم القيمة العلمية لهذه المقالات والتأكيد على قبولها أو رفضها للنشر، كما يمكن اللجوء إلى خبرة ثالثة في حالة تعارض الخبرتين.

تهدف المجلة من هذا المنطلق إلى تحقيق أهداف علمية يمكن إيجازها في تسليط الضوء على المستجدات الحاصلة في المنظومة القانونية على المستوى الوطني والدولي، ونشر الثقافة القانونية وتدعيم المكتبة الوطنية في مجال الحقوق بالدراسات والبحوث العلمية المتخصصة.

كما تهدف المجلة إلى نشر بحوث من مختلف التخصصات وباللغات الثلاثة العربية والإنجليزية والفرنسية في مجال القانون والعلوم الإدارية.

تهدف إلى إشراك باحثين من داخل جامعات الوطن وخارجه في سبيل تطوير البحث العلمي وتفتحه على الدراسات المقارنة بغرض إعطائها طابع التحكيم الدولي.

كما تسعى المجلة الأكاديمية للبحث القانوني إلى مساعدة الأساتذة الباحثين إلى الترقية العلمية وتأهيلهم لدرجة الأستاذية أو أستاذ محاضر "أ" أو لتمكينهم من مناقشة رسائلهم في الدكتوراه.

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مقاييس النشر

يُمكن المشاركة بمقالات باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الانجليزية) مع وجوب إرفاق عنوان المقال، الملخّص، والكلمات الدالة باللغات الثلاث .

تُعرض المقالات على لجنة التحرير بغرض المعاينة التقنية للنظر في مدى مطابقتها لمعايير النشر، ثم تعرض للتحكيم على محكمين على الأقل من أعضاء اللجنة العلمية للمجلة.

و يلتزم الباحث بمراعاة المقاييس التالية:

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات: يذكر صاحب المقال الاسم و اللقب والرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية يكتبها باللغة العربية والفرنسية، مع وجوب إفادتنا بـ : سيرة ذاتية مؤشر عليها من طرف الهيئة المستخدمة، أو شهادة عمل مصورة بالنسبة للأساتذة و شهادة مدرسية مصورة بالنسبة للطلبة.

الهوامش: يكون ترقيم الهوامش متسلسلا من بداية المقال إلى نهايته وتدوّن في نهاية المقال مع عدم استعمال الإدخال الاتوماتيكي **(Insertion Automatique).**

المراجع: تُذكر المراجع في الهوامش حسب الطرق المعتادة و على النحو التالي:

- **الكتب:** المؤلف، العنوان، دار النشر، السنة، الصفحة (ص).

-**المقالات:**المؤلف، العنوان، المجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة (ص).

- **أشغال الملتقيات:** إسم و لقب الباحث، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى،المكان، التاريخ،الصفحة.

المظهر: يجب ألاّ يتجاوز المقال 20 صفحة.

تُطبع المقالات بخط Sakkal Majallaحجم 20 للمضمون و 16 بالنسبة للهوامش بالنسبة للعربية، بخطTimes New Roman حجم 14 للمضمون و 12للهوامش بالنسبة للغة الأجنبية، الفراغ بين الأسطر 1سم(Interligne) .

تُرسل المقالات أو تــودع في نســختين ورقيتين مصحوبة بنسخة محفوظة في قرص مرن (CD) إلى العنوان التالي مكتب تحرير المجلة الأكاديمية للبحث القانوني لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، قطب ابوداو طريق تيشي بجاية، أو عن طريق البريد الالكتروني إلى العنوان التالي:

البريد الإلكتروني: revue.academique@yahoo.fr

الهاتف/ فاكس: 034229357

الموقع الإلكتروني للمجلة: http://droit-bejaia-revue-academique.net

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

كلمة رئيس التحرير

بسم الله الرحمان الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم، والحمد لله رب العالمين.

أنه من دواعي السرور أن أُقدم لكم هذا العدد الخاص من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد "خاص" فرضه التحول إلى النشر الإلكتروني ابتداء من العدد الثاني لسنة 2017.

تنوعت الأبحاث في هذا العدد بين عدة مجالات منها القانون الإداري و قانون المعاملات الدولية، قانون الضبط و المنافسة، وحماية الاستثمار و التحكيم الدولي، وقانون النقد والقرض، والقانون الدولي و الإنساني، و القانون المدني، و القانون الجنائي والجرائم الالكترونية، وغيرها من المواضيع التي وصلت إلى **36** مقال باللغتين العربية والفرنسية.

حاولت المجلة أن تواصل عملية نشر الأبحاث ذات النوعية والتنوع، من داخل الوطن ومن خارجه، لتشمل كل التخصصات القانونية، كما تواصل تحسين أداءها والرفع من مستوى الباحثين من خلال إشراك محكمين أجانب إلى جانب زملاءنا من الجامعات الجزائرية من مصف الأستاذية في عملية التقييم.

ولازالت المجلة كالعادة تأمل في الوصول إلى الأحسن، بفضل مشاركة الباحثين الذين يرغبون في نشر مقالاتهم التي يصبون من خلالها إلى مناقشة اطروحاتهم أو للحصول على التأهيل الجامعي أو الترقية إلى درجة الأستاذية.

نود في الأخير أن نُعلم الأساتذة و قراء المجلة أنه سيتم التحول إلى النموذج الإلكتروني إبتداء من العدد المقبل (2 لسنة 2017)، و تكون المجلة قابلة للتحميل في الموقع التالي: *www.asjp.cerist.dz/*

رئيس تحرير المجلة

الدكتور نورالدين بري

الفهرس

أيت منصور كمال

الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية.....11

موساسب زهير و خلفي عبد الرحمان

قراءة نقدية لدور محكمة الجنايات الاستئنافية في ظل القانون 17ـ07.....24

عيساوي عزالدين و بري نورالدين

من ضبط الدولة إلى الضبط الخاص: حول مكانة الاتفاقيات الجماعية ضمن قواعد قانون العمل 44

محمد نصر القطري

دور الإنتربول في مكافحة جريمة الإرهاب 56

هاشم أحمد بني خلف

المساواة في الحقوق بين المرأة العاملة والرجل العامل في ظل نظام العمل السعودي.....76

حساني خالد

مشروعية استخدام القوة بتفويض من مجلس الأمن بين أحكام الميثاق والممارسة الدولية.....101

تواتي نصيرة

المركز القانوني للوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة.....115

بطاطاش أحمد

مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا "النيباد": تحقيق التنمية أم تكريس التبعية؟.....132

أوباية مليكة

الاستثمار في القطاع السمعي البصري ما بين النصوص والواقع.....143

تعويلت كريم

التحكيم الداخلي في القانون الجزائري: مقتضيات تشجيعه وتفعيله.....164

بلمهوب عبد الناصر

تغيير الطبيعة القانونية لعقد العمل من محدد المدة إلى غير محدد المدة على ضوء الأحكام القضائية.....179

دموش حكيمة

التأمين الصيرفي في القانون الجزائري.....197

طباع نجاة

التوجه نحو الاستثمار الجزائري في الخارج: تراجع عن التدخل أم تشديد للرقابة؟.....211

مختور دليلة

حظر البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي: استثناء لحرية الأسعار.....226

عبدلي نزار

فعالية الجباية البيئية في مجال تسيير النفايات في الجزائر 245

حميطوش جمال

القواعد الآمرة في الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية.....262

تغربيت رزيقة

ضمان المساواة في المعلومة المالية بين المتدخلين في سوق الأوراق المالية.....270

شراد محمد

الغرف الإفريقية الاستثنائية كآلية لمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية.....287

سحر فؤاد مجيد

جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت (دراسة في القانون الأمريكي والعراقي)....301

منعة جمال

نشر المعــاهدات الدولية في الجزائر بين تباين النصوص القانونية وتناقض في الاجتهاد والأحكام القضائية 321

مهني هيبة

العقبات الأمريكية في وجه النفاذ المباشر لاتفاقيات حقوق الإنسان على إقليمها 332

غواس حسينة

دور التخطيط العمراني في حماية البيئة 346

ياحي ليلى

نحو الاعتراف بالجيل الرابع لحقوق الإنسان.....362

حمود صبرينة

حماية الأطفال في ظل التغيرات المناخية الراهنة.....382

بن قري سفيان

إزالـة تجريم قانون الشركات التجاريـة.....398

باعة سعاد

المسؤولية الإدارية دون خطأ للمرفق العام: المستشفى العمومي نموذجًا.....422

زيدالخيل توفيق

تفعيل سلطات القاضي الإداري في ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 435

علاوة حنان

عن فعالية إصلاحات تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن في القانون الجزائري.....451

عليم ليدية

حول فعالية الضمانات المستحدثة لمراقبة الانتخابات المحلية.....467

بن الحاج زاهية

خصوصية الاستثمار في قطاع المناجم.....481

بوبرقيق عبدالرحيم

مدلـول العـمل التعاقدي في جـريمة الـرشوة في الـقانون الجزائري وفي التشريعات الجزائية الأجنبية.....494

بومنصور نورة

المواجهة القانونية لتعارض المصـالح في الإدارة العموميّة - دراسـة مـقارنة بين الـتشريع الجـزائري والـفرنسي-.....513

موساوي نبيل

الإخطار التلقائي للسلطات الإدارية المستقلة.....530

الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية*

أ.د. أيت منصور كمال،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Pr. AIT MANSOUR Kamal,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

يشكل قبول الإحالة من الدرجة الأولى تطور هام في القانون الدولي الخاص الجزائري، إذ استجاب المشرع للنظرة الفقهية المعاصرة والتي تنادي باعتماد الحل الوظيفي للإحالة والابتعاد عن النظرة الكلاسيكية التي ترتكز على معطيات نظرية، إلاّ أنه تتوقف مسألة قراءة دور قاعدة الإسناد الخاصة بالإحالة وفهم أهداف المشرع الجزائري منها على أساس دراسة نظرية بسبب غياب تطبيق النص من طرف القاضي لتخلف العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي أمام المحاكم الجزائرية على خلاف الوضع في قضاء الدول العربية، وهو ما يثير جدوى تميز القانون الجزائري على أغلبية قوانين هذه الدول الرافضة للإحالة

الكلمات المفتاحية:

القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإحالة، الاختلاف حول الإحالة، الإحالة من الدرجة الأولى، الحل الوظيفي للإحالة، دور القاضي الجزائري.

Referral from the Perspective of the Algerian Support Base

Abstract:

The acceptance of a first-class referral constitutes an important development in Algerian private international law. The legislator has responded to the contemporary jurisprudential view, which calls for the adoption of a functional solution for referral and distancing itself from the classic view based on theoretical data. However, the question of reading the role of the reference base for referral and understanding the objectives of the Algerian legislator On the basis of a theoretical study because of the absence of the application of the text by the judge to leave private relations with an international dimension before the Algerian courts, unlike the situation in the judiciary of the Arab countries, which raises the usefulness of distinguishing Algerian law on the majority of the laws of these countries rejecting For referral

Keywords:

Private international law, conflict of laws, referral, variation on referral, first-degree assignment, career solution for assignment, role of the Algerian judge**.**

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/25 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Le renvoi dans la règle de rattachement algérienne

Résumé:

L'acceptation du renvoi au premier degré constitue un développement important dans le droit international privé algérien. De ce fait, législateur adopte la théorie doctrinale contemporaine, qui appelle à l'adoption d'une solution fonctionnelle du renvoi et de s'éloigner de la vision classique basée sur de la théorie. Toutefois, pour comprendre le rôle de la règle de rattachement du renvoi adoptée par le législateur algérien, il est judicieux d'engager une étude théorique et ce, à défaut d'application du texte par le juge pour absence de dimension internationale des relations posées devant les juridictions algériennes, contrairement à la situation dans les juridictions des États arabes, ce qui soulève la question de la pertinence de distinguer la législation algérienne avec la majorité des lois de ces États qui rejettent le renvoi.

Mots clé :

Droit international privé, conflits des lois, le renvoi, divergence au sujet du renvoi, renvoi au premier degré, solution fonctionnelle du renvoie, rôle du juge algérien.

مقدمة

تعتبر الإحالة من أبرز المواضيع التي خص لها المشرع الجزائري قاعدة إسناد في تعديل القانون المدني سنة 2005[1] وذلك بالنظر أولا إلى غياب الاهتمام التشريعي بها منذ سنة 1975[2] وثانيا إلى مسألة الاختلاف حول قبولها حيث شكلت أهم محاور القانون الدولي الخاص المقارن.

تنص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه:"إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

تفصل المادة 23 مكرر 1 في مسألة ماذا كان يتعين على القاضي الجزائري في مادة تنازع القوانين تطبيق القواعد الموضوعية أم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي للفصل في النزاع باعتباره القانون الواجب التطبيق.

تندرج الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري ضمن التعديلات الهامة والجوهرية التي مست قواعد الإسناد في سنة 2005 بهدف البحث عن القانون الملائم لحكم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي والاستجابة لمختلف مصالح المتعاملين، لذا لا يمكن البحث في موضوع الإحالة من زاوية قبولها أو رفضها من طرف المشرع الجزائري حيث شكلت المادة 23 مكرر 1 وفي عدة مناسبات علمية محل اختلاف بين الباحثين الجزائريين فهل تتضمن المادة قبول الإحالة بنوعيها أو رفضها ؟وامتدت بعض الآراء إلى إثارة التناقض في موقف المشرع من خلال صياغة النص، بل يتطلب أن ينصب البحث في مدى ملائمة وفائدة قبول الإحالة وهو الدور الذي يمكن أن تؤديه قاعدة الإسناد الجزائرية في إطار الأهداف التي يرمي إليها

المشرع، وهو ما أطلق عليه الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص بالحل الوظيفي للإحالة.

يشكل موضوع البحث عن الحل الوظيفي للإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري أهمية بالغة وذلك من زاويتين:

-**من الزاوية النظرية:** يتطلب ربط نص المادة 23 مكرر 1 من الوجهة العلمية بمختلف المعطيات الفقهية والقضائية المتعارف عليها في مادة الإحالة مع أخذ بعين الاعتبار الجذور التاريخية للمشكلة، حيث أثيرت الإشكالية في القانون الجزائري في ظل الاستقرار النسبي للنظرية في مختلف تجارب الدول مع العلم أنها مسألة قديمة تبلورت عند القضاء الفرنسي منذ سنة 1978 في قضية (Forgo) وتحدد الدراسة النظرية من خلال توضيح صياغة النص من الناحية الشكلية لإبراز مضمونه وفق المعطيات السابقة(**أولا**).

-**من الزاوية العملية**:يتطلب أن تتعدى دراسة مشكلة الإحالة في القانون الجزائري إلى تحديد دور القاضي في إعمال نص المادة 23 مكرر 1 وهي مسألة عملية جد مهمة بالنظر أولا إلى غياب تجارب عملية في مادة القانون الدولي الخاص وثانيا يترتب عن إعمال الإحالة أثار مختلفة يتبين منها الحل الوظيفي المراد من طرف المشرع(**ثانيا**).

أولا: موقف المشرع الجزائري من الإحالة: دراسة صياغة النص

اعتمد المشرع الجزائري في صياغة نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الخاصة بالإحالة على نفس الأسلوب المعتمد من طرف المشرع الإماراتي في المادة 26 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة[3] والتي تنص على أنه: "1-إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

2-على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق."

يعتبر بعض الباحثين الجزائريين الأسلوب الشكلي المنتهج من طرف المشرع في بناء نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني السبب الأساسي لاختلاف وجهات النظر حول مسألة قبول الإحالة وهو ما سنعتمد عليه في قراءة موقف المشرع الجزائري والذي يبرز رأيه في فقرتي نص المادة حيث تتضمن الفقرة الأولى من النص رفض الإحالة(**1**)وتنص الفقرة الثانية على قبول الإحالة من الدرجة الأولى(**2**) وعلى أساس دراسة كلا الفقرتين يبرز موقف المشرع الجزائري من خلال الصياغة العامة للنص(**3**).

1-الفقرة الأولى من النص: رفض الإحالة

تنص الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه : "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان".ويفهم من النص أنه إذا تقرر بموجب قواعد الإسناد الوطنية تطبيق القانون الأجنبي فإن هذا القانون سيطبق للفصل في النزاع وهو ما يتطلب الرجوع مباشرة إلى قواعده الموضوعية من دون قواعد الإسناد لهذا القانون الأجنبي، وتتضمن الفقرة رفض الإحالة.

يمكن ربط مسألة رفض الإحالة في القانون الجزائري بنوعين من المعطيات والتي أثرت على موقف المشرع في صياغة نص المادة، تتمثل فيما يلي:

أ-المعطيات التاريخية لنظرية الإحالة

أثيرت إشكالية الإحالة منذ اعتراف محكمة النقض الفرنسية في سنة 1878 بالإحالة من الدرجة الأولى في القضية الشهيرة(Forgo)[4] إذ منذ ذلك الوقت كانت محل رفض العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص و اعتبرت من أبرز مشاكل منهج قواعد الإسناد في حل قضايا تنازع القوانين بالنظر إلى ما يمكن أن ينتج عنها من آثار سلبية لا سيما إمكانية الخروج عن وظيفة قواعد الإسناد الوطنية، وتعطيل مصالح الأفراد وحسن سير القضاء في حالة رفض كل قانون اختصاصه لحل النزاع و الدوران في حلقة مفرغة[5]، وقد أثر هذا الموقف الفقهي على العديد من التشريعات الوطنية والتي رفضت صراحة الإحالة مثل القانون المدني المصري[6] القانون المدني السوري[7] ومجلة القانون الدولي الخاص التونسي[8] ورفضت الإحالة حتى في التطبيقات القضائية فقد استقر مثلا القضاء المصري على عدم قبول الإحالة مهما كان نوعها وأكدت محكمة النقض هذا الموقف في سنة 1958[9].

ب-المعطيات التاريخية لقاعدة الإسناد الجزائرية

أخذ المشرع الجزائري في صياغة الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 بعين الاعتبار موقفه الكلاسيكي إزاء الإحالة، حيث لم يتضمن القانون المدني لسنة 1975 أي نص خاص بالإحالة، وهو ما يفسر عند الفقه برفضها على أساس أنها تعتبر استثناء إذا تخلفت يتطلب الرجوع إلى الأصل المتمثل في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي منحت له قواعد الإسناد الوطنية الاختصاص[10] وقد فسر بعض أساتذة مادة القانون الدولي الخاص سكوت المشرع الجزائري عن الإحالة بمثابة رفض لها وذلك بمناسبة تعليقهم على قواعد الإسناد الجزائرية لسنة 1975 ومن أبرز الدراسات:تلك التي قام كل من الأستاذ الفرنسي(PEYRAND) في مقال له منشور في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة

1977[11] والأستاذ المصري عز الدين عبد الله في مجلة مصر المعاصرة لسنة 1979[12]، والأستاذ علي علي سليمان في مؤلفه تحت عنوان:"مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري في سنة 1984[13].

أدرجت قواعد الإسناد الجزائرية ضمن أحكام القانون المدني الصادر في سنة 1975 وهو نص تأثر بالقانون المصري بالنظر إلى المعطيات التاريخية لصياغته، وفي القانون المصري رفض المشرع الإحالة بموجب المادة 28 من القانون المدني واستندت الأعمال التحضيرية للنص[14] إلى أسباب تتمثل أولا في معطيات تاريخية مرتبطة بالمجتمع المصري خاصة بالمادة 31 من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة والتي تخضع مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أصحاب الامتيازات في مصر إلى قانونهم الوطني من دون أخذ بعين الاعتبار قواعد القانون الدولي الخاص لتفادي تطبيق القانون المصري، وثانيا التأثر بنص المادة 30 من القانون المدني الايطالي التي رفضت الإحالة على أساس أنّ قبولها سيؤدي إلى الخروج عن هدف قواعد الإسناد الوطنية التي تمنح الاختصاص للقانون الأجنبي.ونشير إلى أنه رفضت الإحالة من طرف الأستاذ عبد الحميد أبو هيف[15]وذلك قبل صدور القانون المدني في سنة 1948.

2-الفقرة الثانية من النص: قبول الإحالة من الدرجة الأولى

تنص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 على أنّه:"غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"ويعبر النص على قبول تطبيق القانون الجزائري للفصل في النزاع بناء على أوامر قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، وهو ما يعبر عنه الفقه بقبول الإحالة من الدرجة الأولى أو الإحالة الحقيقية.

إن قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 يمكن أن يندرج في إطار التطوّر الذي وصل إليه الفقه في موضوع الاختلاف حول الإحالة، حيث ينادي الموقف الفقهي الحديث إلى تفادي البحث في موضوع الإحالة من منظور تقليدي يعتمد على قبولها أو رفضها بل يتطلب الأمر النظر في الحل الوظيفي الذي يمكن أن تؤديه، حيث تقبل الإحالة في حالة ما إذا كان سيؤدي تطبيقها إلى النتائج التي أرادها المشرع من خلال قاعدة الإسناد الوطنية[16] ويندرج في هذا الإطار منظور الفقه الأمريكي الحديث، فيرى الأستاذ(CAVERS)بقبول الإحالة إذا كان من شان ذلك الوصول إلى حل ملائم والمتمثل في إقامة العدالة المادية بين طرفي المنازعة ويرى الأستاذ (CURRIE) بأنه قد يتمثل الحل الملائم في وجود مصلحة الدولة [17].ويرى بعض الباحثين[18] أن الإحالة أصبحت من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

يشكل قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الدولي الخاص الجزائري تطور هام من الوجهة العلمية النظرية، وهذا على خلاف الوضع في القانون المصري باعتباره المرجع التاريخي للقانون المدني الجزائري إذ لم تشهد المادة 28 من القانون المدني والتي ترفض الإحالة أي تغير على الرغم من تشعب قضايا القانون الدولي الخاص في القضاء المصري، وظهور فقهاء من بينهم الفقيه عز الدين عبد الله[19] ينادون بقبول الإحالة من الدرجة الأولى لهدف تأكيد السيادة الإقليمية باعتبارها الأصل العام في القانون وتحقيق بعض الأهداف التي ترمي إليها قواعد التنازع المصرية، إلاّ أنه يرى البعض من الفقهاء بأنه يتطلب استبعاد القانون المصري في حالة الإخلال الصارخ بتوقعات الأطراف كتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب[20].

على أساس المعطيات المذكورة تبقى مسألة مدى ملائمة قبول الإحالة من الدرجة الأولى والمعتمدة في الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 محل نظر أمام القضاء الجزائري على أساس مختلف النتائج التي يمكن أن يرتبها التطبيق مع أخذ بعين الاعتبار المعطيات العملية لإعمال النص.

3-الصياغة العامة للنص: الرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية والقبول الصريح للإحالة من الدرجة الأولى

إن مسألة فهم موقف المشرع الجزائري من الإحالة يتطلب أولا قراءة كل فقرة من نص المادة 23 مكرر 1 مع أخذ بعين الاعتبار مضمونها وفق المعطيات السابقة الذكر، وثانيا الحرص على الصياغة العامة للنص بالربط بين الفقرتين وفهم التكامل بينهما.

من الناحية الشكلية تتضمن المادة 23 مكرر 1 فقرتين:فقرة أولى تعبر عن رفض الإحالة وفقرة ثانية تقبل الإحالة من الدرجة الثانية، وعلى أساس ذلك تتضمن الصياغة العامة للمادة قاعدتين:قاعدة أصلية في الفقرة الأولى تتضمن رفض الإحالة و قاعدة استثنائية في الفقرة الثانية تتضمن قبول الإحالة من الدرجة الأولى.

على أساس الربط بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة 23 مكرر 1 وإحداث التكامل بينهما يبرز موقف المشرع الجزائري من الإحالة والمتمثل في الرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية بموجب مضمون الفقرة الأولى من النص والقبول الصريح لنوع واحد من الإحالة في الفقرة الثانية وهي الإحالة من الدرجة الأولى، ويستشف الرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية على أساس مضمون الفقرة الثانية من المادة والتي تقبل كاستثناء الإحالة من الدرجة الأولى وهو ما يعني أن الفقرة الأولى تتعلق فقط برفض الإحالة من الدرجة الثانية.

على أساس دراسة الصياغة العامة للمادة 23 مكرر 1 يتبين عدم تضمن النص أي تناقض أو أية صعوبة في التطبيق تستدعي تدخل المشرع للتعديل، على خلاف ما ذهب إليه بعض الباحثين الجزائريين في دراسة موقف المشرع الجزائري من الإحالة[21] ونشير إلى أنه لم تثار أي تناقضات أو اختلالات فيما يخص النص في الدراسات التي قام بها البعض الأخر من الباحثين الجزائريين[22].

تعبر مسألة قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري عن الموقف المرن للمشرع إزاء الاتجاه الفقهي الرافض للإحالة بغض النظر عن نيته أو النتائج التي يمكن أن تترتب عن تطبيق القانون الجزائري.

يمكن أن يؤسس رفض المشرع الجزائري للإحالة من الدرجة الثانية على رغبة تفادي الآثار السلبية التي يمكن أن تنتج عنها لا سيما إمكانية الخروج عن وظيفة قواعد الإسناد الوطنية، وتعطيل مصالح الأفراد وحسن سير القضاء في حالة رفض كل قانون اختصاصه لحل النزاع والدوران في حلقة مفرغة.

نشير أن القضاء الفرنسي يسلم بالإحالة إلى قانون أخر غير القانون الفرنسي وهو ما تأكد منذ سنة 1938[23] وفي أحكام حديثة ولو كانت قليلة بالمقارنة مع قبول الإحالة من الدرجة الأولى[24].

ثانيا: تطبيق القاضي الجزائري لقاعدة الإحالة

لم تطرح مسألة تطبيق المادة 23 مكرر 1 أمام القضاء الجزائري إذ بقي موضوع موقف المشرع من الإحالة محل دراسة نظرية بحتة.إلاّ أنه يتطلب إثارة موضوع إعمال النص أمام القاضي الجزائري على الرغم من عدم إمكانية الاستناد إلى تجارب سابقة للقضاء الجزائري في مواضيع القانون الدولي الخاص(**1**) وينتج عن تطبيق القانون الجزائري استنادا إلى قبول الإحالة من الدرجة الأولى أثار تطرح مدى ملائمة الحل المعتمد من طرف المشرع الجزائري بالنظر إلى مختلف المبررات التي نادي بها الفقه الحديث المؤيد الإحالة(**2**).

1-كيفية إعمال قاعدة الإحالة من طرف القاضي الجزائري

يكمن دور القاضي الجزائري في تطبيق المادة 23 مكرر 1الخاصة بالإحالة فيما يلي:إذا منحت قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص للقانون الأجنبي يتعين على القاضي الرجوع إلى هذا القانون باعتباره القانون الواجب التطبيق وفق إرادة المشرع الجزائري.إلاّ أنه في إطار إعمال قاعدة الإحالة يتطلب من القاضي قراءة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وهنا يمكن أن نكون أمام حالتين:

أ-حالة منح قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص لقانون دولة ثالثة

يمكن أن يتبين للقاضي الجزائري من خلال قراءة قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن القانون المعتمد للفصل في النزاع يتمثل في قانون دولة أخرى، وهو ما يعني رفض قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي اختصاص الفصل في النزاع بموجب كل من القواعد الموضوعية لهذا القانون والقواعد الموضوعية لقانون القاضي المتمثل في القانون الجزائري.

على القاضي الجزائري، في حالة منح قاعدة الاستناد الأجنبية الاختصاص لقانون دولة ثالثة،أن يفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي منح له الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد الجزائرية.

إن تطبيق القاضي الجزائري للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي للفصل في النزاع يشكل عدم الامتثال لإرادة المشرع الأجنبي التي ترمي إلى تطبيق قانون دولة أخرى ، وهو ما يعبر عنه الفقه برفض الإحالة من الدرجة الثانية، ويستند هذا التطبيق إلى إعمال الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان ".

ب-حالة منح قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص للقانون الجزائري

يمكن أن يتبين للقاضي الجزائري من خلال قراءة قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن القانون المعتمد للفصل في النزاع يتمثل في قانون دولة قاضي رفع الدعوى، وهو ما يعني رفض قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي اختصاص الفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية لهذا القانون وقبول الفصل في النزاع وفق القواعد الموضوعية لقانون القاضي المتمثل في القانون الجزائري.

يتطلب من القاضي الجزائري، في حالة منح قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص لقانون القاضي،أن يفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية للقانون الجزائري.

إن تطبيق القاضي الجزائري القواعد الموضوعية في قانونه الوطني للفصل في النزاع يشكل امتثال لإرادة المشرع الأجنبي المجسدة في قاعدة إسناده والتي ترمي إلى تطبيق قانون دولة قاضي رفع الدعوى، وهو ما يعبر عنه الفقه بقبول الإحالة من الدرجة الأولى، ويستند هذا التطبيق إلى إعمال الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 التي تنص على أنه:"غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

2- أثار إعمال الإحالة من الدرجة الأولى

يتطلب تحديد أثار إعمال الإحالة من الدرجة الأولى والتي تؤدي بالنتيجة إلى تطبيق القاضي الجزائري قانونه الوطني البحث في وظيفة الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 التي تقبل الإحالة وهو البعد الوظيفي لقبول الإحالة الذي استقر عليه الفقه الحديث في مادة القانون الدولي الخاص، فمن المنطقي إبراز وظيفة قاعدة الإسناد الجزائرية التي تقبل الإحالة من الدرجة الأولى إذ من شان قواعد الاستناد أن تؤدي دورا وتحقق نتائج وتعبر عن إرادة المشرع، وفي إطار ذلك تبرز الآثار التالية:

أ-تطبيق القاضي الجزائري لقانونه الوطني

إن أول نتيجة تتحقق من خلال تطبيق القاضي الجزائري للإحالة من الدرجة الأولى تتمثل في أنه سيفصل في النزاع المطروح بموجب قانونه الوطني، فمن الأفضل للقاضي أن يطبق القانون الجزائري إذ تتوافر لديه الثقافة القانونية لمجتمعه وهو ما يسهل عليه عملية الفصل في القضية والوصول إلى حل مناسب.و إلى جانب ذلك فإن إعمال القاضي الإحالة من الدرجة الأولى وتطبيقه لقانونه الوطني إنما يترجم مبدأ الفاعلية والواقعية إذ في الغالب أن يكون قانون القاضي من بين القوانين المتنازعة[25].

يعفى القاضي الجزائري في إطار قبول الإحالة من الدرجة الأولى من الصعوبات التي يمكن أن يقع فيها إذا ما طلب منه تطبيق القانون الأجنبي، لاسيما أن إعمال هذا القانون تعترضه عدة مشاكل[26] ومنها غياب القاعدة الواجبة التطبيق[27]، صعوبة عملية التفسير، واستبعاد تطبيقه لمخالفة النظام العام وفق مقتضيات نص الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني.وفي التطبيقات القضائية الفرنسية أعلن مثلا المستشار(DENIS)في مرافعة أمام محكمة النقض بقبول الإحالة من القانون الأمريكي إلى القانون الفرنسي لأنه يحب القانون الفرنسي أكثر مما يحب القانون الأجنبي[28].

قد تكون صعوبات تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري أكثر تعقيدا مقارنة بالوضع في الدول الأخرى بالنظر إلى وضعية القضاء الجزائري الذي عانى من عدة نقائص لا سيما ما يخص بالازدواجية القضائية وتخصص القضاة، فكيف نثقل من كاهل القاضي الجزائري ونطلب منه تطبيق القانون الأجنبي في مواضيع معقدة تندرج في تخصص القانون الدولي الخاص.

ب-حماية بعض المصالح الوطنية

يسمح تطبيق القانون الجزائري من خلال إعمال الإحالة من الدرجة الأولى حماية بعض المصالح الوطنية، خاصة إذا تعلق الأمر بمواضيع الأحوال الشخصية والتي أولى لها المشرع الجزائري اهتماما خاصا وتطلب إحاطتها بقواعد ذات طابع حمائي[29].وان تصورنا أن

قضية(Forgo) قد طرحت أمام القضاء الجزائري فإن المال محل النزاع سيؤول إلى الخزينة العمومية[30]. ويرى الأستاذ الأمريكي(CURRIE) بأنه قد يكون الحل الملائم من قبول الإحالة هو وجود مصلحة الدولة.

ج-توسيع دائرة تطبيق القانون الجزائري

يمكن أن يندرج قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري في إطار التوجه الفقهي الكلاسيكي الذي نادى إليه الفقيه الفرنسي(NIBOYET)[31]حيث أنه في حالة رفض القانون الأجنبي الواجب التطبيق الاختصاص الممنوح له فإن القاضي سيفصل في النزاع وفقا لقانونه الوطني باعتباره الأصل في تطبيق القوانين على أساس مبدأ السيادة الإقليمية لقانون القاضي.

تساهم الإحالة من الدرجة الأولى في تعزيز مكانة القانون الجزائري في تنازع القوانين، وهو ما يجسد أكثر مبدأ السيادة الإقليمية، حيث تبين ومنذ سنة 1975 موقف المشرع والمتمثل في محاولة إخضاع مواضيع مختلفة لحكم القانون الجزائري،ويظهر ذلك لا سيما في:إخضاع التكييف لقانون القاضي وفق مضمون المادة 9، تطبيق القانون الجزائري على أهلية الأجنبي في إطار الاستثناء الوارد في المادة 10،الطابع الاستثنائي للمادة 13 والتي تطبق في مجال واسع يتضمن المواضيع المدرجة في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت عقد الزواج،تطبيق القانون الجزائري كاستثناء بموجب المادة 20 في الوقائع القانونية المشروعة في الجزائر، وأخيرا محاولة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بكافة طرق إعمال منهج قواعد الإسناد ويتمثل ذلك خاصة في تفضيل الجنسية الجزائرية بموجب المادة 22 في حالة تنازع الجنسيات، وتطبيق القانون الجزائري في حالة غياب القاعدة الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي إعمالا بالمادة 23 مكرر واستبعاد تطبيقه لمخالفة النظام العام وفق مقتضيات نص الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني.

د-سهولة تنفيذ حكم القاضي الجزائري في الدولة الأجنبية

يسهل في الدولة الأجنبية على أصحاب المصالح تنفيذ الحكم الذي توصل إليه القاضي الجزائري من خلال إعمال الإحالة من الدرجة الأولى، وهي حجة ذات طابع عملي تبحث عن الملائمة، وقد عبر عنها الفقه المؤيد للإحالة بفكرة تناسق الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام في الدولة الأجنبية على أساس أن القاضي طبق قانونه الوطني استنادا إلى إعمال قاعدة الإسناد لهذا القانون الأجنبي[32]، وقد تطرح إشكالية تنفيذ الحكم في الدولة الأجنبية في حالة عدم قبول الإحالة المعروضة من قبل قانونها وقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي(NIBOYET) في كتابه[33] بـ:

«… Si l'on ne se conforme pas à ce que décide le pays étranger, la décision qui interviendra n'aura aucune utilité pratique, parce que le pays étranger lui refusera tout effet chez lui ».

خاتمة

يتبين من خلال دراسة موضوع الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري أنّ المشرع استجاب بموجب المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني للتطور الفقهي الحاصل في المجال والذي ينادي بالابتعاد عن النظرية الكلاسيكية للإحالة والتي تقوم على أساس اعتبارات نظرية بل يتطلب قبول الإحالة من عدمه بالنظر إلى قاعدة الإسناد والغاية منها.

إن قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري يعبر فعلا عن الموقف المرن إزاء الإحالة وفي ذلك خرج المشرع الجزائري عن الموقف المعتاد في أغلب الدول العربية والتي ترفض الإحالة، ويطرح أكثر هذا التميز بالمقارنة مع القانون المصري باعتباره المرجع التاريخي للقانون المدني الجزائري، حيث لم تشهد المادة 28 من القانون المدني المصري أي تغيير على الرغم من الجدال الفقهي الحاد حول قبول الإحالة ومن جهة أخرى تميز القضاء المصري - على خلاف الوضع في أغلبية الدول العربية-بتشعب قضايا القانون الدولي الخاص.

على أساس وضعية المجتمع الجزائري وغياب العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي أمام القضاء الوطني، يبقى للمادة 23 مكرر 1 بعد نظري وتعتبر إضافة في القانون الدولي الخاص الجزائري،وفي المقابل يتطلب فهم موقف المشرع الاستناد إلى نظرية الإحالة والتجارب القضائية في دول القانون المقارن.

إلاّ أنه وعلى الرغم من الإبعاد والنتائج النظرية الايجابية لإعمال الإحالة من الدرجة الأولى أمام القضاء الجزائري، تبقى مسألة إبراز وفهم الحل الوظيفي المعتمد في المادة 23 مكرر 1 وفق نية المشرع غامضة يتطلب الكشف عنها إعطاء للمادة بعد تطبيقي من خلال إعمالها من طرف القاضي الجزائري.

الهوامش:

(1) قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر ج ج عدد 44 مؤرخ في 26 جوان سنة 2005.

(2) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، معدل والمتمم، انظر الموقع الالكتروني للأمانة العامة للحكومة:www.joradp.dz

(3) قانون اتحادي رقم منشور بالجريدة الرسمية الصادرة عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء بدولة الإمارات العربية الجزء الثاني عشر -السنة الخامسة عشرة -العدد مائة وثمانية وخمسون، 29 ديسمبر 1985، معدل ومتمم.

(4) Cour de cassation, ch.cv.24 juin 1978, in ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e édition, Dalloz, Paris, 2006, pp 60-61.

(5) للتفصيل في موضوع حجج الفقهاء الرافضين للإحالة راجع:

-LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit international privé, 6eédition, Dalloz, Paris, 1999, pp 227-229.

- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1968، ص ص 152-154.

(6) تنص المادة 28 من القانون المدني على أنّه: "إذا تقرر أنّ قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية، العدد 108، صادر في 29 جويليه 1948.

(7) تنص المادة 29 على أنّه: "إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18 ماي سنة 1949.

(8) ينص الفصل 35 على أنّه: "لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلاّ إذا نصّ القانون على قبوله"، مجلة القانون الدولي الخاص المؤرخة في 27 نوفمبر 1998.

(9) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في أول ماي سنة 1958 في الطعن رقم 11 لسنة 25 قضائية، انظر في ذلك: مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية، 1958 السنة 9، ص 525. وقد رفضت محكمة القاهرة الابتدائية تطبيق القانون المصري في دعوى تطليق رفعها بريطاني على زوجته من نفس الجنسية، حيث طلب تطبيق الشريعة الإسلامية بوصفها قانون الموطن على أساس أن القانون الانجليزي يخضع البريطانيين في أحوالهم الشخصية لقانون الموطن، الحكم الصادر بتاريخ 12 ماي 1952 في القضية رقم 133 لسنة 1950(غير منشور)، ورد في هامش مؤلف عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 162.

(10) NIBOYET (J-P), Cours de droit international privé français, 2e éd, Recueil Sirey, Paris, 1949, pp. 482 - 483.

(11) PEYRAND Georges, « La solution des conflits de lois en Algérie », Revue Critique de Droit International privé, n° 3,1977, p 386.

(12) عز الدين عبد الله، "قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد -دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية-"، مجلة مصر المعاصرة، عدد 378، سنة 1979، ص 427.

(13) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1984،ص 56.

(14) القانون المدني، مجموعة الأحكام التحضيرية، الجزء الأول، ص ص 315 و 316، وزارة العدل، الحكومة المصرية.

(15) عبد الحميد أبو هيف،القانون الدولي الخاص: في أوروبا وفي مصر،الطبعة الثانية،مطبعة السعادة، القاهرة، 1927، ص 314.

(16) أنظر فيذلك: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص ص 217 إلى 219 و 257.

GUTMANN Daniel, Droit international privé, 2e édition, Dalloz, Paris, 2000, p.62

(17) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 453.

(18) غالب علي الداودي،القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،تنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة) دار الثقافة، عمان، 2013، ص 145.

(19) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 161 و 162.

(20) أنظر في ذلك: صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين(دراسة مقارنة)،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008،ص 313. ورأى الأستاذ محند إسعاد في مؤلفه حول تنازع القوانين، بأنه من الصعب تطبيق القانون الجزائري الخاص بالأحوال الشخصية على الأجانب،انظر:

ISSAD Mohand, Droit international privé :1-Les règles de conflits, 2e édition, O . P. U, Alger, 1983, p. 164.

(21) أنظر في ذلك: عمارة عمارة، "موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 10/05 "،أعمال الملتقى الوطني حول: "تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر:واقع متطور"،من تنظيم كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة،يومي 21 و 22أفريل 2010، ص ص 24 و 25.

(22) أنظر: براسي محمد، "الإحالة في ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري"،مجلة الحقوق والعلوم السياسية، عدد 9، 2012، ص ص 11-23.

(23) Voir, Cour de cassation, ch.cv.7 mars 1938, in ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves op.cit, pp 142 et 143.

(24) MAYER Pierre, Droit international privé, 5e édition, Montchrestien, Paris, 1994, p157. DERRUPPE Jean, Droit international privé ,13e édition, Dalloz, Paris, 1999, p74. MELI N François, Droit international privé, 4e édition, Gualino, Paris, 2010, pp122 et 123.Voir, Cour de cassation, ch.cv. 7 mars 1938, Cour de cassation, ch.cv.1er sect.15 mai 1963, Cour de cassation, ch.cv.1er sect.15 juin 1982, in ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves op.cit, pp,330 et 331,467-469.

(25) MAYER Pierre, op.cit, p 153.

(26) ذهب بعض الباحثين إلى إدراج موضوع الإحالة تحت عنوان: "مشكلات تطبيق القانون الأجنبي"، انظر: صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص 295 و 296.

(27) خاصة وأن المادة 23 مكرر من القانون المدني تمنح الاختصاص للقانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه وهو ما يطرح أمام القضاء إشكالية مدى ملائمة القانون الجزائري للفصل في النزاع.

(28) هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 113.

(29) للتفصيل في موضوع الدور الحمائي لقواعد الإسناد الجزائرية في مواضيع الأحوال الشخصية، راجع: أيت منصور كمال، "وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص سنة 2015، ص ص 7-19.

(30) وهو التصور الذي قدمه الأستاذ عكاشة محمد عبد العال في دراسته للقانون الإماراتي، المرجع السابق، ص 181.

(31) NIBOYET J.P, op.cit, p 482.

(32) MELI N François, op.cit, p 121. LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, op.cit, pp 230 et 231.

(33) NIBOYET J.P, op.cit, p 480.

قراءة نقدية لدور محكمة الجنايات الاستئنافية في ظل القانون 17ـ07 *

د. موساسب زهير،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.
د. خلفي عبد الرحمان،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. MOUSSACEB Zahir,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.
Dr. KHELFI Abderrahmane,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تتسابق التشريعات الجنائية في تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات على غرار الجنح والمخالفات امتثالا لالتزاماتها الدولية عبر المواثيق الدولية خاصة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1966.

وسَعت الجزائر بدورها إلى تطبيق هذا المبدأ على مستوى كل الجرائم، بما فيها الجنايات التي أقر بشأنها التعديل الدستوري لسنة 2016، والقانون رقم 17-07 في 27 مارس 2017 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، وكان لهذا الأخير الدور في نشأة محكمة الجنايات الاستئنافية. ولكن هل يعد إنشائها ضرورة في الوقت الراهن؟ وهل هذا القانون المنشئ لها يُكرس فعلا مبدأ التقاضي على درجتين بالنظر إلى دورها في التصدي لأحكام محكمة الجنايات الابتدائية؟

الكلمات المفتاحية:

مبدأ التقاضي على درجتين، محكمة الجنايات الاستئنافية، الدعوى العمومية، الدعوى المدنية التبعية، حكم حضوري، استئناف فرعي، معارضة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/26 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/09/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

A critical reading of the role of the appellate criminal court under law 17-07

Abstract:

Criminal legislation competes in the application of the principle of litigation to two degrees in crimes such as misdemeanors and offenses in compliance with their international obligations through international conventions, especially the International Covenant on Civil and Political Rights of the United Nations of 1966.

Algeria, in turn, sought to apply this principle to all crimes, including those for which the constitutional amendment of 2016 was approved, and Law No. 17-07 of 27 March 2017 amending the Code of Criminal Procedure, which had the role of establishing the Court of Appeal. But is its creation now necessary? Does the law establishing it actually enshrine the principle of two-tier litigation in view of its role in dealing with the rulings of the Court of First Instance?

Keywords:

The principle of two-tier litigation, the appellate criminal court, the public prosecution, the civil suit, the judgment of my presence, the sub-appeal, the opposition.

Une lecture critique du rôle de la cour criminelle d'appel en vertu de la loi 07-17

Résumé:

Dans le but de répondre aux exigences internationales en matière d'organisation judiciaires et se mettre en conformité avec le pacte international des droits civils et politiques des Nations-Unis de 1966, les législations pénales essayent d'adopter le double degré de juridiction en matière criminelle à l'instar de ce qui est consacré en matière de délits et contraventions.

L'Algérie, à travers la révision constitutionnelle de 2016 et la loi n° 17-07 modifiant le code de procédure pénale, consacre le double degré de juridiction dans toutes les matières en instituant le tribunal criminel d'appel. Dès lors, la question qui se pose est de savoir si est-il réellement pertinent d'instituer une telle instance, et est-ce que la loi instituant cette instance consacre le double degré de juridiction ?

Mots clé :

Double degré de juridiction, Tribunal criminel d'appel, action publique, action civile, jugement contradictoire, appel secondaire, opposition.

مقدمة

يعتبر إقرار مبدأ التقاضي على درجتين من أهم ضمانات المحاكمة العادلة لما يسمح به من عرض موضوع الدعوى على جهة أعلى درجة بتشكيلة أكثر عددا وأجّل خبرة وأقدس كفاءة، بغرض مراجعة الحكم الابتدائي مما قد يشوبه من أخطاء موضوعية أو قانونية، ذلك أن القاضي الجزائي مهما بلغ من العلم والثقافة وما يكتسبه من خبرة وتجربة إلا أنه يبقى من البشر ليس معصوما من الخطأ أو النسيان، وعمله لا يخلو من الفجوات والثغرات.

وتتسابق التشريعات الجنائية حاليا في تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين على الجنايات على غرار الجنح والمخالفات امتثالا لالتزاماتها الدولية عبر المواثيق الدولية من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948[1] والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1966[2].

وسَعت الجزائر بدورها إلى تطبيق هذا المبدأ على مستوى كل الجرائم، بما فيها الجنايات التي أقر بشأنها التعديل الدستوري لسنة 2016[3]، والقانون رقم 17-07 في 27

مارس2017[4] المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، وكان لهذا الأخير الدور في نشأة محكمة الجنايات الاستئنافية.

يَطرح هذا النص الإشكال حول مدى حاجة المشرع الجزائري إلى استحداث محكمة جنايات استئنافية؟

ويتفرع عن هذا الاستفهام المحوري أسئلة تتعلق بما إذا كان إنشاء هذه المحكمة بالكيفية التي وردت في القانون 17ـ07 المؤرخ في 2017/03/27 يعتبر ضرورة في الوقت الراهن؟ وهل هذا القانون يُكرس فعلا مبدأ التقاضي على درجتين من خلال إنشائه هذه المحكمة بالنظر إلى دورها في التصدي لأحكام محكمة الجنايات الابتدائية؟

تتطلب الإجابة عن هذه الأسئلة حسب رأينا استعراض أحكام التقاضي على درجتين في ظل القانون 17ـ07 وتحليل دور محكمة الجنايات الاستئنافية، ومدى تفعيلها لمبدأ التقاضي على درجتين.

أولا: أحكام التقاضي على درجتين في الجنايات في ظل القانون 17- 07

يَعرف المشرع الجزائري نظام التقاضي على درجتين في القضايا الجزائية منذ صدور قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 66 - 155[5] ولكن كان محددا في المخالفات والجنح فقط[6]، أما القانون 17 ـ 07 المؤرخ في 27 مارس 2017 فيعد الأول من نوعه الذي يسمح بتطبيق هذا النظام على الجنايات بل وينظم إجراءاته وآجاله والجهة المختصة وآثاره كاملة على النحو المبين أدناه:

1/ كيفية إجراء الاستئناف:

لم يَحيد المشرع الجزائري عن إجراءات تقرير الاستئناف الواردة بشأن المخالفات والجنح، بل بذات الكيفية يقرر بحسب نص المادة 322 مكرر 2 من ق.إ.ج بأن الاستئناف يتقرر بموجب تصريح كتابي أو شفوي يتم أمام كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم، وإذا كان المتهم محبوسا فيتم أمام المؤسسة العقابية[7]، وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 421، 422 من ق.إ.ج.

وهي الكيفية المنقولة تماما من أحكام قانون الإجراءات الجزائية الفرنسية طبقا لنص المادة 380 ـ 12 منه، بحيث يكون الاستئناف أمام قلم كتاب محكمة الجنايات التي أصدرت الحكم محل الطعن، ويتم التوقيع على التقرير بالاستئناف من الكاتب ومن المتهم أو من يمثله، أو من الضحية أو من يمثله، أو من المسؤول المدني أو من يمثله أو من النيابة العامة[8].

مع الإشارة وأن تقرير الاستئناف يجب أن يشتمل على بيانات الحكم محل الطعن، والشق محل الطعن (الجزائي أو المدني أو كلاهما) مع إمضاء الطاعن أو من يمثله. وفي

المقابل يُعد لأجل ذلك سِجلا للطعون تحدد فيه نفس البيانات، لكن العبرة بالورقة وليس بالسجل عند المنازعة في تاريخ الطعن[9].

2/تحديد ميعاد الاستئناف في الحكم الجنائي:

ورد في نص المادة 322 مكرر 2 ق.إ.ج أن الاستئناف يُرفع خلال عشرة أيام[10] وهو ذات الأجل المعتمد في المادة 380 ـ 9 ق.إ.ج.ف على خلاف التشريع الأردني بالمادة 261 ق.إ.ج.أ والتشريعي الإماراتي بالمادة 234 ق.إ.ج.إ والتشريع القطري بالمادة 272 ق.إ.ج.ق التي تحدد المدة بـ 15 يوما، وكذلك على خلاف التشريع الكويتي بالمادة 201 ق.إ.م.ج.ك، الذي يحدد الأجل بـ 20 يوما [11].

كما تشير المادة 322 مكرر/2 ق.إ.ج أن حساب الأجل يبدأ من اليوم الموالي للنطق بالحكم، بمعنى آخر لا يُعتد باليوم الذي صدر فيه حكم محكمة الجنايات الابتدائية، وإذا حدث أن صادف آخر يوم في المدة عطلة نهاية الأسبوع أو يوم عطلة رسمية يمتد الأجل إلى أول يوم عمل بعد العطلة[12].

لم يتطرق القانون 17 ـ 07 إلى الاستئناف الفرعي في حكم محكمة الجنايات الابتدائية كما هو الحال في الجنح و المخالفات الوارد بشأنهما بموجب المادة 418/3 ق.إ.ج[13]، بحيث يُمدد أجل الاستئناف 5 أيام أخرى في حالة استئناف أحد الخصوم في الميعاد المقرر، لكن قد يتدارك المشرع ذلك في التعديلات المقبلة؛ لأن ما أمكن تطبيقه في المخالفات والجنح بشأن آجال الطعن لا يمكن استبعاده في الجنايات وهي الأكثر خطورة، خاصة وأن المشرع الفرنسي بالمادة 380 ـ 10 ق.إ.ج.ف يُعطي فرصة للطرف الآخر للقيام باستئناف فرعي خلال أجل 5 أيام إضافية تسري مباشرة بعد انتهاء آجال الاستئناف الأصلي[14].

وتمتد الآجال في حالة غياب المتهم عن جلسة النطق بالحكم، بحيث يُحتسب من تاريخ التبليغ، لأن الحكم كان غير وَجَاهِيا، أما إذا تعلق الأمر بحكم غيابي فلا يمكن تسجيل استئناف إلا بعد انتهاء آجال المعارضة.

3/ من يملك حق الاستئناف؟

بعض التشريعات قلصت الحق في الاستئناف على المتهم لوحده كما فعل المشرع الفرنسي أول الأمر في القانون الصادر في 15 جوان 2000 الذي اقتصر فيه الاستئناف على الأحكام الصادرة بالإدانة، وبالتالي لا يحق الاستئناف إلا من طرف المتهم، أما أحكام البراءة فلا يجوز للنيابة العامة استئنافها، لكن فيم بعد تم تعديل القانون بموجب القانون رقم 2002 ـ 307 المؤرخ في 4 مارس 2002 الذي يسمح فيه للنيابة العامة بالطعن في أحكام البراءة، بالإضافة إلى المسؤول عن الحقوق المدنية والمدعي المدني وكذلك الإدارة إذا كانت قد باشرت الدعوى العمومية، وهذا ما هو منصوص عليه في المادة 380 ـ 2 من ق.إ.ج.ف[15].

أما المشرع الجزائري فقد حدد الأشخاص الذين يمكنهم الطعن بالاستئناف طبقا لأحكام المادة 322 مكرر 1 ق.إ.ج، وهي تماما المذكورة في القانون الفرنسي[16].

4/ المحكمة المختصة بالفصل في الجنايات كدرجة ثانية:

تكون محكمة الجنايات الاستئنافية المنعقدة بمقر المجلس القضائي[17] هي المختصة بالفصل في الأحكام المستأنفة الصادرة عن محكمة الجنايات الابتدائية[18].

والاستئناف في الحكم الجنائي الابتدائي يشمل الدعويين؛ سواء تعلق الأمر بالدعوى العمومية أو الدعوى المدنية التبعية، ففيما يتعلق بالدعوى العمومية لا تتطرف محكمة الجنايات الاستئنافية إلى ما قضى به الحكم المستأنف لا بالتأييد ولا بالتعديل ولا بالإلغاء[19]، وهو ما جعل الفقه لا يعتبرها ـ بحق ـ جهة استئنافية، بل تمنح فقط فرصة ثانية للتقاضي[20].

أما ما تعلق بالدعوى المدنية التبعية فالأمر مختلف فمحكمة الجنايات الاستئنافية تتصدى من جديد وتفصل فيها بالتأييد أو بالتعديل أو بالإلغاء[21].

وتتشكل محكمة الجنايات الاستئنافية على الأقل من قاض برتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي رئيسا ويساعده قاضيان ـ دو تحديد الرتبة ـ وأربعة محلفين[22]، بالإضافة إلى النائب العام أو من يمثله، وأمين ضبط لتدوين مجريات الجلسة، مع إضافة مهام عون الجلسة والتي أسندها القانون إلى موظف يكون تحت تصرف رئيس جلسة محكمة الجنايات.

لكن هذه التشكيلة تكون فقط في الحالات العادية، أما في الحالات الاستثنائية أين يتعلق الأمر بجرائم الإرهاب، والمخدرات والتهريب فإن تشكيلة محكمة الجنايات الخاصة تكون دون محلفين[23]، وهذا الأمر لم يتميز به المشرع الجزائري، ذلك أن المشرع الفرنسي أسند بعض القضايا الخطيرة لمحكمة الجنايات الخاصة، المنشأة سنة 1982 خلفا لمحكمة أمن الدولة، وهي تتشكل من 7 قضاة محترفين في الدرجة الأولى ومن 9 قضاة في الدرجة الثانية وتفصل في قضايا محددة بما فيها جرائم القانون العام التي يرتكبها الجنود عندما يكون هناك خطر الكشف عن سر الدفاع الوطني وفقا لأحكام المادة 698 -7 ق.إ.ج.ف، وجرائم الخيانة والتجسس والتدخل في الدفاع الوطني وفقا لأحكام المادة 702 ق.إ.ج.ف، والجرائم الإرهابية وفقا لأحكام المادة 706- 16 ق.إ.ج.ف، والمتاجرة بالمخدرات طبقا لأحكام المواد 706-27 ق.إ.ج.ف، وما يليها، وانتشار أسلحة الدمار الشامل أو وسائل إيصالها وفقا لأحكام المواد 706-167 ق.إ.ج. ف وما يليها[24].

وقد طُرح إشكال فيما يتعلق بمحكمة الجنايات الخاصة، هل تُتبع بشأنها الإجراءات العادية المطروحة بشأن محكمة الجنايات العادية أم أنه تنفرد بإجراءات خاصة كمسألة

سكت عنها النص، وهل تتبع طريقة طرح الأسئلة والأجوبة أم تعتمد طريقة التسبيب[25]، ثم هل تشكيلتها تبقى ثلاثية أم يُضاف لها أربعة قضاة محترفين آخرين بدل المحلفين؟ لأنه من غير المعقول أن تُسند القضايا البسيطة لتشكيلة سباعية والقضايا الخطيرة التي تمر على محكمة الجنايات الخاصة تكون تشكيلتها ثلاثية فقط[26]. لكن وفي غياب أي نصوص أخرى تبقى الإجراءات المطبقة على محكمة الجنايات العادية هي نفسها المطبقة على محكمة الجنايات الخاصة، مع وجوب إتباع طريقة الأسئلة والأجوبة وكذا التسبيب، كما أن التشكيلة هي كما ذكرها النص دون حاجة للزيادة.

والتشكيلة العادية في القانون الفرنسي تختلف؛ فالمشرع لا يرغب في التخلي عن فكرة السيادة الشعبية، فهي على مستوى محكمة الجنايات ثاني درجة تتشكل من 3 قضاة و 9 محلفين[27]، وعلى مستوى محكمة الجنايات أول درجة تتشكل من 3 قضاة و6 محلفين.

وبالتبعية لذلك يمكن القول وأن محكمة الجنايات الاستئنافية تكون ـ ودون تجاوز ـ درجة ثانية فقط في الدعوى المدنية التبعية، مع الإشارة وأن الاستئناف في الدعوى المدنية لوحدها يجعل اختصاص النظر فيه من شأن الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي[28]، وهو الأمر ذاته في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسية بالمادة 380 ـ 5 [29].

وتوجد الجهة التي تنظر في الاستئناف بنفس مقر المجلس القضائي، وتسمى محكمة الجنايات الاستئنافية التي ينتقل إليها الملف مباشرة دون شروط محددة، على عكس المشرع الفرنسي الذي كان يمنح صلاحية تحديد محكمة الجنايات الاستئنافية إلى غرفة الجنايات بمحكمة النقض، ولكن فيما بعد تم التراجع عن ذلك وأصبح الرئيس الأول للمجلس القضائي هو المكلف بتحديد محكمة الجنايات الاستئنافية من خارج اختصاص المجلس القضائي، وفي حال اعتراض النيابة العامة أو أحد الأطراف يرفع الأمر إلى غرفة الجنايات بمحكمة النقض للنظر في تحديد الجهة القضائية المختصة، وهو الحكم المنصوص عليه بالمادة 380 ـ 14 ق.إ.ج.ف[30].

تجدر الإشارة إلى أن الاستئناف في أحكام محكمة الجنايات الابتدائية لا يخضع إلى أي رقابة قبلية من أي جهة قضائية ماعدا ما جاء النص عليه بالمادة 322 مكرر 8 من ق.إ.ج التي مَكّنت تشكيلة المحكمة دون حضور المحلفين من مراقبة صحة الاستئناف من الناحية الشكلية[31] وهذا على خلاف المشرع الفرنسي في المادة 380 ـ 15 ق.إ.ج.ف الذي أوكل النظر في صحة الاستئناف من الناحية الشكلية إلى الرئيس الأول للمجلس القضائي أو إلى رئيس غرفة الجنايات بمحكمة النقض ـ بحسب الحالة ـ وتبعا لذلك لو ثَبَت أن الاستئناف كان خارج الآجال أو أن القرار غير قابل للاستئناف فلا داعي لتعيين الجهة الاستئنافية للنظر في القضية[32]. وقد لاق هذا الأمر معارضة شديدة من طرف بعض الفقه الذين رأوا في ذلك

تقييد لحق المستأنف في نظر دعواه من جديد، لأنه يُفترض أن يكون هذا الحق غير مُعلق على أي شرط، بالإضافة إلى أنه يعمل على إطالة أمد النزاع[33].

أما عن الإجراءات التحضيرية وإجراءات المحاكمة المتبعة أمام محكمة الجنايات الاستئنافية فهي نفسها المتبعة أمام محكمة الجنايات الابتدائية[34] من حيث طريقة تحضير الشهود وطريقة اختيار المحلفين وكيفية ردهم وطرح الأسئلة وغير ذلك.

ثم إن للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية أثر ناقل للدعوى في حدود التصريح بالاستئناف، فقد يقتصر على الدعوى العمومية وحدها أو على الدعوى المدنية وحدها أو يشمل الدعويين معا، ولا يجوز لمحكمة الجنايات الاستئنافية أن تُسِيء حالة المستأنف إذا كان الاستئناف مرفوعا من المتهم وحده أو المسؤول عن الحقوق المدنية وحده[35]، وهو موقف المشرع الفرنسي الذي يمنع جهة الاستئناف أن تسيء حالة المتهم المستأنف وحده للدعوى العمومية[36].

لكن الاستئناف يُوقف تنفيذ الحكم إلى حين الفصل فيه، ويبقى المتهم المحبوس المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من أجل جنحة رهن الحبس إلى غاية الفصل في الاستئناف[37] وهو نفس موقف المشرع الفرنسي[38].

ثانيا: محكمة الجنايات الاستئنافية في شكلها الحالي لا تُكرس نظام التقاضي على درجتين:

ربما أول ما يتبادر إلى الذهن هو التساؤل حول مدى حاجة المشرع الجزائري إلى محكمة جنايات استئنافية؟ وهل هناك ضرورة إلى ذلك في الوقت الراهن وبالكيفية إلى صيغت بها أم أنها مجرد التزامات دولية تُحتم على الدولة أن تَفِيَ بها بالنظر إلى الاتفاقيات التي انضمت إليها ونقصد بذلك على الخصوص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؟

1/مدى حاجة التشريع الجزائري إلى محكمة جنايات استئنافية:

يحيط الدستور الجزائري وقانون الإجراءات الجزائية المتهم بهالة من الضمانات خاصة إذا تعلق الأمر بمتابعته من أجل جناية، هذه الأخيرة التي ألزم فيها المشرع بوجوب التحقيق وعلى درجتين؛ الأولى أمام قاضي التحقيق والثانية أمام غرفة الاتهام، كما قيد المحكمة بالكثير من الإجراءات وأوجب فيها تمثيل المتهم بمحامي.

أ/ وُجُوبية التحقيق في الجنايات على درجتين:

تَبَنى المشرع الجزائري موقف القانون الفرنسي في أخذه بنظام التحقيق، وأسند هذه المهمة إلى سلطة مستقلة بعيدة عن تدخل النيابة العامة، بحيث أوكلها أمام المحكمة لقاضي التحقيق وأمام المجلس القضائي إلى غرفة الاتهام.

والتحقيق الابتدائي مجرد إجراء تحضيري قبل المحاكمة يسعى إلى البحث في مدى قابلية الملف الجزائي للنظر أمام القضاء سواء من حيث الوقائع أو من حيث الأشخاص، فإن كانت هناك أدلة كافية يُحال المتهم إلى الحكمة وإن كانت غير ذلك يصدر أمر بانتفاء وجه الدعوى.

ويهدف المشرع الجزائري من خلال التحقيق إلى كشف الحقيقة التي قد تكون في صالح المتهم أو في صالح المجتمع[39] وفي سبيل ذلك تم تمكين قاضي التحقيق من جملة من الوسائل القسرية تعد الأقوى والأكبر قبل المحاكمة.

وفي سبيل ذلك يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بإحضار المتهم بغرض استجوابه، كما يمكن أن يصدر أمرا بالقبض ضده أو الحبس المؤقت إذا كانت الجريمة خطيرة ويخشى إفلاته من العقاب، كما يملك كل السلطات التي تملكها الشرطة القضائية في حالات التلبس أو عند استعمال أساليب التحري الخاصة[40].

أما الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق بشأن الملف المعروض أمامه فهي تخضع لرقابة غرفة الاتهام سواء تلقائيا أو بناء على طلب أو استئناف أحد أطراف الخصومة طبقا لأحكام المواد 157 و159 و160، 191 ق.إ.ج.

والمشرع الجزائري تَحَيّز بين الجرائم في مدى لزوم التحقيق بشأنها، بحيث جاء في المادة 66 من ق.إ.ج أن التحقيق وجوبي في الجنايات واختياري في الجنح ما لم يرد نص، واختياري في كل المخالفات، وهو نفس الحكم في القانون الفرنسي ما عدا الجنايات التي لها أحكام خاصة حسب ما نصت عليه المادة 79 ق.إ.ج.ف[41].

فالجنايات تخضع وجوبا للتحقيق، فلا يجوز مطلقا للنيابة العامة إحالة الدعوى بشأن جريمة لها وصف الجناية على المحكمة مباشرة وهو حال الكثير من التشريعات التي تعمل بنظام قاضي التحقيق[42]، كما لا يجوز أن يكون موضوع تكليف مباشر بالحضور من طرف الضحية طبقا لأحكام المادة 337 مكرر ق.إ.ج، وبالتبعية لذلك عندما ينتهي قاضي التحقيق من دراسة الملف وعند اقتناعه بكفاية الأعباء ضد المتهم يصدر أمر بإرسال المستندات إلى النيابة العامة، كي تسعى لجدولته أمام غرفة الاتهام. وهي في حقيقة الأمر إحالة صادرة من قاضي التحقيق نحو غرفة الاتهام، ولكن فقط لما كانت هذا الأخيرة متواجدة بالمجلس القضائي باعتباره درجة ثانية فيحتاج أن يمر إداريا على النيابة العامة بغرض الجدولة لا غير.

والنظر من جديد في الجناية من طرف غرفة الاتهام يصب في خانة الوجوب لا الخيار؛ لأن الأمر يتعلق بجريمة خطيرة ناهيك على أن هذه الغرفة تعتبر جهة الإحالة الوحيدة في الجنايات طبقا لأحكام المادة 197 ق.إ.ج[43].

ومن الواضح إذن أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ وجوبية التحقيق أمام قاضي التحقيق ثم غرفة الاتهام في الجنايات، ويُفترض أن ذلك يُغني عن اللجوء إلى محكمة جنايات استئنافية، كما أن التحقيق على درجتين ثم المحاكمة على درجتين فيه مبالغة أو ترف في مجال الضمانات التي قد يكون لها مفعول عكسي، ثم إن التحقيق يُمثل ضمانة كافية تمنع في الكثير من الحالات من التسرع في الاتهام، ناهيك على أنه يُخفف العِبْء على المحاكم من كثرة الملفات، كما أنه يساعد على حسن سير العدالة الجزائية[44] لأن النتائج التي يتوصل إليها ترفع الضبابية حول الوقائع والأدلة المعروضة أمام القضاء.

ب/ وجود ضمانات كبيرة أمام محكمة الجنايات:

لعل أبرز ما يتحدث عنه الفِقه هو الضمانات الموجودة أمام محكمة الجنايات، والتي يستفيد منها المتهم، وخاصة منها ما تعلق بتشكيلة المحكمة التي تضم قضاة محترفين وقضاة شعبيين، ثم إن القضاة المحترفين هم من أقدم القضاة في المجلس القضائي ويرأس التشكيلة المتكونة من ثلاثة مستشارين، رئيسا برتبة رئيس غرفة على الأقل، يعمل على ضمان الإجراءات المقررة أمام محكمة الجنايات سواء ما تعلق بإجراء القرعة لاختيار المحلفين، وحق المتهم في رد ثلاثة منهم، وكذا تلاوة قرار الإحالة الذي يجب على المحكمة أن تتقيد به حرفيا سواء ما تعلق بالأشخاص أو الوقائع، وعليها التأكد من وجود محامي للدفاع عن المتهم مع إجراء الاستجواب النهائي في الملف خلال المناقشة، واستحضار الشهود وسماعهم وسماع الطرف المدني، وتلاوة الأسئلة بعد قفل باب المرافعة، ثم وثيقة الأسئلة التي يجب أن تتناول كل جريمة على حِده وكذا الظروف المشددة وغير ذلك حتى النطق بالحكم في الدعوى العمومية ثم الحكم في الدعوى المدنية التبعية.

فالمحاكمة أمام محكمة الجنايات لها خصوصية كبيرة وإجراءاتها معقدة تجعلها تتميز عن مثيلتها بالنسبة للجنح أو المخالفات سواء أمام المحكمة أو المجلس القضائي، فالضمانات فيها أقوى، ولا داعي لمحكمة جنايات أخرى استئنافية طالما كان الخطأ فيها يكاد يكون منعدما، وفي أسوء الأحوال نادرا ما يقع.

ج/ التمثيل بمحامي وجوبي في الجنايات:

نظرا لخطورة الجنايات على وضع المتهم فإن المشرع ألزم الدولة بضمان الحق في الدفاع فيها سواء باختياره أو تلقائيا عند عدم الاستطاعة المادية، ويُعد وجود محام ضمانة هامة لكفالة الحق في محاكمة عادلة، وهذا الحق مشار إليه في أغلب المواثيق الدولية الحقوقية أهمها: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 11/1 منه[45]، وكذا الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في المادة 07 الفقرة (1/د) [46].

وأشارت إلى ذلك المادة 292 في ق.إ. ج [47]التي حرصت على تأمين الحق في الدفاع في الجنايات، ويُعد التمثيل بمحامي مسألة جوهرية تتعلق بالنظام العام يجوز الدفع بها في أي مرحلة، بل يجوز إثارتها من المحكمة العليا نفسها. فإغفالها في كل الحالات يمس بالحق في الدفاع الذي يجعل حكم محكمة الجنايات باطلا[48]، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في المادة 270/3 ق.إ.ج[49] قد أجاز للمتهم أن يَعْهد بالدفاع عنه ـ وبصفة استثنائية ـ لأحد أقاربه أو أصدقائه بدلا من المحامي، ويرى الكثير من الدفاع أن هذا النص يُعد مناورة للالتفاف على الحق في الدفاع لا غير ،خاصة عند محاولته المطالبة ببعض الحقوق عن طريق مقاطعة محكمة الجنايات.

أمام هذه الضمانة التي لا نجدها في الجنح والمخالفات، بل فقط في الجنايات التي يحرص المشرع على وجود المحامي في كل تحريات المحاكمة، مع ضمان وقت كاف للمراقبة وإبداء الدفوع، وهي لا محالة تُغني عن اللجوء إلى محكمة جنايات استئنافية.

2/ الخلل في القانون 17 ـ 07 المنشئ لمحكمة الجنايات الاستئنافية:

لاشك أن القانون 17 ـ 07 كانت له إيجابيات خاصة ما تعلق بحماية الحريات عند قيامه بإلغاء الأمر بالقبض الجسدي الذي كان منصوصا عليه في المادة 198 من ق.إ.ج[50] واستبعاد إجراءات التخلف عن الحضور التي كان منصوصا عليها بالمادة 317 ق.إ.ج وما بعدها[51]، كما أدرج وجوبية تسبيب الحكم الجنائي المنصوص عليها بالمادة 309 من القانون 17 ـ 07 [52]وإعطاء فرصة ثانية للمحاكمة أمام محكمة الجنايات الاستئنافية المستحدثة بموجب المادة 322 مكرر من القانون 17 ـ 07[53]، واعتماد نظام المعارضة في الأحكام الغيابية[54]سواء أمام محكمة الجنايات الابتدائية أو الاستئنافية، وإعطاء الحق للمحامي في طرح السؤال مباشرة على المتهم والضحية والشهود تساويا بينه وبين النيابة[55].

لكن في المقابل يوجد بعض الخلل على مستوى النصوص؛ من بينها التناقض أو التعارض بين ما ورد في المادة الأولى المستحدثة بموجب هذا القانون، والتي تتناول مبادئ المحاكمة العادلة وكذا أمام محكمة الجنايات، ناهيك على إشكال نظام المحلفين الذي تخلت عنه الكثير من التشريعات، ونحاول أن نبيّن ذلك على التوضيح الوارد أدناه:

أ/ تعارض وجود محكمة جنايات استئنافية مع مبدأ التقاضي على درجتين:

جاء في المادة الأولى/8 المستحدثة بموجب القانون 17 ـ 07 "أن لكل شخص حُكم عليه، الحق في أن تنظر في قضيته جهة قضائية عليا"[56]، ومحتوى هذه المادة يقتضي أنه ومن أجل تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين أن يتم فحص الدعوى من حيث الوقائع والقانون أمام محكمتين مختلفتين في الدرجة على أن تكون المحكمة الثانية درجة أعلى وتتوافر على قُضاة أكثر خبرة وأكثر كفاءة وأكثر عدد على ما هو موجود أمام الدرجة الأولى.

لكن بالرجوع إلى أحكام المادتين 248 و 252 من القانون 17 ـ 07 [57]نجدها تحدد مكان انعقاد كل من محكمة الجنايات الابتدائية و الاستئنافية بمقر المجلس القضائي، أي أنهما على نفس الدرجة وبنفس التشكيلة ـ تقريبا، وهي 3 قضاة محترفين و4 قضاء شعبيين (المادة 258 من القانون 17ـ07)[58] ماعدا اختلاف طفيف في رتبة رئيس جلسة محكمة الجنايات الاستئنافية الذي يجب أن يكون برتبة رئيس غرفة على الأقل، أما المساعدين فهم في نفس الرتبة، وهذا ما يجعل الحق المقرر للأطراف في الطعن ليس هو الحق في الاستئناف بالمعنى القانوني الدقيق، بل هو مجرد فرصة ثانية للمقاضاة أمام جهة أخرى وليس أمام جهة أعلى، وما يؤكد هذا الطرح هو الدور الذي أُعطي لمحكمة الجنايات الاستئنافية في النظر في الدعوى من جديد طبقا لأحكام المادة 322 مكرر 7 من القانون 17 ـ 07[59]والذي يقتصر على إعادة الفصل في القضية دون التطرق إلى ما قضى به الحكم المستأنف في الدعوى العمومية لا بالتأييد ولا بالتعديل ولا بالإلغاء، أي حَرم محكمة الجنايات الاستئنافية من أداء دورها الرقابي، وهو ما يجعل اختصاص هذه المحكمة عند الاستئناف لا يختلف عن اختصاصها في المعارضة، فقط أن الحالة الأولى تكون في أحكام حضورية، في حين أن الحالة الثانية تكون في أحكام غيابية.

ب/ تعارض إنشاء محكمة جنايات استئنافية مع الحق في سرعة الإجراءات:

جاء في المادة الأولى/4 المستحدثة بموجب القانون 17 ـ 07: "أن تجرى المتابعة والإجراءات التي تليها في آجال معقولة ودون تأخير غير مبرر وتعطى الأولوية للقضية التي يكون فيها المتهم موقوفا".

ومحتوى هذه المادة يقتضي أن يتم مقاضاة المتهم في آجال يجب أن تكون معقولة جدا وفي أسرع وقت[60] بعيدة عن الإطالة في الإجراءات وعن إبقاء المتهم محبوسا قيد التحقيق أو قيد المحاكمة لمدة طويلة وغير مبررة تطبيقا لقرينة البراءة[61].

وإن من شأن تقرير الحق في استئناف أحكام محكمة الجنايات أن يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي إلى أكثر مما يلزم خاصة وأن الجنايات في التشريع الجزائري لها إجراءات خاصة ومعقدة وطويلة أهمها؛ وجوبية التحقيق والمدة التي يقتضيها فيها، ثم إن هذا التحقيق يجب أن يمر على درجة ثانية وهي عرفة الاتهام ثم يصدر أمر الإحالة الذي يمكن الطعن فيه بالنقص، مما يجعل المدة تطول أكثر إلى غاية الفصل فيه، ثم الإحالة على محكمة الجنايات الابتدائية ثم الاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية، وتعتبر مراعاة كافة هذه المراحل مبالغة في الإجراءات، وبالتالي التأخير في صدور الأحكام القضائية، وبالتبعية الإضرار بحسن سير العدالة بحيث سيفقد المجتمع من خلالها الاستقرار والأمن مع إهدار غاية العقوبة في الردع الذي يقتضي سرعة محاسبة الجناة على أفعالهم وليس تأخيرها[62].

ج/الإبقاء على غرفة الاتهام لا يخدم دور محكمة الجنايات الاستئنافية:

تعتبر غرفة الاتهام درجة تحقيق ثانية تعمل وجوبا على التحقيق في الجنايات، كما تتولى بنفسها توجيه الاتهام والإحالة أمام محكمة الجنايات الابتدائية، فالإبقاء على هذا الدور لغرفة الاتهام يعني أن الجنايات يكون فيها التحقيق على درجتين ثم المحاكمة على درجتين، وهذه مبالغة في طرح الضمانات، التي قد تنعكس سلبا على سير الإجراءات، وقد يتضرر الضحية أكثر من طول الإجراءات، وهذا ما تنبه إليه المشرع الفرنسي الذي نزع هذا الاختصاص من غرفة الاتهام وأصبح بإمكان قاضي التحقيق أن يُحيل بنفسه على محكمة الجنايات درجة أولى طبقا لما هو وارد ضمن أحكام المادة 181 ق.إ.ج.ف[63]، كما أصبحت تسميتها غرفة التحقيق وليس غرفة الاتهام لأنها لم تعد آخر من يوجه الاتهام في الجنايات، طبقا لأحكام المادة 191 وما يليها من ق.إ.ج.ف[64].

د/ الدور السلبي للمحلفين في محكمة الجنايات:

ما جاءت به المادة 258 المعدلة بموجب القانون 17 ـ 07 [65]هو زيادة عدد المحلفين على حساب القضاة المحترفين فجعلتهم 4 بعدما كانا 2 فقط، ويعيب الفقه الدور السلبي للمحلفين في الجلسة على أساس نقص التكوين، وهذا كان سببا في عدم مشاركتهم في الأسئلة لأنهم في الغالب لا يفهمون جيدا القضايا التي تُعرض عليهم،ناهيك على السيطرة المعنوية للقضاة المحترفين عليهم، زيادة على النفقات الإضافية التي لا داعي لها. *

ولا نفهم توجه المشرع الجزائري نحو زيادة عدد المحلفين حول ماذا ارتكز؟ هل سنده في ذلك مطلب فقهي، وهو الأمر الذي لم يحدث لأن غالبية المُهْتمين أبدوا تذمرهم من ذلك، أم استند إلى تطور تاريخي معين[66]، وهو الأمر المفقود كذلك لأن هذا النظام له تاريخ ثابت في فرنسا الذي استحدثه بعد الثورة الفرنسية نقلا عن النظام الانجليزي[67]، أما بالجزائر فلا توجد أسباب تدعوا إلى إبقاء نظام المحلفين إطلاقا، فكيف الحال مع تكريسه عن طريق زيادة العدد.

مع الإشارة وأن الدول العربية لا تعترف بالقضاة الشعبيين، بل حتى الدول المغاربية التي عملت بهذا النظام تخلت عنه بعد إدخال تعديلات على قوانينها.

ه/الإخلال بمبدأ المساواة المعترف به دستوريا:

تقوم فلسفة المشرع الجزائري أنه كلما كانت الجرائم خطيرة مثلما هو الحال مع الجنايات، فمن الضروري إدخال العنصر الشعبي للمشاركة في الأحكام القضائية، وتبعا لذلك منذ إقرار قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بموجب الأمر 66 ـ 155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمشرع يعمل بنظام المحلفين في الجنايات نقلا عن المشرع الفرنسي، لكنه يتعارض مع نفسه فيما بعد عندما يحصر ثلاث فئات من الجرائم بالمادة 258/3 من القانون

17 ـ 07 على القضاة المحترفين فقط[68]، في إطار المحكمة الجنائية الخاصة، وتتمثل هذه الجرائم في الجنايات المتعلقة بالإرهاب والمخدرات والتهريب، أي أنه تخلى على القضاة الشعبيين في هذه الجرائم، وهو ما يعارض موقفه عند البدء، ناهيك على أن هذا الاستثناء لا يتوافق مع ما أقر به الدستور الجزائري من ضرورة احترام مبدأ المساواة أمام القانون بين كل المتقاضين[69].

تجدر الإشارة وأن فرنسا وبشأن محكمة الجنايات الخاصة كانت قد تخلت في تشكيلتها عن القضاة الشعبيين بسبب تعرضهم لتهديدات من طرف المتهمين في قضية إرهابية تم عرضها خلال سنة 1986، وتبعا لذلك رفض هؤلاء المحلفين العمل من جديد في هذه المحكمة[70]، لكن في الجزائر لا نفهم أي سبب لموقف تشريعي معين إلى ماذا يستند.

و/لا يستقيم الجمع بين التسبيب والاقتناع الشخصي:

الجديد الذي جاء في القانون 17 ـ 07 هو ضرورة تسبيب أحكام محكمة الجنايات مع إعداد ورقة لذلك تسمى ورقة التسبيب[71]، وهي ورقة ملحقة بورقة الأسئلة (المادة 309/8 ق.إ.ج)[72] لكن الملفت للنظر أنه أبقى على طريقة الأسئلة والأجوبة (المادة 309/1 ق.إ.ج)[73] و تبعا لذلك أبقى على نظام الاقتناع الشخصي في إصدار أحكام محكمة الجنايات بعيدا عن الأدلة القانونية، والحال أن النظامين مختلفين، لا ينتهيان إلى نفس المجرى، لأن تسبيب الأحكام يفيد أن القاضي يجب أن يستند إلى دليل إدانة وليس إلى قناعة دون دليل. وبالتبعية يخضع هذا الدليل لرقابة المحكمة العليا في مدى كفايته في الإدانة من عدمه، فهذا التعديل في الحقيقة يعيق أداء محكمة الجنايات ويحتاج إلى توضيح أكثر لرفع اللبس أو يحتاج إلى إزالة الاقتناع الشخصي أمام هذه المحكمة.

مع الإشارة وأن المشرع الفرنسي تبنى طريقة وجوبية تعليل أحكام محكمة الجنايات بعد قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 1 أفريل 2011 تحت رقم 113 ـ 2011 الذي صرح بأن تعليل الأحكام في المادة الجزائية يُشكل ضمانة قانونية بشرط أن يُدرج المشرع ذلك صراحة[74]، وهو ما فعله بموجب أحكام المادة 365 ـ 1 ق.إ.ج.ف[75].

خاتمة

تنبه المشرع الجزائري إلى أنه من غير اللائق أن يتم استئناف أحكام المخالفات والجنح ـ وهي الأقل درجة ـ والاكتفاء بِجَعل أحكام محكمة الجنايات بعيدة عن ذلك، فسارع إلى إصدار القانون 17 ـ 07 الذي أعاد فيه ترتيب بيت محكمة الجنايات؛ بحيث أنشأ محكمة الجنايات الاستئنافية تحقيقا لمبدأ التقاضي على درجتين، وألغى إجراء القبض الجسدي الذي كانت تأمر به غرفة الاتهام عند الإحالة، كما عَزز مكانة الدفاع أثناء إجراءات

المحاكمة؛ بحيث مَكّنه من طرح الأسئلة مباشرة مثله مثل النيابة العامة وتساويا معها، كما جعل أحكام محكمة الجنايات مُسَببة سواء عند الحكم بالإدانة أو بالبراءة.

لكن القانون 17 ـ 07 حين أنشأ محكمة الجنايات الاستئنافية لم يُمَكن هذه الأخيرة من بسط رقابتها على أحكام محكمة الجنايات الابتدائية رغم أنه ألزم هذه الأخيرة بتسبيب أحكامها، وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل عن الغاية من ذلك رغم أن تشكيلة محكمة الجنايات الابتدائية هي نفسها تشكيلة محكمة الجنايات الاستئنافية ماعدا الاختلاف الواقع حول رتبة رئيسيها، وكلتاهما تنعقدان على مستوى مقر المجلس القضائي.

الحقيقة أن المشرع الجزائري قد حاد عن تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين الذي يقتضي أن تنظر جهة أعلى حكم المحكمة الابتدائية، أما ما طرأ من تعديلات فما هي إلا فرصة ثانية للتقاضي تعمل على إطالة أمد النزاع مما يجعلها تتعارض مع الحق في سرعة الإجراءات. ناهيك على أن نظام المحلفين أثبت فشله وأصبح غير مرغوب فيه عند غالبية التشريعات العربية، ورغم ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد عَزز محكمة الجنايات بأربعة محلفين مدعما بذلك القضاة الشعبيين على حساب القضاة المحترفين.

والقول الفصل؛ لم يكن قانون الإجراءات الجزائية الحالي يحتاج إلى تعديل أحكام محكمة الجنايات لأن الضمانات الموجودة بها كفيلة بتدعيم حقوق الخصوم في الدعوى وهذا ما يجعلنا نقترح ما يلي:

أولا: على عكس ما توجه إليه القانون 17 ـ 07 أصبح من الضروري إلغاء محكمة الجنايات كلية، وإن كان لابد من إخضاعها لمبدأ التقاضي على درجتين، فليكن ذلك عن طريق إنشاء قسم للجنايات على مستوى المحكمة الابتدائية وليس على مستوى المجلس القضائي أسوة بباقي الأقسام الموجودة بها، مثل قسم المخالفات والجنح، على أن تكون التشكيلة من 03 قضاة وجعل أحكامها قابلة للاستئناف أمام غرفة مختصة تسمى غرفة الجنايات على مستوى المجلس تتشكل هي كذلك من 3 مستشارين على أن تبسط هذه الأخيرة رقابتها على أحكام قسم الجنايات سواء بالتعديل أو الإلغاء أو التأييد في الدعوى العمومية وفي الدعوى المدنية التبعية.

ثانيا: من الضروري كذلك تبسيط إجراءات المحاكمة بشأن الجنايات مع جعل قرار الإحالة الصادر عن غرفة الاتهام بشأنها غير قابل للطعن بالنقض، على أن يتم الإسراع في الفصل فيها احتراما لحق المتهم في سرعة الإجراءات وحق المتهم في استقرار الأوضاع والأمن الاجتماعي وضمان الشعور بالعدالة لدى الضحية، وتبعا لذلك كل الإجراءات المعتمدة بشأن الجنح والمخالفات تطبق على الجنايات ماعدا وجوبية التحقيق فيها ووجوبية التمثيل بمحامي.

ثالثا: إلغاء نظام الاقتناع الشخصي في الجنايات والأخذ بالدليل الكافي للإدانة مثلها مثل ما يجب أن يتوافر في الجنح و المخالفات.

رابعا: إلغاء نظام المحلفين لأنه ما عاد يخدم العدالة الجنائية بالجزائر، وفي ذلك التقليل من النفقات الزائدة التي لا فائدة من ورائها بل تزيد فقط في تعقيد الإجراءات، ويجب الاكتفاء بالقضاة المحترفين للفصل في جميع الجنايات دون استثناء على قدم المساواة.

الهوامش:

(1) أُعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د ـ 3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، انضمت إليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور سنة 1963 (ج.ر.ج.ج 64) الصادرة بتاريخ: 10 سبتمبر 1963

(2) تنص المادة 14/5 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية "لكل شخص أدين بجريمة اللجوء وفقا للقانون إلى محكمة أعلى كي تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حُكم به". أُعتمد العهد الدولي وعُرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 (د ـ 21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 انضمت إليه الجزائر بتاريخ 16ماي 1989 (ج.ر.ج.ج 20) الصادرة بتاريخ: 17 ماي 1989.

(3) المادة 160/2 من قانون رقم 16 ـ 01 المؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1437 الموافق لـ 06 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري(ج.ر.ج.ج 14) الصادرة في 7 مارس 2016 "يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفيات تطبيقها".

(4) القانون 17 ـ 07 المؤرخ في 28 جمادي الثانية عام 1438 الموافق لـ 27 مارس سنة 2017 المعدل والمتمم للأمر 66 ـ 155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية (ج.ر.ج.ج 20) الصادرة في 29 مارس 2017

(5) الأمر رقم 66 ـ 155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم (ج.ر.ج.ج 48) الصادرة في 10 يونيو 1966.

(6) حتى المخالفات والجنح طرأ عليها عدة تعديلات بشأن استئناف أحكامها وكان آخرها الأمر 15-02 المؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق لـ 23 يوليو سنة 2015 (ج.ر.ج.ج 40) الصادرة في 23 يوليو 2015.

(7) المادة 322 مكرر من القانون 17 ـ 07 المؤرخ في 27 مارس 2017، مرجع سابق.

(8) Art 380-12 du CPPF (La déclaration d'appel doit être faite au greffe de la cour d'assises qui a rendu la décision attaquée. Elle doit être signée par le greffier et par l'appelant lui-même, par un avocat, ou par un fondé de pouvoir spécial ; dans ce dernier cas, le pouvoir est annexé à l'acte dressé par le greffier. Si l'appelant ne peut signer, il en sera fait mention par le greffier. Elle est inscrite sur un registre public à ce destiné et toute personne a le droit de s'en faire délivrer une copie...).

(9) عمرو محمد فوزي أبو الوفا، التقاضي على درجتين في الجنايات (دراسة مقارنة) دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 338-339.

(10) تنص المادة 322 مكرر 2 من ق.إ.ج "يرفع الاستئناف خلال فترة عشرة (10) أيام كاملة ابتداء من اليوم الموالي للنطق بالحكم"

(11) معلومات واردة عند عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 340

(12) تنص المادة 322 مكرر/2 ق إ ج"ويرفع الاستئناف خلال عشرة (10) أيام كاملة ابتداء من اليوم الموالي للنطق بالحكم".

(13) تنص المادة 418/3 ق إ ج "وفي حالة استئناف أحد الخصوم في المواعيد المقررة يكون للخصوم الآخرين مهلة إضافية خمسة أيام لرفع الاستئناف".

(14) Art 380-1 du CPPF (En cas d'appel d'une partie, pendant les délais ci-dessus, les autres parties ont un délai supplémentaire de cinq jours pour interjeter appel).

(15) Art 380-2 du CPPF (La faculté d'appeler appartient : 1° A l'accusé ; 2° Au ministère public ; 3° A la personne civilement responsable, quant à ses intérêts civils ; 4° A la partie civile, quant à ses intérêts civils ; 5° En cas d'appel du ministère public, aux administrations publiques, dans les cas où celles-ci exercent l'action publique. Le procureur général peut également faire appel des arrêts d'acquittement).

(10) تنص المادة 322 مكرر 1 ق إ ج "يتعلق حق الاستئناف بما يأتي" 1/ بالمتهم، 2/ و النيابة العامة، 3/ و الطرف المدني فيما يخص حقوقه المدنية، 4/ و المسؤول عن الحقوق المدنية، 5/ و الإدارات العامة في الأحوال التي تباشر فيها الدعوى العمومية".

(17) تنص المادة 248/1 ق،إ،ج "يوجد بمقر كل مجلس قضائي محكمة جنايات ابتدائية ومحكمة جنايات استئنافية، تختصان بالفصل في الأفعال الموصوفة جنايات وكذا الجنح والمخالفات المرتبطة بها"

(18) تنص المادة 322 مكرر من ق.إ.ج "تكون الأحكام الصادرة حضوريا عن محكمة الجنايات الابتدائية الفاصلة في الموضوع قابلة للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية".

(19) تنص المادة 322 مكرر7/ 1 " ... وعلى محكمة الجنايات الاستئنافية أن تعيد الفصل في القضية دون أن تتطرق إلى ما قضى به الحكم المستأنف في الدعوى العمومية لا بالتأييد و لا بالتعديل ولا بالإلغاء".

(20) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 348.

(21) تنص المادة 322 مكرر 7/2 من ق.إ.ج "وعلى محكمة الجنايات الاستئنافية أن تفصل في الدعوى المدنية بالتأييد أو التعديل أو الإلغاء" .

(22) تنص المادة 258/2 من ق.إ.ج"تتشكل محكمة الجنايات الاستئنافية من قاض برتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي على الأقل، رئيسا، ومن قاضيين مساعدين وأربعة محلفين" .

(23) تنص المادة 322 مكرر 7/3 من ق.إ.ج "وتتشكل محكمة الجنايات الابتدائية و محكمة الجنايات الاستئنافية، عند الفصل في الجنايات المتعلقة الإرهاب، والمخدرات والتهريب، من القضاة فقط".

(24) معلومات مستقاة من الموقع التالي: https://aaf.ica-atom.org/france-cour-d-assises-speciale بتاريخ 15 نوفمبر 2017 على الساعة 9H40 تحت عنوان محكمة الجنايات الخاصة

(25) مختار سيدهم (رئيس غرفة جنائية بالمحكمة العليا) إصلاح نظام محكمة الجنايات، محاضرة ملقاة على القضاة عن بعد بتاريخ 20 سبتمبر 2017.

(26) أحسن بوسقيعة، أهم تعديلات القانون 17 ـ 07 المؤرخ في 27 مارس 2017، محاضرة ملقاة على محامي نقابة بجاية بمقر المجلس القضائي بتاريخ 05 أكتوبر 2017.

(27) Art 296 du CPPF (Le jury de jugement est composé de six jurés lorsque la cour statue en premier ressort et de neuf jurés lorsqu'elle statue en appel).

(28) تنص المادة 316/6 ق إ ج "إذا اقتصر الاستئناف على الدعوى المدنية وحدها، يفصل فيه من طرف الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي التي يمكنها أن تؤيد أو تعدل أو تلغي الحكم المستأنف دون الإساءة للمستأنف وحده".

(29) Art 380-5 du CPPF (Lorsque la cour d'assises n'est pas saisie de l'appel formé contre le jugement rendu sur l'action publique, l'appel formé par une partie contre le seul jugement rendu sur l'action civile est porté devant la chambre des appels correctionnels. Les articles 380-14 et 380-15 ne sont pas applicables).

(30) Art 380-14 du CPPF (Après avoir recueilli les observations écrites du ministère public et des parties ou de leurs avocats, le premier président de la cour d'appel désigne la cour d'assises chargée de statuer en appel parmi les autres cours d'assises du ressort de la cour d'appel. Toutefois, si le ministère public ou l'une des parties le demande ou si le premier président estime nécessaire la désignation d'une cour d'assises située hors de ce ressort, le ministère public adresse sans délai au greffe de la chambre criminelle de la Cour de cassation, avec ses observations éventuelles et celles des parties, l'arrêt attaqué et, le cas échéant, le dossier de la procédure).

(31) تنص المادة 322 مكرر 8 "يتعين الفصل في شكل الاستئناف من طرف القضاة المشكلين لمحكمة الجنايات الاستئنافية قبل إجراء عملية القرعة لاستخراج أسماء المحلفين".

(32) Art 380-15 du CPPF (Si l'appel n'a pas été formé dans les délais prévus par la loi ou porte sur un arrêt qui n'est pas susceptible d'appel, le premier président de la cour d'appel ou le président de la chambre criminelle de la Cour de cassation dit n'y avoir pas lieu à désignation d'une cour d'assises chargée de statuer en appel).

(33) أسامة حسنين عبيد، محكمة الجنايات المستأنفة، دراسة تحليلية تطبيقية، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 128.

(27) تنص المادة 322 مكرر 6 ق.إ.ج"تطبق أمام محكمة الجنايات الاستئنافية الإجراءات التحضيرية وإجراءات المحاكمة المتبعة أمام محكمة الجنايات الابتدائية المنصوص عليها في هذا القانون إلا ما استثني بنص خاص".

(35) تنص المادة 322 مكرر 9 ق.إ.ج " لا يحوز لمحكمة الجنايات الاستئنافية إذا كان الاستئناف مرفوعا من المتهم وحده أو من المسؤول عن الحقوق المدنية وحده أن تسيء حالة المستأنف".

(36) Art 380-3 du CPPF (La cour d'assises statuant en appel sur l'action publique ne peut, sur le seul appel de l'accusé, aggraver le sort de ce dernier).

(37) تنص المادة 322 مكرر 4 ق.إ.ج "يبقى المتهم المحبوس المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية نافذة من أجل جنحة رهن الحبس إلى غاية الفصل في الاستئناف، ما لم يكن قد استنفذ العقوبة المحكوم بها عليه".

(38) Art 380-4 du CPPF (Pendant les délais d'appel et durant l'instance d'appel, il est sursis à l'exécution de l'arrêt sur l'action publique. Toutefois, l'arrêt de la cour d'assises continue de produire ses effets à l'encontre de la personne condamnée à une peine privative de liberté …)

(39) عمرو محمد فوزي ابن الوفاء، مرجع سابق ص 109.

(40) عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائي والمقارن، طبعة ثالثة، دار بلقيس للنشر والتوزيع الجزائر، 2017، ص 368.

(41) Art 79 du CPPF (L'instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime ; sauf dispositions spéciales, elle est facultative.En matière de délit ; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l'article 44).

(42) صِدقي عبد الرحيم، قانون الإجراءات الجزائية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة، 170.

(43) المشرع الفرنسي عَدَلَ عن هذا الموقف وأضحى قاضي التحقيق هو الذي يصدر أمر إحالة أمام محكمة الجنايات ذات الدرجة الأولى طبقا لنص المادة 181 ق.إ.ج.ف التي جاء على النحو التالي:

(Si le juge d'instruction estime que les faits retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction qualifiée crime par la loi, il ordonne leur mise en accusation devant la cour d'assises. Il peut également saisir cette juridiction des infractions connexes).

(44) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 114.

(30) تنص المادة 11/1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عليه".

(46) تنص المادة 7 من الفقرة 1/د من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب على كفالة "حق الدفاع بما في ذلك الحق في اختيار مدافع عنه". انضمت إليه الجزائر بتاريخ: 3 فيفري 1987 (ج ر ج ج 6) الصادرة بتاريخ: 4 فبراير 1987.

(47) تنص المادة 292 ق ا ج "إن حضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي وعند الاقتضاء يندب الرئيس من تلقاء نفسه محاميا للمتهم".

(48) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق ص 125.

(49) تنص المادة 270/3 "ويجوز له (أي رئيس الجلسة) بصفة استثنائية الترخيص للمتهم أن يعهد بالدفاع عنه لأحد أقاربه أو أصدقائه".

(50) المادة 198/1 ق إ ج (معدلة) "... وفضلا عن ذلك فإن غرفة الاتهام تصدر أمرا بالقبض الجسدي على المتهم المتابع بجناية مع بيان هويته بدقة. ينفذ هذا الأمر في الحال مع مراعاة أحكام المادة 137 من هذا القانون ويحتفظ بقوته التنفيذية ضد المتهم المحبوس لحين صدور حكم محكمة الجنايات".

(51) المادة 317/1 ق إ ج (معدلة) "إذا تعذر القبض على المتهم بعد صدور قرار الاتهام ضده أو لم يتقدم في خلال عشرة (10) أيام من تبليغه ... أصدر القاضي المدعو لرئاسة محكمة الجنايات أو القاضي المعين من قِبله أمرا باتخاذ إجراءات التخلف عن الحضور ...".

(52) تنص المادة 309/8 من القانون 17 ـ 07 "يقوم رئيس المحكمة أو من يفوضه من القضاة المساعدين بتحرير وتوقيع ورقة التسبيب الملحقة بورقة الأسئلة ...".

(53) تنص المادة 322 مكرر/1 من القانون 17 ـ 07 "تكون الأحكام الصادرة حضوريا عن محكمة الجنايات الابتدائية الفاصلة في الموضوع قابلة للاستئناف أمام محكمة الجنايات الاستئنافية".

(54) تنص المادة 317/1 من القانون 17 ـ 07 "إذا تغيب المتهم المتابع بجناية عن حضور الجلسة رغم تبليغه قانونا بتاريخ انعقادها، فإنه يحاكم غيابيا من طرف المحكمة دون مشاركة المحلفين".

(55) تنص المادة 288 من القانون 17 ـ 07 "يجوز لممثل النيابة العامة وكذلك دفاع المتهم أو الطرف المدني توجيه أسئلة لكل شخص يتم سماعه في الجلسة بعد إذن الرئيس وتحت رقابته، الذي له أن يأمر بسحب السؤال أو عدم الإجابة عنه".

(56) القانون 17 ـ 07 المؤرخ في 27 مارس 2017، مرجع سابق.

(57) تنص المادة 248 من القانون 17 ـ 07 "يوجد بمقر كل مجلس قضائي، محكمة جنايات ابتدائية ومحكمة جنايات استئنافية تختصان بالفصل في الأفعال الموصوفة جنايات وكذا الجنح والمخالفات المرتبطة بها".

تنص المادة 252 من القانون 17 ـ 07"تعقد محكمة الجنايات الابتدائية ومحكمة الجنايات الاستئنافية جلساتها بمقر المجلس القضائي، غير أنه يجوز لها أن تنعقد في أي مكان آخر من دائرة الاختصاص وذلك بقرار من وزير العدل".

(58) تنص المادة 258من القانون 17 ـ 07 "تتشكل محكمة الجنايات الابتدائية من قاض برتبة مستشار بالمجلس القضائي على الأقل، رئيسا، ومن قاضيين مساعدين وأربعة محلفين.

تتشكل محكمة الجنايات الاستئنافية من قاض برتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي على الأقل، رئيسا، ومن قاضيين مساعدين وأربعة محلفين".

(59) تنص المادة 322 مكرر/7 من القانون 17 ـ 07 "... وعلى محكمة الجنايات الاستئنافية أن تعيد الفصل في القضية دون أن تتطرق إلى ما قضى به الحكم المستأنف في الدعوى العمومية لا بالتأييد ولا بالتعديل ولا بالإلغاء".

(60) عبد الرحمان خلفي، المحاكمة خلال آجال معقولة (دراسة في التشريع والقضاء الجنائي) مجلة كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بغداد، السنة السابعة، المجلد الخامس، العددان 25 ـ 26، سنة 2015، ص 332.

(61) المحاكمة السريعة لا تعني المحاكمة المتسرعة، لأن هذه الأخيرة تأتي بالمخالفة لضمان لحقوق الدفاع، وهذا ما جعل الاتفاقيات الدولية تفسر المحاكمة السريعة بالمحاكمة خلال مدة معقولة، والمعقولية تفيد استبعاد التسرع عن اتخاذ الإجراءات، وفي نفس الوقت عدم جواز إطالة الحاكمة على نحو مبالغ فيه. (شريف سيد كامل، الحق في سرعة الاجراءات الجنائية (دراسة مقارنة) دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 2).

(62) عمرو محمد فوزي أبو الوفاء، مرجع سابق ص 138.

(63) Art 181 du CPPF (Si le juge d'instruction estime que les faits retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction qualifiée crime par la loi, il ordonne leur mise en accusation devant la cour d'assises. Il peut également saisir cette juridiction des infractions connexes).

(64) Art 191 du CPPF (Chaque cour d'appel comprend au moins une chambre de l'instruction …).

(65) عند التحضير ولأول مرة لقانون إجراءات جزائية بالجزائر واجهت اللجنة المعنية بالتحضير للمشروع سنة 1966 إشكالية الاستمرار بالمشاركة الشعبية في تشكيل محكمة الجنايات تطبيقا لنص المادة 240 آنذاك من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي الذي كان معمولا به في الجزائر أم كان من الضروري الالتفاف عليها وتكريس العدالة بموجب قضاة محترفين فقط، لكن في النهاية كان الجو السياسي السائد آنذاك يحث على المشاركة الشعبية في كل هيئات الدولة، وتبعا لذلك تم تقليص عدد المحلفين إلى أربعة بدلا من ستة. وتزامنا مع العشرية السوداء تم تقليص العدد إلى اثنان فقط بموجب الأمر رقم 95 ـ 10 المؤرخ في 25 فيفري 1995 المعدل والمتمم للأمر المؤرخ في 8 يونيو 1966 (ج.ر.ج.ج 11) الصادرة في 1 مارس 1995 (هنية عميروش، خصوصية الإجراءات المتبعة أمام محكمة الجنايات، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ـ بجاية، السنة الخامسة، المجلد 09، عدد 2014/1، ص 264) وحاليا تم العودة إلى أربعة محلفين.

(66) هناك من يشير إلى أن "نظام المحلفين في الجزائر يستند إلى أسباب تاريخية وسياسية لأن القضاء الجزائري يصدر أحكامه باسم الشعب الجزائري وغياب العنصر الشعبي يخالف هذا المبدأ، وإذا كان التشريع مصادقا عليه من طرف ممثلي الشعب فإن تطبيقه في المجال الجزائي يحتاج إلى معارف قانونية يتولاها القضاة المحترفون من جهة وإلى تعبير عن رأي الشعب في ذلك من جهة أخرى..." (مختار سيدهم، مرجع سابق).

(67) مباشرة بعد الثورة الفرنسية كانت محكمة الجنايات مشكلة من قضاة محترفين وقضاة شعبيين، ولكن كانت المداولة بشأن الإدانة والمسؤولية الجزائية تتم فقط بين المحلفين، أما العقوبة فتقدر من القضاة المحترفين، وفي سنة 1941 تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي في مواده 356 إلى 362 وتم إشراك القضاة المحترفين مع الشعبيين في المداولة حول الوقائع وإسنادها والعقوبة المقررة لها، يراجع في ذلك:

Corine RENAULT – BRAHINSKY, Procédure pénale, 7éme édit, Gualino éditeur, EJA Paris, 2006, P238.

(68) تنص المادة 258/3 من القانون 17 ـ 07 على ما يلي: "وتتشكل محكمة الجنايات الابتدائية ومحكمة الجنايات الاستئنافية، عند الفصل في الجنايات المتعلقة بالإرهاب والمخدرات والتهريب، من القضاة فقط".

(69) المادة 158: من الدستور الجزائري: "أساس القضاء مبادئ الشّرعيّة والمساواة.

الكلّ سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسّده احترام القانون".

(70) (La compétence de la cour d'assises spécialement composée a été étendue par une loi du 9 septembre 1986, au jugement des crimes et délits connexes commis en matière de terrorisme. Avant cette loi du 9 septembre 1986, les crimes de terrorisme étaient jugés par une cour d'assises « normale » composée de magistrats professionnels et d'un jury, tiré au sort.

Au cours de l'année 1986, la cour d'assises de Paris siégeait pour juger des faits de terrorisme et au cours de cette audience, des jurés ont été menacés par les accusés. Le lendemain de ces menaces, certains jurés ont refusé de siéger et le procès a du être renvoyé. C'est la raison qui a conduit le législateur à faire juger les crimes de terrorisme par des magistrats professionnels) http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-dassises-speciale--23412.html site web visité le 1er nov 2017 a 11h

(71) يختلف التعليل عن الأسئلة، ولا يمكن أن يحل أحدهما مكان الآخر ، فالتعليل لا ينصب على سرد الوقائع كما هو الحال مع قرار الإحالة بل يتضمن أهم العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع أو لا تقتنع (مختار سيدهم، مرجع سابق).

(72) تنص المادة 309/8 من القانون 17 ـ 07 "يقوم رئيس المحكمة أو من يفوضه من القضاة المساعدين بتحرير وتوقيع ورقة التسبيب الملحقة بورقة الأسئلة ...

يجب أن توضح ورقة التسبيب في حالة الإدانة أهم العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع بالإدانة في كل واقعة حسبما يستخلص من المداولة.

وفي حالة الحكم بالبراءة، يجب أن يحدد التسبيب، الأسباب الرئيسية التي على أساسها استبعدت محكمة الجنايات إدانة المتهم ".

(73) تنص المادة 309/1من القانون 17 ـ 07 "يتداول أعضاء محكمة الجنايات، وبعد ذلك يأخذون الأصوات في أوراق تصويت سرية وبواسطة اقتراع على حدة عن كل سؤال من الأسئلة الموضوعة ..."

(74) Décision n° 2011-113/115 QPC du 1 avril 2011
M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises]
Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 janvier 2011 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 516 du 19 janvier 2011), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Xavier P., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 353 et 357 du code de procédure pénale.
11. Considérant, d'autre part, qu'il ressort des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 qu'il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines ; que l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation constitue une garantie légale de cette exigence constitutionnelle ; que, si la Constitution ne confère pas à cette obligation un caractère général et absolu, l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à exclure l'arbitraire
Journal officiel du 2 avril 2011, page 5893, texte n° 72 Recueil, p. 173

(75) Art 365-1 du CPPF (Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions.
La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364.
Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision).

من ضبط الدولة إلى الضبط الخاص: حول مكانة الاتفاقيات الجماعية ضمن قواعد قانون العمل*

د. عيساوي عزالدين،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.
د. بري نورالدين،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. AISSAOUI Azedine,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.
Dr. BERRI Noureddine,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

يعتبر قانون العمل مركز ظاهرة إزالة التنظيم.، فبعد إنسحاب الدولة من ضبط علاقة العمل لم يعد المشرع المصدر الوحيد في إنتاج القاعدة القانونية في المجال بل يشاركه في ذلك فاعلين أخرين في إنتاجها و ذلك عن طريق العقد و التفاوض الجماعي.

منح قوة إلزامية للتفاوض الجماعي ما هو في الحقيقة إلا تكريس للديمقراطية الاجتماعية، التي لا تكون إلا في التفاوض المباشر والعقد، في إطار المبادئ العامة التي يضعها قانون العمل.

الكلمات المفتاحية:

الإتفاقيات الجماعية، ظاهرة إزالة التنظيم، قانون العمل، قانون الضبط، الديمقراطية الاجتماعية.

From state regulation to private regulation: the place of collective agreements in labor law

Abstract:

Labor law is the bastion of deregulation; Following the withdrawal of the state from the economic sphere and in the regulation of labor relations, the legislator found itself competing in the production of the norm by other actors through contracts and collective agreements. To confer binding force on collective bargaining is, in fact, a consecration of social democracy born mainly of negotiation and contract, within the framework of the general principles laid down by labor law.

Keywords:

Collective bargaining, deregulation, labor law, regulation law, social democracy.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/22 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/07/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

De la régulation étatique à la régulation privée: la place des conventions collective en droit du travail

Résumé:

Le droit du travail est le bastion de la déréglementation; suite au retrait de l'Etat de la sphère économique et dans la régulation des relations du travail, le législateur s'est trouvé concurrencé, dans la production de la norme, par d'autres acteurs et ce, à travers le contrat et les conventions collectives.

Conférer une force obligatoire à la négociation collective n'est en réalité qu'une consécration de la démocratie sociale née principalement de la négociation et du contrat et ce, dans le cadre des principes généraux posés par le droit du travail.

Mots clés:

Négociations collectives, déréglementation, droit du travail, droit de la régulation, démocratie sociale

مقدمة

في إطار النظريات الليبرالية الكلاسيكية، لا تتدخل الدولة في القطاع الاقتصادي، بل تضع قواعد قانونية للأعوان الاقتصاديين تسمح لهم بعملية التعاقد (قانون الشركات، قانون العمل، قانون العقود...)، فإذا توافرت جميع الشروط فإن الدولة تترك السوق يعمل لوحده[1].

ومن آثار العولمة، انتقال سلطة التنظيم من الدولة إلى القوى الاقتصادية المهيمنة، من هذا المنطلق يمكن تحديد النقطة التي يمكن منها إعادة تعريف أو صياغة نظرية العقد الاجتماعي المتبناة في الدول الديمقراطية. فالحرية الممنوحة للأعوان الاقتصاديين في ظل اقتصاد السوق تسمح بظهور نمط جديد لتسيير شؤون الدولة، من حيث الاعتماد على الفاعلين الاقتصاديين -قوى السوق- سلطة تنظيم القطاع الاقتصادي وخلق القواعد القانونية الأساسية لتحقيق ذلك.

كذلك الأمر في علاقات العمل، بالرغم من خصوصية القواعد المتعلقة بهذا المجال، حيث تختلف من حيث المصدر؛ فإمّا أن تجد مصدرها في الدولة؛ أي تلك التي تنتجها السلطة العامة، كتلك التي يضعها المشرع إعمالا للفقرة الثامنة من المادة 140 من الدستور، ومثال ذلك قانون 11/90[2]، وإمّا أن تكون قواعد قانونية اتفاقية مهنية، يضعها الشركاء الاجتماعيون، إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولسلطة المستخدم في تنظيم مؤسسته.

غير أن الأنظمة القانونية المقارنة تختلف من حيث القوة الإلزامية التي تمنحها لهذه القواعد الاتفاقية المهنية، ففي بريطانيا، لا تلزم الاتفاقية الجماعية للعمل إلاّ المؤسسة التي نشأت فيها، أمّا في النمسا وألمانيا واسبانيا وايطاليا وهولندا والبرتغال والسويد فالاتفاقية الجماعية للعمل، تتمتع بسلطة إلزامية على قطاع النشاط. لكن في فرنسا فإن الأمر مختلف، كون أنّ الدولة تتدخل بصورة كبيرة في مجال علاقات العمل، فهي التي تضع

القواعد المنظمة لعلاقات العمل سواء عن طريق التشريع أو التنظيم. إذ اعترف بالاتفاقيات الجماعية للعمل كوسيلة لتنظيم علاقات العمل الفردية والجماعية في سنة 1950، بالرغم من عدم إضفاء أية قوة إلزامية لها في البداية[3]، غير أن الأمر أصبح مختلف بعد ذلك، إذ فضلت أحكام الاتفاقيات الجماعية للعمل على الوسائل التنظيمية الأخرى.

كانت علاقات العمل ذات طابع ثلاثي، حيث تتدخل الدولة والأعوان الاقتصاديين ونقابات العمال؛ فالدولة حاضرة كطرف ثالث في المفاوضات التي تتم بين نقابات العمال ومنظمات أصحاب العمل، أي أنه لا يوجد تفاوض مباشر. حيث أن النقابات تضغط على الدولة لكي تقوم هذه الأخيرة فيما بعد بفرض قواعد تعبر عن الإصلاحات التي يريدها العمال، فهذا النظام يتميز بمركزية التفاوض، وتدخل الدولة بسن قواعد عامة مفصلة.

غير أنه تم الابتعاد عن هذا النظام في أواسط التسعينات من القرن الماضي، بداعي ضرورة إضفاء طابع المرونة على علاقات العمل وتخفيف العبء على الدولة في وضع قواعد قانون العمل، وإعطاء مكانة جديدة للتفاوض الجماعي، هذه المكانة نشأت نتيجة للضغط الذي مارسه كل من أرباب العمل ونقابات العمال، بعدما لاحظوا أن الدولة قد استحوذت على المجال الاجتماعي، فحجز أرباب العمل ونقابات العمال هذا المجال بصفة تدريجية، وجعلوه تحت مسؤوليتهم، فنتج عن ذلك انتقاص من مجال تدخل الدولة.

إعطاء قوة إلزامية أكبر للتفاوض الجماعي ما هو في الحقيقة إلا تكريس للديمقراطية الاجتماعية، التي لا تكون إلا في التفاوض المباشر والعقد، في إطار المبادئ العامة التي يضعها قانون العمل؛ فيتم تفضيل العقد في المؤسسة، أو على الأقل العقد الجماعي للفرع؛ هذه الحركة تعبر عن الانتقال من نموذج الضبط القانوني الذي تمارسه الدولة (ضبط عمومي)، إلى نموذج الضبط القانوني الذي يمارسه أعوان قطاع علاقات العمل، عن طريق العقد (ضبط خاص).

لكن القول بأن الاتفاقيات الجماعية مصدر من مصادر قانون العمل يثير العديد من الإشكالات القانونية، وبالخصوص: ما هو الأساس الدستوري الذي يخول الخواص (أعوان علاقات العمل) الحق في سن قواعد عامة ومجردة، تشبه تماما القواعد التي تضعها السلطة العامة (الدولة)؟ هل تنازلت السلطة التشريعية عن حقها في سن القواعد القانونية المتعلقة بعلاقات العمل، والمخول لها بنص الفقرة الثامنة من المادة 140 من الدستور، والتي تقضي: [يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات التالية...القواعد العامة المتعلقة بقانون العمل والضمان الاجتماعي وممارسة الحق النقابي].؟

أما إذا كانت القواعد التي تضعها الاتفاقيات الجماعية ذات طابع تنظيمي، ففي هذه الحالة كذلك نقول انه تمت مصادرة حق السلطة التنفيذية (الوزير الأول) في سن القواعد القانونية تنفيذا للقوانين، وذلك طبقا للفقرة الثانية من للمادة 143 من الدستور، والتي تقضي: [يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول].

أخيرا، نتساءل عن المكانة القانونية لهذه القواعد الاتفاقية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية؟ فاحترام مبدأ تدرج القواعد القانونية يقتضي خضوع واحترام القاعدة الدنيا للقاعدة التي تعلوها، فيفترض أن تسمو القواعد التشريعية والتنظيمية على القواعد الاتفاقية.

I- رفض الضبط القانوني الممارس من طرف الدولة

ساد في الجزائر في مرحلة ما قبل الشروع في الإصلاحات الاقتصادية، مركزية الضبط القانوني، وهذه الظاهرة نتيجة حتمية للتدخل + الكلي للدولة في كل مجالات الحياة، فكل قنوات الضبط منبعها واحد وهو الدولة. ولئن كانت علاقات العمل تعاقدية، إلاّ أن هذا العقد تنظيمي إلى درجة أين يمكن القول بأنه عقد إذعان (1)، لكن هذا الاحتكار في عملية الضبط القانوني كان محل نقد، مما أدى إلى ظهور قنوات جديدة للضبط القانوني تختلف عن الدولة؛ فأصبحت العلاقة التي تربط العمال بأرباب العمل تخضع لقواعد تفرضها الدولة، وقواعد ينشئونها (2).

1- ضبط علاقات العمل ب« العقد المنظم »

كان القانون الذي يحكم علاقات العمل في الجزائر، يتكون من قواعد قانونية تشريعية و/أو تنظيمية؛ فالعلاقة بين المؤسسة والعمال تخضع لنظام استثنائي وغير مألوف في القانون العادي، حيث أن التشريع والنصوص التطبيقية تحدد وبصفة دقيقة ومفصلة كل الشروط الواجبة وكل الالتزامات التي تقع على أطراف العلاقة التعاقدية، ومثال ذلك أن النصوص التشريعية والتنظيمية تحدد تصنيف مناصب العمل والأجور ونظام التعويضات والترقية[4]، إلى درجة أين المؤسسة لم يبق لها أي شيء تتفاوض عليه مع العمال، فالسلطة العامة وضعت عقد نموذج تعمل به كل المؤسسات.

من الناحية العملية نصل إلى نتيجة: وهي ظهور علاقات تعاقدية من نوع خاص؛ فالعقد يعيد نفس الشروط المحددة عليها في النصوص التنظيمية، الشيء الذي يبعده تماما عن العقد المعروف في القانون العادي، ومصطلح العقد المستعمل من طرف المشرع ما هو إلا خطأ لفظي وقع فيه، طالما أن الشروط تحددها السلطة العامة، وتفرض على الأطراف؛ وحيث أن هدا العقد ملئ بالشروط إلى درجة نشك في الطبيعة التعاقدية للعلاقة

بين العمال والمؤسسة، إذ أن جانبا من الفقه يطلق عليه عقد تنظيمي؛ فيمكن تكييف هدا العقد بأنه عقد إذعان[5].

الانتقادات الموجهة للضبط المنفرد الذي تمارسه الدولة كبيرة، سواء من الناحية الإيديولوجية أو من الناحية العملية؛ فالانتقادات الماركسية معروفة[6]، بالإضافة إلى الظهور القوي للمذهب الفردي، والأفكار المتعلقة بالتسيير الذاتي واللامركزية في اتخاذ القرارات، بالإضافة إلى ظهور صعوبات اقتصادية، الشيء الذي ساهم في الانسحاب التدريجي للدولة في الإطار الوظيفي؛ إذ أضحى من الصعب عليها التحكم في الظواهر الجديدة المعقدة والكثيرة[7].

فالقانون يعيش في أزمة، وهذه الأزمة ثلاثية الأبعاد، تمس كل من الدولة والقاعدة القانونية والأداة القانونية.

الدولة: تعرف صعوبات في مجال الضبط، فلم تعد المحتكر الوحيد لإنتاج القواعد القانونية، وفقدت السيطرة على الحياة الاجتماعية، الشيء الذي أدى إلى ظهور فاعلين جدد عموميون وخواص. وحسب الأستاذ Alain CHOURAQUI " فان علاقات العمل هي المثال الواضح لتعدد مصادر القاعدة القانونية؛ فدور الدولة أصبح ثانويا؛ بحيث تكتفي بوضع قواعد عامة، وتترك الحرية للشركاء لسن القواعد الخاصة"[8].

القاعدة القانونية: إن القانون الذي احتكرت الدولة سنه وجد نفسه محاصرا من الأعلى، بضغط القانون الدولي الاتفاقي، ومن الأسفل بضغط من القوى الداخلية؛ الشيء الذي أدى إلى تراجع الدور الضبطي للدولة، والسماح بظهور فاعلين جدد في مجال الضبط.

الأداة القانونية: أمام أزمة دولة الرفاهية، عجزت القنوات التقليدية عن ضبط القطاعات الاقتصادية والاجتماعية[9]، فتم الانتقال من النموذج الأحادي لإنتاج القواعد القانونية إلي النموذج المتعدد، أو ما يعبر عنه بإزالة التنظيم، أين يسمح لقطاع معين ليضبط من أهله autorégulation. فحسب تعبير بعض الفقه فان الضبط الذاتي يعتبر الإجابة لكل الضغوط الآتية من الأعلى[10].

2-الانتقال إلى قانون متفاوض عليه

أدى عدم قدرة الأسلوب التقليدي في ضبط العلاقات الاجتماعية، أدى إلى ظهور مصادر جديدة للضبط القانوني، ما يؤكد بأن الدولة لا تحتكر الحقائق المتحركة والتي يصعب قيادتها بالإطار القانوني العام والموحد، فالقاعدة القانونية التي تسنها الدولة تجد نفسا في منافسة مع قواعد قانونية ناتجة من قنوات غير الدولة.

يضع الأستاذ Gérard TIMSIT فكرة الضبط في نظرية القانون : إنها تعبر عن تحول النظام القانوني الذي يتميز بالانتقال من القانون المجرد إلى القانون الواقعي؛ أين القاعدة

العامة تترك مجالا واسعا للهيئات المكلفة بتحديد تطبيقها [11]، ويقاسمه الأستاذ Yves GAUDEMET الرأي فيرى بان الضبط - وبلا منازع - شيء جديد، ومقاربة جديدة لوظائف وطرق إنتاج القواعد القانونية: انه نوع من المرونة والواقعية، وعلاج أعلنت عنه السلطات العامة، إذ يمثل الضبط، النموذج الحديث للتدخل الإداري، فهو ليس مجرد لغة جديدة، بل يعبر عن وظائف تقليدية للدولة، لكن بصورة مختلفة [12]. أما الأستاذ Jacques CHEVALLIER يرى ان الضبط يصور بملامح قانون متعدد بسبب ظهور وتطور منتجين جدد للضبط[13].

أخيرا يعتبر الأستاذ André-Jean ARNAUD بأن الاختصاصات الضبطية الموكلة للدولة أضحت مستخلفة، وتم تجديدها بقنوات ضبط جديدة، كون القنوات التقليدية لم تعد قادرة على ضبط الظواهر الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، لأن القانون لا يكفي لوحده لحل مشاكل المجتمع وصراعاته، ففي هذه الحالة يجب إشراك فاعلين آخرين في عملية الضبط مثل الهيئات المحلية والأعوان والمجتمع المدني والمجموعات الفاعلة.

فتم تطوير وسائل جديدة كالوساطة والصلح والتفاوض، ذلك مرده، وجود بعض النشاطات والسياسات العامة التي لا يمكن أن تمر غبر قنوات قانونية، وبعض الرهانات السياسية التي لا تتلاءم مع الأدوات القانونية التقليدية مثل والبيئة والعلاقات الاقتصادية والأمن الدولي، فتم استبدال الضبط القانوني للدولة بضبط عام وشامل بظهور أنظمة عفوية؛ مثل الأسواق المالية؛ فالدولة لم تعد تحتكر عمل أية إنتاج القواعد القانونية[14].

في إطار علاقات العمل، فان مرونة القواعد القانونية تترجم الرفض العام للضبط القانوني الممارس من طرف الدولة، نتج عن هذا التطور ظهور وتطور التفاوض الجماعي، الشيء الذي يقزم دور الدولة في هذا المجال، كان ذلك نتيجة حتمية لرفض التيار النيوليبرالي تدخل الدولة والدعوة إلى انسحابها من مجال التنظيم، الشيء الذي أدى إلى الحديث عن "حرق تقنين العمل"[15]، كما هو موجود حاليا.

تطور التفاوض الجماعي أمر ملاحظ وبقوة، خصوصا بعد التسريحات الناتجة عن الأزمة التي عاشتها الدولة في العشرية الأخيرة من القرن الماضي.

II– المكانة القانونية لقواعد الاتفاقيات الجماعية ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية

القواعد الناتجة عن الاتفاقيات الجماعية والتفاوض الجماعي هي قواعد عقدية، تستمد قوتها الإلزامية من المبدأ العام في القانون "العقد شريعة المتعاقدين" والمنصوص عليه في المادة 106 من التقنين المدني، فمن البديهي أن لا تكون ملزمة إلا لأطرافها، وأن لا تتضمن قواعد مخالفة لتلك التي تضعها السلطة العامة.

غير أنّ علاقات العمل لا يحكمها هذا المبدأ بهذه الصفة الجامدة، إذ أن علاقات العمل يحكمها مبدآن : الأول، هو معظم قواعده تشكل نظاما عاما اجتماعيا، ما ولّد وضعية تنافس نصوص قانونية متنوعة المصدر، لذلك في حالة تنافس نصين أو قاعدتين فنطبق النص الأنفع للعامل (2)؛ الثاني، هو أن الاتفاقات والاتفاقيات الجماعية للعمل يجب أن تكون متوافقة مع المستوى الأعلى جغرافيا ومهنيا (1).

1-الاتفاقيات الجماعية وتنظيم علاقات العمل

- إنّ الأحكام المطبقة على الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للعمل عديدة، لكن يظهر أن العلاقة التي تربط هذه الاتفاقيات بالمصادر الأخرى لقانون العمل هو مبدأ تطبيق النص الأفضل للعمال. لذلك، من المفروض أن الاتفاقيات الجماعية لا يمكن أن تكون أقل حماية وأقل مزايا للعامل من الأحكام القانونية (القانون المفروض من قبل الدولة)، ولا يمكن أن تضع استثناءات عن الأحكام التي تشكل النظام العام الاجتماعي.

مثال: الأحكام المتعلقة بمحاربة التمييز في العمل، الأحكام المتعلقة بعمل الأطفال؛ تنص المادة 17 من لقانون رقم 11/90، المتعلق بعلاقات العمل على " تعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أو عقد مجال الشغل والأجرة أو ظروف العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال، كيفما كان نوعه في مجال الشغل والأجرة أو ظروف العمل، على أساس السن والجنس أو الوضعية الاجتماعية أو النسبية، والقرابة العائلية والقناعات السياسية والانتماء أو عدم الانتماء إليها.

- ومن جهة ثانية لا يمكن لعقد العمل أن يكون أقل مزايا من الاتفاقات والاتفاقيات الجماعية.

مثال: ينص القانون على عطلة سنوية ب30 يوما، عقد العمل يقضي بأن هذه المدة 20 يوما في السنة، لكن الاتفاقية الجماعية تجعلها 45 يوما في السنة، في هذه الحالة فان العامل يستفيد من عطلة سنوية ب 45 يوما.

- تستخلف الاتفاقية أو الاتفاق الفرعي أثناء دخولهما حيز التنفيذ، لأعراف وممارسات مهنية أو خاصة بالمؤسسة وسابقة، ولو كانت أكثر حماية للعمال.

- تستخلف الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية بمجرد دخولها حيز التنفيذ للشروط المنصوص عليها في عقد العمل الساري المفعول، باستثناء البنود الأكثر نفعا للعمال[16].

- الاتفاقية القطاعية أو الاتفاقية المهني أو مابين المهن لا يمكن أن يحتوي أحكاما أقل نفعا للعمال من تلك المطبقة بمقتضى اتفاقية أو اتفاق يغطي مجال جغرافي أو مهني أوسع، وبالنتيجة إذا تم إبرام اتفاقية أو اتفاق في مستوى أعلى من الاتفاقية أو الاتفاق الساري.

فعلى الأطراف تكييف تلك الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية والاتفاق الأقل نفعا للعمال[17].

- في الحالة التي يكون للاتفاق المهني واتفاقية الفرع نفس المجال الإقليمي والمهني فان الاتفاق يدخل في الاتفاقية ويتحول إلى وثيقة إضافية أو ملحق لها.

- يمكن للاتفاقيات الجماعية والاتفاقات الجماعية للمؤسسة أو المقاولة أن تكيف أحكام اتفاقيات قطاعية أو الاتفاقات المهنية أو ما بين المهن المطبقة في المقاولة.

- في الحالة التي تطبق فيها الاتفاقيات القطاعية والاتفاقات المهنية أو ما بين المهن في المقاولة بعد إبرام الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للمقاولة أو المؤسسة فان هذه الأخيرة يجب أن تكيف كذلك.

- أخيرا في المؤسسات التي ترتبط في الوقت نفسه بعدة اتفاقيات واتفاقات جماعية يجب المقارنة بين المزايا المنصوص عليها في كل نص له نفس الموضوع أو نفس السبب ويطبق على تلك النقطة النص الأكثر امتيازا ونفعا للعمال.

لكن في الحقيقة من الصعوبة بمكان التفرقة بين نصين وإيجاد أيهما أفضل للعامل، وهنا يجب دراسة فكرة المقابل، والقاضي من يقدر في هذه الحالة[18].

2- تطبيق مبدأ الأنفع للعامل

يمثل مبدأ تطبيق الأحكام الأكثر نفعا للعامل قاعدة تنازع القواعد، فالمصدر الأدنى لا يجب أن يكون أقل نفعا للعامل من المصدر الأعلى فعقد العمل لا يمكن أن يكون اقل نفعا من الاتفاقية الجماعية، لكن بالعكس يمكن للمصدر الأدنى أن يحتوي على أحكام أكثر نفعا من المصدر الأعلى، قاعدة التنازع هذه تسمح بالتشويش على مبدأ تدرج القواعد القانونية.

التساؤل الذي يطرح هل القانون الوضعي الجزائري يعترف ويتبنى مبدأ الأنفع كقرينه الفرنسي؟ ثم ما هي التبريرات التي يمكن تقديمه لإعمال وتطبيق هذا المبدأ؟

أولا: تكريس المبدأ

يتبنى القانون الفرنسي هذا المبدأ والذي يعرف"انه مبدأ أساسي لقانون العمل والذي مقتضاه يمكن دائما وضع استثناء عن القاعدة الأعلى في التدرج القانوني، شريطة أن يكون في اتجاه أفضل للعامل"[19]. ويعتبر البعض أن مبدأ الأنفع يمثل روح قانون العمل[20].

يشير القانون الفرنسي في بعض نصوصه إلى محتوى مبدأ الأنفع للعامل مثل المادة L. 132-4 والمادة L. 135-2[21]، لكن موقف القضاء الفرنسي تجاه هذا المبدأ مختلف.

فلأول مرة أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى هذا المبدأ في الرأي الصادر في 22 مارس 1973، حيث وضح المجلس بان مبدأ النفع يترجم الطابع الحمائي الذي يتصف به قانون

العمل، وحسب المجلس فان مبدأ تطبيق الحكم الأنفع للعامل يمثل روح قانون العمل، وفي قرارات لاحقة أقر المجلس بان هذا المبدأ هو مبدأ عام في القانون[22].

أما بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية فترى بان مبدأ الأنفع يمثل مبدأ أساسي في قانون العمل والذي مقتضاه في حالة تنازع القواعد القانونية تطبق القاعدة الأنفع للعامل.

أما بالنسبة للمجلس الدستوري الفرنسي، فان المبدأ المدرج في الاتفاقية الجماعية للعمل والذي يكرس أحكاما أفضل للعمال أفضل من تلك المكرسة في التشريع والتنظيم الساريين المفعول، يجب أن يدرج ضمن المبادئ الأساسية لقانون العمل والذي ليس له قيمة دستورية [23].

وقد ساير الفقه في فرنسا هذا الاتجاه[24]؛ والذي يرى بأن هذا المبدأ يمثل مبدأ مركزي في قانون العمل الفرنسي، لكن هذا المبدأ لا يرقى إلى صف المبادئ ذات القيمة الدستورية، فالفقه في فرنسا يفرق بين المبادئ العامة للقانون والمبادئ المعترف بها من طرف قوانين الجمهورية[25].

أما بالنسبة لموقف القانون والقضاء في الجزائر نلاحظ أن المشرع أشار إلى تطبيق الأحكام الأكثر نفعا للعمال في حالة تنازع قواعد قانون العمل، فنصت المادة 118 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل على:[تفرض على المؤسسة المستخدمة الأحكام الأكثر نفعا الواردة في مختلف الاتفاقيات الجماعية التي اكتتبت بها هذه الهيئة أو انضمت إليها وتطبق على عمالها، إلا إذا كانت هناك أحكام أنفع مضمنة في عقود العمل المبرمة مع المستخدم]. ففي حالة تنازع القاعدة الأعلى (الاتفاقية الجماعية) مع القاعدة الدنيا(عقد العمل)، وكانت القاعدة الدنيا أكثر نفعا للعامل فيتم تطبيق القاعدة الدنيا.

وقد طبقت المحكمة العليا هذا المبدأ في بعض قراراتها، ففي القضية المتعلقة الشركة الوطنية للكهرباء والغاز ضد (ب.ع) قضت المحكمة [ولما ثبت- في قضية الحال – أن قضاة الموضوع بتطبيقهم مقتضيات النظام الداخلي الأرحم والأفيد للعامل في المجال التأديبي، على ما جاء به القانون في نفس المجال يكونون قد طبقوا صحيح القانون] [26].

وفي قضية أخرى قضت المحكمة [...ومن جهة أخرى لا يجب النسيان بأن القواعد الشكلية والقواعد الموضوعية المتعلقة بقانون العمل والضمان الاجتماعي تعتبر في أغلب الأحيان من النظام العام مع الإشارة إلى إمكانية مخالفتها إذا كانت القاعدة المطبقة في صالح العامل..] [27].

ثانيا: تبرير إعمال المبدأ

المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 25 جويلية 1989، استرجع الفقرة الثامنة من من ديباجة دستور 1946، والتي تقضي " يشارك كل عامل بواسطة ممثليه في

التحديد الجماعي لشروط العمل وفي تسيير المؤسسات"[28] . فحسب المجلس فان للنقابات العمالية اختصاص طبيعي بالتفاوض الجماعي لحماية حقوق ومصالح العمال، فمبدأ حق الشركاء الاجتماعيون في التفاوض الجماعي له طبيعة دستورية.

فيمكن للمشرع أن يمنح للشركاء الاجتماعيون حق وضع أحكاما تنفيذية وتطبيقية للمبادئ الأساسية لقانون العمل؛ ففي هذه الحالة تتخذ قواعد لتنفيذ القوانين بواسطة الاتفاقية الجماعية وليس بقواعد تنظيمية تنفيذية، بصيغة أخرى الاستيلاء على اختصاص السلطة التنفيذية.

أكد المجلس الدستوري الفرنسي على هذا المبدأ مرات عديدة مثل: قرار 96-383 و97-388 و99-423[29]، فحسب المجلس فان الحرية التعاقدية محمية دستوريا رغم أن هذه الأخيرة ليس لها قيمة دستورية؛ لكن لا يمكن للمشرع أن يمس باستقلالية الاتفاقية بالنظر إلى محتوى المادة الرابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن والتي تقضي [الحرية تتتبع سلطة فعل كل ما لا يضر بالآخرين].

وبالنسبة للمجلس فان مبدأ تطبيق الحكم الأفضل للعامل ليس له قيمة دستورية؛ فبإمكان المشرع استبعاده.

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي فان هذا المبدأ يفرض على السلطة التنفيذية فلا يمكن لهذه الأخيرة أن ترخص اتفاقيات جماعية تحتوي أحكاما أقل حماية للعمال من تلك التي تتضمنها الأحكام التنظيمية.

وبالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية فترى أن هذا المبدأ يفرض نفسه على الشركاء الاجتماعيون لكن يمكن استبعاده من طرف القانون[30].

ويمكن القول أن مبدأ الأنفع للعامل مبدأ عام في القانون يتبوأ مكانة وسط في تدرج القواعد القانونية بين القانون والتنظيم؛ فالأول فقط من يمكن أن يمس به؛ أما الثاني فعليه احترامه.

وأخيرا بالنسبة للجزائر يمكن استرجاع بعض الأحكام الدستورية التي تبرر إمكانية مشاركة الشركاء الاجتماعيون في وضع قواعد قانونية مثل المادة 70 من الدستور والتي تنص على [الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين]، وممارسة الحق النقابي يكون بالتفاوض الجماعي من أجل حماية أكبر للعامل. كما يمكن الإشارة إلى المادة 140 من الدستور، والتي تقضي: [يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات التالية... القواعد العامة المتعلقة بقانون العمل والضمان الاجتماعي وممارسة الحق النقابي]، فالمشرع يضع فقط القواعد العامة المتعلقة بعلاقات العمل أما التفصيلات

يمكن أن تأتي من السلطة التنفيذية عن طريق المراسيم أو عن طريق الشركاء الاجتماعيين لممارستهم الحق النقابي بالتفاوض الجماعي عن طريق الاتفاقيات الجماعية.

خاتمة

تمثل الاتفاقية الجماعية نموذج لانسحاب الدولة من مجال الضبط القانوني للعلاقات الاجتماعية، وصورة لدولة ما بعد الحداثة التي يحكمها تعدد مراكز صنع القرار؛ إذ أن القاعدة القانونية تجد مصدرها في السلطة العامة كما في الخواص، بل إن إعمال مبدأ الأنفع للعامل يجعل الأفضلية للقاعدة التي يضعها الخواص عوض القاعدة التي تضعها الدولة، اذا كانت القاعدة التي يضعها الخواص أكثر حماية للعمال، وهذا راجع حتما إلى طبيعة قواعد قانون العمل إذ أنه قانون حمائي، بل أن ظهور هذا المبدأ يجعلنا نقول أن تقنين العمل هو تقنين العمال.

الهوامش:

[1] - Hervé DUMEZ, Alain JEUNMAITRE, « L'Etat et le marché en Europe : vers un Etat de droit économique », *Revue Française de Sciences Politiques*, Volume 42, Numéro 2, Avril 1992, (politiques publiques en France, l'Europe, le marche et l'Etat), p . 263.

[2]- القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، ج ر عدد ،17 الصادر في 25 افريل 1990، المعدل والمتمم.

[3] - Jacques CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, 2 ème édition , LGDJ, collection Droit et Société, Paris, 2004, p . 111.

[4]- القانون رقم 78-12، المؤرخ في 05 أوت 1987، المتضمن القانون الأساسي للعامل، ج ر عدد 32 الصادر في 08 أوت 1978.

[5] -Rachid ZOUAIMIA, « De l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur : l'exemple algérien », Article non édit, P. 5.

[6]- المذهب الماركسي يرى أن القاعدة القانونية هي أداة في يد الحكام لتكريس الطبقية.

[7] - Alain CHOURAQUI, « Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social », in Frençois. CHAZEL et Jacques. COMMAILLE, (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991, p. 291.

[8] - Alain CHOURAQUI, « Normes sociales et règles juridiques :quelques observations sur des régulations désarticulés », *Revue Droit et Société*, n° 13 /1989, p. 317 et s.

[9] - Michel GROZIER, « La crise des régulations traditionnelles », in (H.) MENDDRAS, (dir.), *La sagesse et le désordre*, Gallimard, Paris, 1980, p. 376.

[10] - Jean- Daniel REYNAUD, « Du contrat social à la négociation permanente », in (H.) MENDDRAS, (dir.), *La sagesse et le désordre*, op.cit, p. 408.

[11] - Gérard TIMSIT, « Les deux corps du droit », *RFAP*, 1996, n° 78, p. 375-384, et *Archipel de la norme*, PUF, coll. Les Voies du droit, Paris, 1997, notamment p. 200 et s.

[12] -Yves GAUDEMET, « Introduction, "la régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?" », *RFAP*, n° 01/2004, p.13.

[13] -Jacques CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Revue droit et société*, n°49/2001, p. 827.

[14] -André-Jean ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Revue droit et société*, n° 35, 1997, pp.11-35.

[15] -« Faut-il bruler le code du travail », Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier, le 25 avril 1986, cf. *Droit Social*, n° 4, 1986.

[16]- تنص المادة 118 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل على: تفرض على المؤسسة المستخدمة الأحكام الأكثر نفعا الواردة في مختلف الاتفاقيات الجماعية التي اكتتبت بها هذه الهيئة أو انضمت إليها وتطبق على عمالها، إلا إذا كانت هناك أحكام أنفع مضمنة في عقود العمل المبرمة مع المستخدم، المرجع السابق.

[17]- تنص المادة 122 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل على: تعتبر الاتفاقيات الجماعية التي تتجاوز إطار الهيئة المستخدمة من درجة أعلى بمجرد ما تتفاوض بشأنها وتبرمها التنظيمات النقابية للعمال والمستخدمين المعترف بتمثيلها في محال التطبيق القطاعي أو المهني أو الإقليمي لتلك الاتفاقيات. المرجع السابق.

[18] -www. Juripole/fr/juripole_etudiant/Olivier_Nicolas/Social/html

[19] -(P.-D.) OLLIER, *Le droit du travail*, éd. A. Colin, Paris, 1972, p. 46 ; (N.) ALIPARNTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, Paris 1980, p. 52.

[20] -(Y.) CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Etudes offertes à (G.) LYON-CAEN*, Dalloz, Paris 1989, p. 243.

[21] -L. 132-4 « La convention e l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements. Il s ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces loi et règlements » ; L. 135-2 « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convent l'accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables ».

[22] -CE. 8 juillet 1994, (Confidiration générale du travail ; CE. 27 juillet 2001.

[23] -C.C. DC.du 13 janvier 2003, relative à la loi Fillon 2 sur le temps du travail.

[24] - Pierre-D OLLIER, *Le droit du travail*, Op.cit, p.46 ; Lyon-Caen et (M.) KELLER, *Enceclopidie Dalloz*, Repertoir Droit du travail, /sources, n° 76.

[25] -Réné CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 10eme éd. Montchrestien, Paris, 1996, p. 88.

[26]- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 141632، الصادر في 7 جانفي 1997، قضية سونلغاز ضد ب. ع، المجلة القضائية، عدد 1، 1997، ص. 63.

[27]- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 201983 ، الصادر في 11 نوفمبر 2000، ذكره ذيب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية، دار القصبة، الجزائر، 2003، ص. 509-511.

[28]- C.C.DC,89-257, de 25 juillet 1989, cité par (F.) DELAFFOND, « L'ordre public social et le principe de faveur en droit du travail », www.molohive.fr

[29]- C.C.DC,96-383, du 06/11/1996 ; C.C.DC, 97-388, du 20/03/1997 ; C.C.DC, 99-423, du 13/01/1999, cité par Antoine Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Droit Social*, n°2 1999, P. 118.

[30]- Soc 30 mars1995, *Bull. civ*. V., n°117, www.molohive.fr

دور الإنتربول في مكافحة جريمة الإرهاب*

د.محمد نصر القطري،
أستاذ مساعد،
كليّة الحقوق،
جامعة طيبة ، المملكة العربية السعودية.

Dr. Mohamed Nasr Elkatry,
Assistant Professor,
Faculty of Law,
Taibah University, kingdom of saudi arabia.

الملخص:

إن مواجهة شبح الإرهاب في العالم بأسره وفى المنطقة العربية بصفة خاصة، لها أهمية كبيرة، ولمواجهة هذا الشبح عمدت النظم العالمية والوطنية إلى توظيف القانون الجنائي، والأجهزة التنفيذية وأدواتها.

أخذت مكافحة الإرهاب مناحي متعددة ولكن أهم وسيلة هي التعاون في مجال المساعدة الشرطية والتعاون القضائي، واعتبار ان الإرهاب جريمة دولية، باعتبار المسافات التي تجتاز بين بلد التخطيط أو المساعدة، وبلد التنفيذ، وهي الكفيلة بتجفيف منابع الإرهاب، وجعلها جريمة دولية غير خاضعة للتقادم.

الكلمات المفتاحية:

الإرهاب، الإنتربول، التعاون الدولي، جريمة دولية.

Interpol's Role in Combating of the Terrorism Crime

Abstract:

The face of the specter of terrorism in the whole world and in the Arab region has a great importance, but the face of this ghost and national systems proceeded to enact criminal law, and the executive organs and tools.

There is no doubt that the fight against terrorism take many steps, but the most important tool is the cooperation in the area of police assistance and judicial cooperation, and considering that terrorism is an international crime, as the distances that pass between the country, assisting, and the country implementation, which is to ensure draining the sources of terrorism, and make them subject to an international crime imprescriptible.

Keywords:

Terrorism, police cooperation, international cooperation, international crim

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/25 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/01/02 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Le rôle d'INTERPOL dans la lutte contre le crime de terrorisme

Résumé:

La lutte contre le terrorisme, notamment dans les pays arabe, a incité les ordres internationaux d'employer d'autres modes de répression pénale en instituant des organes de suivi inédits. L'Interpol en est le parfait exemple en ce sens qu'il dispose d'une compétence transfrontière de lutte contre le fléau.

Mots clés :

Terrorisme, coopération policière, coopération internationale, crime international

مقدمة

إن مواجهة شبح الإرهاب في العالم بأسره وفى المنطقة العربية بصفة خاصة، لها أهمية كبيرة، ولمواجهة هذا الشبح عمدت النظم العالمية والوطنية إلى توظيف القانون الجنائي، والأجهزة التنفيذية وأدواتها[1].

أهمية البحث:

لا شك أن مكافحة الإرهاب تأخذ مناحي متعددة ولكن أهم وسيلة هي التعاون في مجال المساعدة الشرطية والتعاون القضائي، واعتبار ان الإرهاب جريمة دولية، باعتبار المسافات التي تجتاز بين بلد التخطيط أو المساعدة، وبلد التنفيذ، وهي الكفيلة بتجفيف منابع الإرهاب، وجعلها جريمة دولية غير خاضعة للتقادم.

مشكلة البحث:

إن مسؤوليتنا الوطنية تحتم علينا المساهمة في إنقاذ حياة الكثير من شبابنا الذين قد تلتهمهم هذه الأفكار الفتاكة والتي نرى أن من واجب الجميع، أفراد وحكومات، وجماعات الوقوف جدياً أمامها، وأن تكون الآلية المقترحة مفعلة على الصعيد الدولي، وخصوصا في مجال المساعدة الإجرائية والقضائية المتبادلة.

خطة البحث:

اتبعت المنهج الاستقرائي لتحديد كيفية مكافحة جرائم الإرهاب عن طريق تفعيل مبدأ المساعدة المتبادلة في (المبحث الأول)، واتبعت المنهج الوصفي لبيان الأولوية في الاختصاص القضائي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مبدأ المساعدة المتبادلة[2]

إن الجرائم الدولية ذات طبيعة خاصة، لارتباطها بعناصر الجريمة المنظمة ذات الإمكانيات العالية من حيث التمويل والتخطيط والتنظيم مع استخدام أحدث الوسائل التقنية فى التنفيذ، والانتقال إلى مسرح الجريمة أو الهروب من المواقع القريبة منها، بعد تنفيذ المخطط المرسوم بالعناية والدقة المطلوبة والسرعة التي تمكنهم وتساعدهم على المبادرة بالخروج من الأماكن القريبة من مسرح الجريمة.

ولذلك فإن ملاحقة مرتكبي هذه النوعية من الجرائم، يتطلب ضرورة التعاون فيما بين الدول، للقبض على المتهمين أو تحقيق الأدلة، أو سماع الشهود أو اللجوء إلى الإنابة القضائية، أو تقديم المعلومات التي يمكن أن تساهم في تحقيق ذلك.

وتتضمن معظم الاتفاقيات الخاصة، بالتعاون الدولي -في مكافحة نوعية معينة من الجرائم -نصوصا تقضى بضرورة اللجوء إلى المساعدة المتبادلة بين جميع الدول الأعضاء.

ويتم تقديم هذه المساعدة المتبادلة بالسرعة الواجبة وبالفعالية المطلوبة، وبالشكل الذي يساهم في ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم، وعدم إفلات أي منهم من العقوبة المقررة.

وتعتبر المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الإنتربول" أحد المظاهر الهامة من مظاهر التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم ذات الصفة الدولية، وسنتناول خلال السطور التالية وضعها القانوني واختصاصاتها.

المطلب الأول: الوضع القانوني للمنظمة.

المطلب الثاني: اختصاصات المنظمة.

المطلب الأول: الوضع القانوني لمنظمة الشرطة الجنائية الدولية[3]

بدأ التنسيق بين أجهزة الشرطة في عدد من الدول الأوروبية عام 1923م بهدف تحقيق التعاون في مجال مكافحة الجريمة.

وأسفر ذلك عن إنشاء اللجنة الدولية، للشرطة الجنائية، والتي أطلق عليها "مكتب الإنتربول الدولي"[4].

وفى الفترة من 6 : 9 يونيو من عام 1946، انعقد في فيينا، المؤتمر التأسيسي لمنظمة الشرطة الجنائية الدولية.

وتم خلال هذا المؤتمر، وضع الدستور الخاص بمنظمة الشرطة الجنائية الدولية وتم اختيار مدينة باريس مقرا دائما لها.

وتنص المادة الخامسة من دستور المنظمة، على أن هيكلها التنظيمي والإداري يضم خمسة أجهزة هي: -

1–الجمعية العامة: وتتكون من مندوبي الدول الأعضاء، وتجتمع سنويا في دور انعقادها العادي، كما أن لها أن تدعو إلى اجتماعات غير عادية بناء على طلب اللجنة التنفيذية أو أغلبية الأعضاء.

ويمثل كل دولة من الدول الأعضاء وفد يتكون من مندوب أو أكثر من بينهم رئيس الوفد، الذي يتم تعيينه بواسطة السلطة المختصة في دولته.

وفى ختام كل دورة عادية، يتم اختيار زمان ومكان انعقاد الاجتماع التالي، من خلال التنسيق بين الدول الأعضاء.

2–اللجنة التنفيذية : تتكون اللجنة التنفيذية، من رئيس وثلاثة نواب، وتسعة أعضاء، ويتم انتخابهم بواسطة الجمعية العامة للمنظمة، من بين مندوبي الدول الأعضاء.

ويشترط حصول رئيس اللجنة التنفيذية على أغلبية تزيد على ثلثي عدد الأصوات.

وتستمر فترة رئاسة اللجنة التنفيذية أربع سنوات أما باقي أعضاء اللجنة، فيتم انتخابهم لمدة ثلاث سنوات على أن تراعي الجمعية العامة أن تراعى التقسيم الجغرافي للدول الأعضاء أثناء اختيار أعضاء اللجنة.

وتجتمع اللجنة مرتين في السنة، بناء على دعوة من رئيسها، ويتولى الرئيس مهمة رئاسة الجلسات وإدارة المناقشات.

ويلتزم أعضاء اللجنة بأنهم يمثلون المنظمة ولا يمثلون دولهم، وذلك عند ممارستهم لأعمالهم ومباشرتهم لاختصاصاتهم داخل اللجنة.

3–الأمانة العامة : تتكون الأمانة العامة، من الأمين العام، ومجموعة من الموظفين، ويعملون بالإدارات الدائمة. ويتم تعيين الأمين العام، بناء على اقتراح مقدم من اللجنة التنفيذية، وموافقة الجمعية العامة لمدة خمس سنوات، قابلة للتجديد، ويعتبر ممثلا للمنظمة، وليس ممثلا لدولته، أو أي دولة أخرى، وعليه أن يقوم بأداء مسئولياته وواجباته دون تحيز[5].

4–جهاز المستشارين : تستعين المنظمة، في أداء عملها، بمجموعة من المستشارين، في كافة التخصصات العلمية والفنية للرجوع إليهم، فيما يثور من مسائل علمية أو فنية، ذات صلة بمكافحة الجريمة. ولا يزيد عدد هؤلاء المستشارين عن عشرة، ويتم تعيينهم بمعرفة اللجنة التنفيذية لمدة ثلاث سنوات[6].

5–المكاتب المركزية : إن دستور الإنتربول الدولي، يلزم كل دولة من الدول الأعضاء، بإنشاء مكتب مركزي وطني للشرطة الجنائية الدولية، ليكون بمثابة حلقة ربط واتصال بين أجهزة الشرطة داخل الدولة، وبين المكاتب المركزية المماثلة في الدول الأخرى وأجهزة المنظمة.

وتقوم هذه المكاتب بتحقيق فكرة التعاون الدولي، وتقوم كل دولة بتنظيم تلك المكاتب المركزية على النحو الذي يتراءى لها، وفى إطار قوانينها وأنظمتها.

وتعتبر هذه المكاتب مسئولة أمام سلطات الدولة التابعة لها، وتقتصر مهمتها في كونها حلقة اتصال بين الأجهزة الشرطية داخل هذه الدولة، وبين الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول والمكاتب المركزية المماثلة في الدول الأخرى.

وفى مجال تقييمنا لمهام منظمة الشرطة الجنائية الدولية، فإننا نرى: -

1–قيام المنظمة، من خلال الأمانة العامة ومكاتبها المركزية بإجراء مراجعات دورية ومنتظمة للنشرات الخاصة بالأشخاص الخطرين وبخاصة في مجال الإتجار ب الإرهاب، الذين صدرت ضدهم أحكام جنائية، تنطوي على أفعال عنف أو تهديد، مع العمل على تزويد المطارات

والمنافذ الخاصة بالدول الأعضاء بهذه النشرات، للحيلولة دون تسلل هذه العناصر، خصوصا وأنها قادرة على تغيير ملامحها وسماتها الشخصية والتخفي وراء أسماء وهمية أو مستعارة.

2–إحصاء الجرائم ذات الخطورة بتصنيف المجرمين على المواد المخدرة الأكثر خطورة، وتصنيف هؤلاء المجرمين، ومتابعة تحركاتهم والحيلولة دون ارتياد المرافق الخدمية بصفة عامة، ومراقبتهم عند ارتيادها.

3–العمل على إيجاد آليات عملية، لتفعيل التعاون بين منظمة الشرطة الجنائية الدولية، واجهزة المكافحة في الدول المختلفة، مع استخدام وسائل الاتصال السريعة والآمنة، للحد من الزراعة أو النقل أو تهريب المواد المخدرة.

المطلب الثاني: اختصاصات منظمة الإنتربول[7]

يبلغ عدد الدول الأعضاء بالمنظمة الدولية للشرطة الجنائية حاليا، مائة وأربعة وثمانين عضواً[8] وتقوم اللجنة التنفيذية للمنظمة، بمباشرة كافة الاختصاصات، والاضطلاع بكافة المسئوليات والقيام بمختلف الواجبات، التي تحال إليها، من الجمعية العامة، إلى جانب الاختصاصات الإدارية الأخرى.

اختصاصات المنظمة :

أ – اختصاصات الجمعية العامة :

تختص الجمعية العامة، للمنظمة، بتحديد السياسات العامة، والإجراءات التي يجب أن تتبع، لتحقيق الأهداف المنصوص عليها في دستور المنظمة، وتعمل على تشجيع المساعدات المتبادلة بين أجهزة الشرطة الخاصة بالدول الأعضاء، والموافقة على قبول عضوية الدول، التي ترغب في الانضمام إلى المنظمة، وكذا انتخاب رئيس المنظمة.

ب – اختصاصات اللجنة التنفيذية :

تقوم اللجنة التنفيذية، بمباشرة كافة الاختصاصات، والقيام بكافة الواجبات التي تحال إليها من الجمعية العامة، إلى جانب الاختصاصات الإدارية الأخرى.

وتنص المادة الثانية والعشرون، من النظام الأساسي للمنظمة على اختصاصات اللجنة التنفيذية، وهى:-

1 – الإشراف على تنفيذ قرارات الجمعية العامة، وإعداد جداول اجتماعاتها.

2 – عرض أي برنامج أو مشروع ترى نفعه في مكافحة الجريمة.

3 – الإشراف على عمل وإدارة الأمين العام للمنظمة.

4 – مباشرة كافة الاختصاصات التي تفوضها بها الجمعية العامة.

ج – اختصاصات الأمين العام للمنظمة :-

يقوم الأمين العام للمنظمة، بالإشراف على الشئون الإدارية والفنية، وتقديم الاقتراحات أو المشروعات المتعلقة بعمل المنظمة، وهو المسئول الأول أمام الجمعية العامة واللجنة التنفيذية، عن تنفيذ التوجيهات الصادرة منهما.

وتتبع الأمانة العامة، مجموعة من الإدارات الفنية، مثل إدارة التعاون الشرطي[9]، وإدارة البحوث والدراسات، والإدارة العامة، وإدارة المجلة الدولية للشرطة الجنائية.

أهداف المنظمة :-

أوضحت المادة الثانية من دستور المنظمة أهدافها على النحو التالي:-

أ – تأكيد وتشجيع وتعزيز المساعدة المتبادلة بين سلطات الشرطة الجنائية، في حدود القوانين السائدة، في الدول المختلفة، ومراعاة المبادئ الواردة، في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ب – إنشاء وتطوير النظم القادرة على الإسهام، في منع ومكافحة ظاهرة الإجرام الأمر الذى استتبع تخويل المنظمة، بعض الاختصاصات والوظائف المحددة وألزم الدول الأعضاء، بتحمل مسئوليتها، في القيام ببعض الواجبات، التي تساهم في تحقيق هذا الهدف.

آليات تحقيق أهداف المنظمة :-

تقوم المنظمة بتحقيق هذه الأهداف، من خلال مجموعة من الآليات القادرة على ملاحقة المجرمين، من خلال استخدام قواعد البيانات ونظم المعلومات وهو ما نشير إليه فيما يلى:-

أولا : قواعد البيانات ونظم المعلومات :-

تقوم المنظمة، (من خلال قواعد البيانات والمعلومات التى تقوم بإعدادها ومتابعتها وتطويرها وتحديثها) بمتابعة الأنشطة الإجرامية وتحركات المجرمين، وإحباط مخططاتهم.

وتتعاون الدول فيما بينها، فى تجميع هذه البيانات، من خلال المكاتب المركزية للشرطة الجنائية، والمتواجدة فى أقاليم الدول الأعضاء.

وتقوم المنظمة بتوفير كافة وسائل الاتصال السريع بينها وبين المكاتب المركزية الوطنية، من خلال شبكة متكاملة للاتصالات، لضمان سرعة نقل وتبادل المعلومات والبيانات وصور وبصمات المجرمين.

ثانيا : التعاون في مجال ملاحقة المجرمين :-

تقوم الشرطة الجنائية الدولية، بالتعاون مع المكاتب الوطنية، فى الدول الأعضاء، بملاحقة وضبط المجرمين الهاربين وتسليمهم وتبرز أهمية هذه الوظيفة، من خلال ما

وضعته المنظمة من أسس وقواعد تستهدف بها سرعة اتخاذ الإجراءات، لملاحقة وضبط المجرمين.

ويتم اتخاذ إجراءات الملاحقة والضبط، بناء على طلب مقدم للأمانة العامة للمنظمة عن طريق المكتب المركزي الكائن بالدولة الطالبة للتسليم[10].

ويتضمن هذا الطلب، كافة البيانات والمعلومات الخاصة بالشخص المطلوب ضبطه وتسليمه.

وتقوم الأمانة العامة للمنظمة، ببحث الطلب، فإذا اتضح لها أن الجريمة لا تدخل في نطاق الجرائم المحظور على المنظمة التدخل لمكافحتها – وهي الجرائم العسكرية أو السياسية أو الدينية – فإنها تقوم بإصدار نشرة دولية لكافة المكاتب المركزية الوطنية، الكائنة مقارها في الدول الأعضاء بالمنظمة.

وفى حالة ضبط المتهم، في إحدى تلك الدول، فإن المكتب المركزي، لتلك الدولة يقوم بإخطار المكتب المماثل، في الدولة طالبة التسليم.

وعلى هذه الدولة، أن تسلك الإجراءات الدبلوماسية، التي يتعين اتخاذها لاستلام المتهم.

ولا تقف اختصاصات الإنتربول، عند حد هاتين الوظيفيتين، ولكنها تقوم بدور ملموس في المجالات الآتية:

أ–مكافحة جرائم تهريب الإرهاب ، حيث تتعاون منظمة الإنتربول، في دراسة أفضل الوسائل لمكافحة هذه الجرائم، واقتراح وسائل وأساليب الوقاية منها.

وفى هذا المجال، فإننا نرى ضرورة إجراء تعديل تشريعي، في دستور المنظمة لإلغاء الاستثناء الوارد بشأن الجرائم المحظور على المنظمة التدخل لمكافحتها، أو ضبط وملاحقة مرتكبيها، وتسليم المجرمين الهاربين من الجرائم المتعلقة بباعث سياسي أو ديني أو عسكري، وذلك لأن وجود هذا الاستثناء، يعتبر إعاقة لدور منظمة الشرطة الجنائية الدولية في منع ومكافحة الجرائم التي تهدد أمن وسلامة الدول الأعضاء ، خصوصا وأن أغلب الجرائم الموجهة ضد السلامة النفسية والعصبية يمكن أن تكون ذات طابع سياسي أو ديني.

ب–مكافحة جرائم تهريب الإرهاب [11]، وأن تصدر نشرات شهرية بالكميات المضبوطة وأنواعها، والعناصر الإجرامية التي تم ضبطها وأسماء وأوصاف المجرمين الهاربين منهم.

المبحث الثاني: الأولوية في الاختصاص القضائي[12]

اتجه أغلب الفقه إلى التسليم بفكرة المسئولية الجنائية الدولية كصورة جديدة للمسئولية في نطاق نظام القانون الدولي وقد جاء التسليم بتلك الفكرة كتعبير واقعى في توازن لازم ومرغوب للمتغيرات التي حدثت للمجتمع الدولي[13].

وينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية[14] عند رفض أو فشل النظام القضائي الوطني في القيام بالتزاماته القانونية بالتحقيق ومحاكمة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم[15] لهذه الجرائم الدولية[16].

وقد تضمنت وثيقة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية التي صدرت عام 1988 تعدادا للجرائم الدولية وعددها 25 جريمة ويدخل في عداد هذه الجرائم ،جرائم الإتجار في الإرهاب.

ومع تسليمنا أن الأصل في العقاب على جرائم الإرهاب الداخلي منها والدولي موكل للقضاء الوطني[17] فلقد أثمرت جهود منظمة الأمم المتحدة عن إنشاء وتأسيس المحكمة الجنائية كأول هيئة قضائية دولية دائمة[18].

ويثير تحديد الأولوية بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والقوانين والتشريعات الوطنية مشكلة تحديد طبيعة العلاقة بين القانون الدولي، والقانون الداخلي.

ونرى أن كل شخص من أشخاص القانون الدولي، يمكن أن يتمتع بطائفتين من الحقوق والالتزامات، إحداهما الناجمة عن القانون الدولي العام أو الاتفاقيات الدولية، والثانية هي تلك التي ينص عليها القانون الداخلي.

وذلك لحل التنازع في الاختصاص القضائي، الناشئ عن الحالات التي يمكن أن يترتب عليها تعارض بين هذين القانونين.

فبمقتضى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 وما نصت عليه المادة (27)، وما استقر عليه القضاء الدولي، تكون الأولوية لقواعد القانون الدولي، والاتفاقيات الدولية، ذلك أنه لا يجوز للدولة، أن تتذرع بقواعد دستورها أو قانونها الداخلي للتحلل من التزاماتها الدولية.

ولا شك أن ذلك يعد تطبيقا، أو نتيجة عملية لقاعدة الوفاء بالعهد، الناشئة عن القواعد الاتفاقية.

وعلى ذلك فإنه لا يجوز للدولة أن تتحلل من المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية من خلال إرادتها المنفردة، كما لا يجوز لها أن تفعل ذلك عن طريق إصدار تشريعات داخلية، تسمح لها بالتحلل من آثار المعاهدات أو تضييق نطاق تطبيقها[19].

فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين بين الأفراد، فإن الاتفاقيات الدولية هي شريعة العلاقات بين الدول، وهو ما يستوجب عدم التحلل منها أو تضييق نطاق تطبيقها.

وقد أكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة (88)، على ضرورة قيام الدول الأطراف باتخاذ كافة ما يلزم من إجراءات، في تشريعاتها الوطنية لكفالة صور التعاون المنصوص عليها.

وهو ما يفترض قيام الدول بإدخال تعديلات قانونية أو دستورية، تجعل دستورها وقوانينها متوائمة من الناحية الموضوعية، مع ما جاء في النظام الأساسي للمحكمة[20]، وسنعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

المطلب الأول: مبدأ التكاملية.

المطلب الثاني: عدم تقادم الجرائم الدولية.

المطلب: الأول مبدأ التكاملية [21]

ينص القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ممارسة الاختصاص القضائي للمحكمة بالتكامل مع اختصاص القضاء الوطني الجنائي للدول الأعضاء[22] فقد نصت المادتين (1، 17) من النظام الأساسي لهذه المحكمة على أن يكون الاختصاص الجنائي الوطني دائما له الأولوية على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ولذلك فقد عالج القانون الأساسي عدم التزام بعض الدول بتسليم المجرم أو المتهم الموجود على أرضها مع عدم ممارستها اختصاص قضائها الوطني بمحاكمته، ونصت اتفاقية لاهاي على احتجاز المتهم أو المجرم وأخذت بمبدأ التسليم طبقا لقضائها الوطني.

وجاء النص على المحاكمة في المادة (7) بينما جاء نص التسليم في المادة (8)[23] والدولة قد تعارض تسليم المجرمين المتواجدين على أراضيها لأى أسباب تراها وهى في أغلبها تخرج عن موضوع الجريمة حيث قد تقوم على أسباب سياسية أو دينية أو عنصرية.

ويتيح القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ممارسة اختصاصاتها منفردة في حالتين فقط هما:

الأولى : عند رفض النظام القضائي الوطني ممارسة الاختصاص.

الثانية : عند فشل النظام القضائي الوطني فى القيام بالتزاماته القانونية بالتحقيق ومحاكمة الأشخاص المشتبه بارتكابهم الجرائم المنصوص عليها والتي تم تحديد الثلاث جرائم الأولى منها وهى: جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب.

أما الجريمة الرابعة وهى جريمة العدوان فقد أحالت المادة (5) من النظام الأساسي ذلك إلى المادتين (121 – 123) حيث ستتقدم الدول الأعضاء بمقترحات تحديدها بعد انقضاء سبع سنوات من تاريخ بدء نفاذ النظام الأساسي[24].

ونأمل بعد تقديم مقترح لتحديد جريمة العدوان وأن تتضمن الجرائم التي يتم فيها تهريب او ترويج او زراعة او صناعة الإرهاب باعتبارها من أشد الجرائم خطورة وتأثيرا على المجتمع الدولي بأسره خصوصا أن معظم الاتفاقيات لا تزال قاصرة عن تحقيق الحماية والأمن والسلامة لمواطنيها كما نتوخاها، فضلا عما أفرزه التطبيق لها من انتقادات، يمكن

أن يتم تغطيتها بواسطة المحكمة الجنائية، التي يمكن ربط تنفيذ أحكامها مع ميثاق الأمم المتحدة.

وتظهر قواعد أسبقية نظم القضاء الوطني، على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، فى نصوص النظام الأساسي[25]، في الباب التاسع.

وتقضى هذه القواعد، بقيام النظم القضائية الوطنية بمباشرة وتنفيذ طلبات التعاون المشتملة على القبض على المتهم وتسليم المشتبه فيهم وحماية الأدلة، وأن تكون الإجراءات الخاصة بالاتهام وجمع الأدلة والتحريات مبنية على قاعدة شرعية الإجراءات الجنائية.[26]

وأيضا فإن ضمانات العدالة ثابتة بالنسبة لتحقيقات وقرارات الإحالة الصادرة من المدعى العام بالمحكمة الجنائية الدولية المادة (4/15) والتي تنص على ضرورة الحصول على إذن مسبق من دائرة الشئون الخاصة والتي تقوم على الإجراءات التي حددتها المادة (3/15)، وذلك قبل أن يقوم المدعى العام بمباشرة التحقيقات.

ويقوم اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، على مبدأ الاختصاص الجنائي الإقليمي وليس على اساس نظرية عالمية الاختصاص الجنائي[27]، وتحال الدعوى الجنائية الدولية، بشأن الجريمة، محل الاتهام، بشرط أن تكون قد ارتكبت فى إقليم دولة طرف أو بمعرفة أحد رعاياها[28].

والمحكمة الجنائية الدولية، تمارس اختصاصها، عندما توافق دولة، ليست طرفا على اختصاص المحكمة – أي لم توقع على القانون الأساسي لإنشاء المحكمة - وتكون الجريمة قد ارتكبت على إقليم هذه الدولة، أو يكون المتهم أحد رعاياها[29].

ومن الثابت بوضوح في القانون الدولي، أنه عندما ترتكب جريمة فى إقليم دولة ما فإنه يمكن محاكمة الجاني، حتى ولو كان ذلك الشخص ليس أحد رعايا هذه الدولة.

وبسبب ذلك المبدأ، يجوز لدولة ما أن تقوم بتسليم شخص ليس من رعاياها إلى دولة أخرى لمحاكمته.

وبناء على ذلك يكون لكل دولة الحق – طبقا لمعاييرها الدستورية – أن تنقل الاختصاص إلى دولة أخرى، يكون لها الاختصاص على شخص متهم بارتكاب جريمة، أو إلى هيئة دولية لمحاكمته.

ويكون نقل الاختصاص هذا ممارسة صحيحة تماما للسيادة الوطنية، لكن يجب أن يتم هذا النقل، طبقا للمعايير الدولية لحقوق الإنسان[30].

وتضمن الباب الثاني من القانون الأساسي، اختصاص هذه المحكمة في المادة (1/5)[31].

وتحدد الفقرة الثانية من المادة الخامسة، ممارسة المحكمة لاختصاصها في جريمة العدوان، حيث تحيل في ذلك، إلى المادتين (121، 122) اللتان تضعان تعريفا لجريمة

العدوان، وتضع الشروط، التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة، كما توجب أن يكون الحكم الصادر في هذه الجريمة، متسقا مع الأحكام ذات الصلة، والواردة بميثاق الأمم المتحدة.

وفى هذا المجال، نرى، أن يقوم فقه المجتمع الدولي، بتعريف محدد لجريمة العدوان بالإضافة إلى قيامه بتقديم المقترحات التي يمكن تضمينها القانون الأساسي للمحكمة، حتى يمكن تلافى كافة أوجه القصور الموجودة في الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة الإرهاب.

إن قيام المحكمة الجنائية الدولية[32] بدورها الذى يتضمن عديدا من القواعد والأحكام إضافة إلى إيجاد حماية إضافية لعناصر النقل الجوي، إنما ينطلق من إحساس المجتمع الدولي بالدور الكبير الذى يمكن أن تلعبه المحكمة الجنائية الدولية التي استطاعت أن تضمن قانونها الأساسي عديدا من القواعد والأحكام التي تكفل احترام حقوق الإنسان ضد عناصر الاستبداد والطغيان أو ضد الأقليات المستضعفة أو المهمشة خصوصا وأن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة لا تسقط بالتقادم.

وفى هذا المجال فإننا نرى أن يتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية على عقوبات مشددة يتم توقيعها على الجاني بما يتمشى مع خطورة تلك الجرائم التي تنظرها والتي هي موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره وبخاصة تلك التي فيها اتجار ب الإرهاب .

وتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية في المادة (77) من الباب السابع على الآتي:-

1 – تطبيقا لأحكام المادة (110)[33] يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة مشار إليها في المادة (5) من هذا النظام الأساسي إحدى العقوبات التالية:

أ – السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها 30 سنة.

ب – السجن المؤبد حيث تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان.

2 – وبالإضافة إلى السجن للمحكمة أن تأمر بما يلي:

1 – فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

3 – مصادرة العائدات والممتلكات والأصول الناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة دون المساس بحقوق الأطراف الحسنة النية وقد نصت المادة (78) والخاصة بتقرير العقوبة على:

1 – تراعى المحكمة عند تقرير العقوبة عوامل معينة مثل خطورة الجريمة والظروف الخاصة للشخص المدان وذلك وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

2 – علاوة على العوامل المذكورة أعلاه تأخذ المحكمة عند الاقتضاء بما يلي:

أ – ظروف التخفيف وهي الظروف التي لا تشكل أساسا كافيا لاستبعاد المسئولية الجنائية كقصور القدرة العقلية أو الإكراه وكذلك سلوك المحكوم عليه بعد ارتكاب الجريمة بما في ذلك أي جهود بذلها لتعويض المجني عليه أو أي تعاون أبداه مع المحكمة.

ب – ظروف التشديد وتشمل:

1 – أي إدانة جنائية سابقة بجرائم وقعت منه من تلك التي تدخل في اختصاص المحكمة أو تماثلها، وكذلك إساءة استعمال السلطة أو الصفة الرسمية.

2 – ارتكاب الجريمة إذا كان المجني عليه مجردا على وجه الخصوص من أي وسيلة للدفاع عن النفس. "ارتكاب الجريمة بقسوة زائدة، أو تعدد المجني عليهم.

3 – ارتكاب الجريمة بدافع ينطوي على التمييز وفقا لأي من الأسس المشار إليها في المادة (3/21).

4 – أي ظروف لم تذكر ولكنها تعد بحكم طبيعتها مماثلة لتلك المذكورة أعلاه.

ج – يجوز إصدار حكم بالسجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجرم وبالظروف الخاصة للشخص المدان بوجود ظرف أو أكثر من ظروف التشديد.

والعقوبات المقررة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لا تمنع الدول من التطبيق الوطني للعقوبات المنصوص عليها في قانونها الوطني وذلك طبقا لنص المادة (80)[34].

وقد تم تحديد دور الدول، في تنفيذ أحكام السجن، في الباب العاشر الخاص بالتنفيذ حيث تنص المادة (103) على:

1 – أ – ينفذ حكم السجن في دولة تعينها المحكمة من قائمة الدول التي تكون قد أبدت للمحكمة استعدادها لقبول الأشخاص المحكوم عليهم.

ب – يجوز للدولة لدى إعلان استعدادها لاستقبال الأشخاص المحكوم عليهم، أن تقرنه بشروط لقبولهم توافق عليه المحكمة، وتتفق مع أحكام هذا الباب.

ج – تقوم الدولة المعنية، في أية حالة بذاتها بإبلاغ المحكمة فورا، بما إذا كانت تقبل الطلب.

وأوضحت المادة (104) كيفية تغيير دولة التنفيذ المعينة فنصت على:

1 – يجوز للمحكمة أن تقرر في أي وقت نقل الشخص المحكوم عليه، إلى سجن تابع لدولة أخرى كما أجازت المادة (2/104) للمحكوم عليه أن يقدم إلى المحكمة في أي وقت طلبا بنقله من دولة التنفيذ، كما أوضحت المادة الإجراءات المتبعة في الحالتين.

وأوضحت المادة (106) سلطات الإشراف على تنفيذ الحكم وأوضاع السجن، حيث تنص على:

1 – يكون تنفيذ حكم السجن خاضعا لإشراف المحكمة ومتفقا مع المعايير التي تنظم معاملة السجناء والمقررة بأحكام مقبولة على نطاق واسع.

كما نصت الفقرة الثانية على:

2 – يحكم أوضاع السجن قانون دولة التنفيذ، ويجب أن تكون هذه الأوضاع، متفقة مع المعايير التي تنظم معاملة السجناء والمقررة بمعاهدة دولية مقبولة على نطاق واسع، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تكون هذه الأوضاع أكثر أو أقل يسرا من الأوضاع المتاحة للسجناء المدانين بجرائم مماثلة في دولة التنفيذ.

ونصت الفقرة الثالثة على:

"تجرى الاتصالات بين الشخص المحكوم عليه، والمحكمة دون قيود، وفى جو من السرية"[35].

وتتم إجراءات المحاكمة والتحقيق بشكل لا يسمح بأن يتأثر أي من الشهود بغيره وذلك عملاً بالقواعد العامة لسرية التحقيقات[36].

نستخلص مما سبق، أن المحكمة الجنائية الدولية، قد تناولت كافة الاعتبارات التي تكفل حيدة التحقيقات، والمحاكمة العادلة، والعقوبات الرادعة والمتناسبة مع خطورة الجرائم، وما يتبع ذلك من إجراءات تنفيذ العقوبات، وسلطات الإشراف على تنفيذ الأحكام وأوضاع السجناء.

كما تناول النظام الأساسي للمحكمة، كافة الإجراءات التي تتبع في مباشرة الدعوى وإجراءات التحقيق وجلسات المحاكمة، حتى يتم إصدار الحكم وتناول النظام الأساسي كذلك طرق استئناف الأحكام.

ولعل فيما أوضحناه آنفا، ما يبعث في نفوسنا الأمل، في أن نطرح دعوتنا لأن يتم النص على جرائم الإتجار في الإرهاب، ضمن جريمة العدوان [37] وأن يتم التجريم الدولي في حالة عدم الإبلاغ أو التستر على مثل هذه الجرائم[38].

المطلب الثاني: عدم تقادم الجرائم الدولية [39]

يرى جانب من الفقه، عدم تقادم الجرائم الدولية، حتى ولو لم يرد نص على ذلك وهو ما ينطبق على جرائم الإرهاب .

ويرجع ذلك إلى أن النص ليس استثناء من القاعدة العامة، وإنما هو جزء أصيل منها، وتقضى هذه القاعدة، بأن الجريمة الدولية غير قابلة للتقادم.

وعلى ذلك، فإن عدم النص، لا يغير من انطباق هذه القاعدة ، كما أن ورودها لا يفسر إلا بأنه تأكيد للقاعدة [40].

ولقد تم تطبيق مبدأ عدم تقادم العقوبة في الجرائم الدولية، من خلال اللجان الخمس التي تم تشكيلها خلال الفترة الممتدة من عام 1919، حتى تاريخ بدء نفاذ القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، في أول يوليو 2002م.

كما تضمن النظام الأساسي للمحكمة النص على عدم سقوط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة لأحكام التقادم في المادة (29)، كما تضمن النظام الأساسي للمحكمة عقوبات مشددة، وهو ما يتمشى مع خطورة الجرائم التي تنظرها المحكمة، وهو ما سنعرض له تفصيلا فيما يأتي:-

الفرع الأول: أحكام تطبيق القاعدة.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة.

الفرع الأول: أحكام تطبيق القاعدة [41]

تضمنت المادة (29)، من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في (المادة 29) النص على عدم سقوط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، للتقادم، وذلك لمنع إفلات مرتكبي مثل هذه الجرائم من العقاب[42].

وقد تعرضت المادة 111 من النظام الأساسي، لحالة هروب المحكوم عليه، وقررت أنه للمحكمة، وكذلك للدولة التي هرب من سجونها، أن تطالب الدولة التي هرب إليها تسليمه".

ويؤخذ على هذه المادة، أنها لم تقرر عقوبة على الهرب[43] ونرى أن يتم النص على عقوبة مناسبة على الهرب، مع النص على عدم تقادمها، وذلك لأن حالة الهرب تجعل الجريمة الأصلية كأنها قائمة، حيث لم ينل المدان جزاءه عنها.

ويرى بعض الفقه في ذلك، عدم وجود حاجة إلى النص على عدم تقادم العقوبة، ويرجعون العلة في ذلك إلى أمرين:-

أ – تشكل نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كلا لا يتجزأ، وقد ورد في ديباجته أن الدول الأطراف عقدت العزم، على وضع حد لإفلات مرتكبي هذه الجرائم من العقوبة، وهو الأمر الذى يؤكد ضرورة تنفيذ العقوبة.

ونحن لا نتفق مع ذلك الاتجاه، ونطالب الدول الأعضاء، بإلغاء هذه الفقرة من النظام الأساسي حتى لا نفتح مجالا لتجزئة فترة العقوبة، واستفادة المجرم من فترة هربه، وذلك لأن فترة الاحتجاز في الدولة التي هرب إليها المحكوم عليه، تحقق هذه التجزئة، فضلاً عن أن أماكن الاحتجاز عادة ما تكون أفضل في الإضاءة والتهوية والزيارات من مواقع تنفيذ العقوبة، وهو ما يتعرض مع عنصر الردع.

ب – ما دام أن الأصل هو أن الجريمة الدولية، تمتد أضرارها لتطال أطراف عديدة، فإن الأثر المترتب على ثبوتها يتحقق، بكون العقوبة غير قابلة للتقادم.[44]

وكان مبدأ عدم تقادم العقوبة، قد دخل حيز التطبيق، من خلال اللجان الخمس التي تم تشكيلها، خلال الفترة الممتدة من عام 1919، وحتى تاريخ بدء نفاذ القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث تم تشكيل خمس لجان تحقيق دولية فقط، رغم ضراوة الاعتداءات الوحشية التي تعرض فيها ملايين البشر، للإبادة الجماعية، خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية، وما أعقبهما من حروب إقليمية وأهلية، نتيجة تفشى النزاعات الدكتاتورية، بين عدد من قادة الدول، والتي لم تستطع عصبة الأمم، ثم منظمة الأمم المتحدة، فرض عقوبات، على مرتكبي هذه الجرائم البشعة ضد الإنسانية، وهو ما يؤكد لنا من جديد، أهمية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، ومدى ضرورتها، كما يفسر لنا من ناحية أخرى، الأسرار الكامنة، وراء إصرار وتمسك واضعي قانونها الأساسي، بالنص على عدم تقادم الجرائم، التي تدخل في اختصاص اللجان الخمس التي تم تشكيلها خلال ما يزيد عن ثمانية عقود خلال القرن الماضي.

وسنشير بإيجاز، خلال السطور التالية، إلى هذه اللجان، والمحاكمات الدولية التي أجرتها:-

1 – لجنة تحديد مسئوليات مبتدئي الحرب، وتنفيذ العقوبات[45]، وتم تشكيل هذه اللجنة عام 1919م.

2 – لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب[46].

3 – لجنة الشرق الأقصى 1946م[47].

4 – لجنة الخبراء المشكلة بناء على قرار مجلس الأمن رقم 780 للتحقيق[48] في جرائم الحرب، وانتهاكات القانون الإنساني في يوغسلافيا السابقة سنة 1991.

5 – لجنة الخبراء المستقلة، المشكلة وفقا لقرار مجلس الأمن رقم 935، للتحقيق في الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني[48]، التي ارتكب على أرض دولة (رواندا) 1994م، وكذلك لجنة الخبراء المعينة بدولة رواندا 1994م.

وخلال نفس الفترة أيضا (ثمانية عقود من القرن الماضي)، تم تشكيل أربع محاكم دولية خاصة لنظر بعض القضايا المحددة، وهو ما يضيف تأكيدا جديدا، إلى أهمية إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، للنظر فى كافة الجرائم الدولية، التي تخضع لاختصاصاتها، وفقا لقوانينها الأساسية.

أما عن هذه المحاكم الخاصة، التي تم تشكيلها، خلال هذه الفترة الطويلة فهي:-

أ – المحكمة العسكرية الدولية، لمحاكمة كبار مجرمي الحرب، على الساحة الأوربية[49]، عام 1945م.

ب – المحكمة العسكرية الدولية، لمحاكمة كبار مجرمي الحرب في الشرق الأقصى[50]، عام 1946م.

ج – المحكمة الجنائية الدولية اليوغسلافية السابقة[51] عام 1993م.

وخلال هذه الفترة الزمنية الطويلة، لم يتم سوى تشكيل ثلاث محاكمات رسمية منذ عام 1919 وحتى بدء نفاذ القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، رغم تعدد الجرائم الدولية وخطورتها على المجتمع الدولي بأسره، وهو ما يعزز وجهة النظر التي عرضناها آنفا والتي تدور حول أهمية إنشاء هذه المحكمة والدور الذي تلعبه في تعزيز الأمن والاستقرار والأمان العالمي.

والمحاكمات الرسمية الدولية الثلاث هي:

1 – المحاكمات التي أجرتها المحكمة العليا الألمانية (1921 – 1923)، بناء على الطلبات المقدمة من الدول المتحالفة، استنادا إلى معاهدة فرساي و (محاكمات ليبزج)[52].

2 – المحاكمات التي أجراها الحلفاء الأربعة الكبار، على الساحة الأوربية (1946 – 1955) بموجب قانون مجلس الرقابة[53]، رقم (10).

3 – المحاكمات العسكرية التي أجرتها الدول المتحالفة في الشرق الأقصى، بناء على توجيهات لجنة الشرق الأقصى (1946 – 1951)[54].

ولاشك أن هذه اللجان، والمحاكم الخاصة، والرسمية، التي تم تشكيلها، والجهود التي بذلتها، والعقوبات والأحكام التي أصدرتها، لا يمكن أن تتناسب، مع ما حدث من الجرائم، وما ترتب عليها من نتائج خلال هذه الفترة الزمنية الطويلة والتي كانت أفعالهم موضع الاهتمام الدولي.

وعقب إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، ودخولها حيز التنفيذ فى أول يوليو 2002م، أصبحت موضع اهتمام فقهاء القانون، ورجال الفكر والسياسة، وذلك لأنها أنشئت بموجب معاهدة دولية، لتكون مؤسسة دولية دائمة، بغرض التحقيق، ومحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون الجرائم التي تمثل تهديدا وخطورة للمجتمع الدولي، طبقا للمادة (1)، كما تنظر جرائم الإبادة الجماعية طبقا للمادة (7)، وجرائم الحرب طبقا للمادة (8)، وجرائم العدوان طبقا للمادة (5) ويتضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نصوص هذه المواد (1، 7، 8، 5) المشار إليها آنفا[55].

خاتمة

أكد الكثير من آراء المختصين أن ظاهرة تعاطي الإرهاب اصبحت واقعا سيئا في البلاد، وخطورته تسري في اوساط الشباب باستمرار دون ان نجاعة من قبل الجهات الرسمية الدولية على مواجهتها منفردة من خلال قوانينها واجراءاتها التي نعتقد بأنها قاصرة في ايجاد الحل، بالرغم من كل الآراء والمقترحات التي تقدم بها الكثير من المختصين في علم الاجتماع

والطب والقانون وغيرهم ،لعدم اعتبارها جريمة لا تسقط بالتقادم، ولا تلاحقها الأجهزة الدولية، ولا ينعقد الاختصاص للمحاكم الدولية.

ونرى أن أهم التوصيات يكمن في التالي:

1. مشاركة الأجهزة الدولية في مواجهة زراعة أو الترويج أو تهريب أو الإتجار في الإرهاب ومنها جهاز الإنتربول.
2. تنظيم التعاون على المستوى الدولي في مجال الإنابة القضائية ،والتعاون في مجال المعلومات والتحقيقات، وأن تحدد الاتفاقيات الدولية الإجراءات المحددة لمباشرة التحقيقات.
3. أن يضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في إطار جريمة العدوان أن تشمل زراعة الإرهاب ،والترويج، والإتجار، والتهريب ،وأن لا تخضع للتقادم المسقط.
4. معالجة الظاهرة من جوانب متعددة (اجتماعية واقتصادية وسياسية) قد أدت إلى وجودها وانتشارها، ومن ضمنها ظاهرة تعاطي الإرهاب .
5. مشاركة كافة الجهات الرسمية والشعبية (صحية، اجتماعية، اقتصادية، حقوقيين، مفكرين، مؤسسات شعبية من أندية وجمعيات مهنية ونسائية... الخ...) ، حتى ان يتم القضاء النهائي على المشكلة من المجتمع.
6. الاهتمام بالتعليم التربوي واتباع الاساليب التربوية العلمية المتطورة في المناهج التعليمية لبناء جيل المستقبل على قاعدة متينة من الوعي والتربية.
7. التوسع في الوقاية العيادات النفسية وتزويدها بالاختصاصيين النفسانيين والاجتماعيين والعمل على تشجيع اقبال المرضى والمتعاطين للعلاج بها .

الهوامش:

[1] أحمد ، محسن عبد الحميد (1999) : التعاون الأمني العربي والتحديات الأمنية، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض .ص44.الجنزورى ، سمير (1965) : الإجرام ضد العائلة ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الثانى ، العدد الأول ، منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، القاهرة .ص56.

[2] الصاوي ، محمد منصور(1984) أحكام القانون الدولي، المتعلقة بالجرائم ذات الطبيعة الدولية – رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية.ص23.

[3] The legal status of international criminal police organization.

[4] S. (www. interpol.int)Interpol (international criminal police organization) was created in 1923 to assist international criminal police co-operation Interpol once merely the organization's new name adopted in 1956 prior to which it was known as the international criminal police commission it currently has 184 member countries look. (http. // en . wikipedia. org / wiki / interpol).

[5] الحادقة ، أحمد أمين (1991) : أساليب وإجراءات مكافحة المخدرات ، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض .ص44.السعد ، صالح (1994) : الخطط الوطنية للسياسة الجنائية والتصدي للجريمة، رؤية حاضرة ونظره مستقبلية ، مجلد الفكر الشرطي ، المجلد الثاني ، العدد الرابع ، منشورات شرطة

الشارقة.ص55.العشماوى ، عبد الوهاب (1991) : كيفية استعادة الدول العربية ثقتها في المنظمات العربية ، سلسلة الدراسات للعلوم الأمنية ، الرياض .ص44.

6. S (www. ans wirp. com / topic / Interpol) 6/606.

7. Jurisdiction of Interpol.

[8] وفقا لآخر إحصائية عن الأعضاء والواردة بموقع المنظمة على الإنترنت.

S.(www.nswerp.com/topic/Interpol). 6/6/07.

[9] العـوجى ، مصـطفى (1980) : دروس في العلـم الجنـائي ، الجـزء الثـاني ، منشـورات مؤسسـة نوفـل ، بيـروت .ص33.الملاح، محمد بخيت (1938) : الإدمان على المخدرات ، مطبعة فتح الله نورى ، القاهرة .ص45.

[10] النبهـان ، محمـد فـاروق (1989) : مكافحـة الإجـرام المـنظم ، منشـورات جامعـة نـايف العربيـة للعلـوم الأمنيـة ، الرياض .ص50.

[11] د.محمد منصور الصاوي – أحكام القانون الدولي، المتعلقة بالجرائم ذات الطبيعة الدولية – رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية 1984 ص 643.

12. Priority of the judicial competence.

[13] د. محمد محيى الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي – مجلة القانون والاقتصاد – مقال سابق ص 879 – 880، د. عبد الواحد الفار – الجرائم الدولية – مرجع سابق ص 28، 29.

Vespasien Pella: La cuerre crimes et les criminels de guerre, Paris, 1946, pp.153 – 154. Stefan Glaser: Introduction a l études de droit international pénal Brylant , Seriy,Paris, 1954, p. 1.

[14] د. جمال العطيفى – دراسة في القانون الدولي نحو إنشاء محكمة دولية – المجلد الأول الجمعية المصرية للقانون الدولي 1966، ص 182.

[15] د. محمود شريف بسيونى – المحكمة الجنائية الدولية - مرجع سابق ص 144 – 145.

16. U N. 40th session doc A / 34 / 10 – 1988, Bassiouni Cherif: Versailles, to Rwanda in seventy five years, the need of establish a permanent international criminal court, Harvard human rights journal, 1997. p.60.

[17] د. محمـود أحمـد طـه – شـرح قـانون العقوبـات القسـم العـام – دار النهضـة العربيـة ط 1، 1993 ص 111، د. مصطفى أحمد فؤاد – القانون الدولي – دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1997 ص 102، د. صلاح الدين عامر – قانون التنظيم الدولي – دار النهضة العربية 1984 ص 111.

[18] د. عادل عبد الله المسدي – المحكمة الجنائية الدولية – دار النهضة العربية ط 1، 2002 ص 99، د. سعيد عبد اللطيف حسين – المحكمة الجنائية الدولية – دار النهضة العربية 2004 ص 301.

د. أحمد أبو الوفا – مقال سابق – ص 54.

Deuge Tassc: Why we need the international criminal court, the Christian century, may 21, 1999 (www. igc. org / icc / htm1 / cassel 1999); Bassiouni cherif (M.): Note explicative sur les statute de la cour pénal international, RIDP, 2000, P. 10.

[19] د. محمود شريف بسيوني – مرجع سابق – ص 146 : 148.

20. The principle of integration.

[21] تـنص المـادة (1) مـن النظـام الأسـاسي للمحكـة الجنائيـة الدوليـة على "تنشـأ بهـذا محكمـة جنائيـة دوليـة، وتكـون المحكمـة هيئـة دائمـة لهـا السـلطة لممارسـة اختصاصـاتها على الأشـخاص إزاء أشـد الجـرائم خطـورة موضع الاهتمام الدولي وذلك على النحو المشار إليه في النظام الأساسي، وتكون محكمة مكملة للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لأحكام هذا النظام الأساسي.

كما نصت المادة (1/17/ب) من النظام الأساسي على "مع مراعاة الفقرة (10) من الديباجة تقر المحكمة أن الدعوى غير مقبولة في حالة إذا ما كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها اختصاص عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعنى ما لم يكن القرار ناتجا عن عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها على المقاضاة.

[22] S. (www. unodc. org). Chrosso herakis (C.A.): Historical trends on international terrorism …, Op. Cit., P. 56.

[23] تنص المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة على:

1 – يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية:

أ – جريمة الإبادة الجماعية. ب – الجرائم ضد الإنسانية.

ج – جرائم الحرب. د – جريمة العدوان.

2 - تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقا للمادتين 121، 123 ويعرف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة ويجب أن يكون هذا الحكم متسقا مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة".(www. unodc. org)

[24] ونرى أن قواعد أسبقية نظم القضاء الوطني، ترجع إلى أربعة أسباب هي:

أ – عدم جواز المعاقبة عن ذات الفعل مرتين.

ب – أن الغرض من المحاكمة هو عدم إفلات الجاني من العقاب وهو ما يمكن تحقيقه بالسرعة الواجبة، من خلال القضاء الوطني.

ج – إعطاء الدولة المنسوب إليها الفعل غير المشروع فرصة إصلاحه ومعالجته بنفسها، دون تدخل جهة خارجية عنها.

د – احترام سيادة الدول في مباشرة واجباتها تجاه مواطنيها.

راجع. د. أحمد أبو الوفا – الوسيط في القانون الدولي العام – مرجع سابق ص 757.

[25] د. مأمون سلامة – الإجراءات الجنائية، في التشريع المصري، دار النهضة العربية 1992 ص 432، د. عمر الفاروق الحسيني – أحكام وضوابط الاستيقاف والقبض في الفقه والتشريع في مصر والكويت – دار النهضة العربية 1995 ص 35، د. عبد الحافظ عبد الهادي عابد – القرائن في الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – رسالة دكتوراه أكاديمية الشرطة القاهرة ص 250، د. سعود محمد موسى – جدية التحريات، مسوغ لإجراءات التحقيق – أكاديمية الشرطة 1997 ص16، د. سامى الحسيني – النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والقانون – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 1972 ص 275.

[26] Bassiouni Cherif, (M.): International extradition, Op. Cit.PP..356 – 357.

[27] S. (www. icc – cpi.int) Art 12/2.

[28] S. (www. icc – cpi. int). Art 12/4.

[29] د. محمود شريف بسيوني – مرجع سابق – ص 150.

[30] تنص المادة (1/5) من القانون الأساسي للمحكمة على "يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة على المجتمع الدولي بأسره.

[31] Schaffer David: International criminal court, the challenge of Jurisdiction U.S. dept. of state, dress the annual meeting of the American Society of international law, W.G., D.C., Mar 26 1999, S. (www. lgc. org / icc / html / scheffer 990).

[32] تناقش المادة (110) قيام المحكمة بإعادة النظر في تخفيض العقوبة وتنص على:

1– لا يجوز لدولة التنفيذ أن تفرج عن الشخص قبل انقضاء مدة العقوبة التي قضت بها المحكمة.

2 – للمحكمة وحدها حق البت في أي تخفيف للعقوبة وتبت في الأمر بعد الاستماع إلى الشخص.

3 – تعيد المحكمة النظر في حكم العقوبة لتقرير ما إذا كان ينبغي تخفيفه وذلك عندما يكون الشخص قد قضى ثلثي مدة العقوبة أو خمسة وعشرين سنة في حالة السجن المؤبد ويجب ألا تعيد المحكمة النظر في الحكم قبل انقضاء المدة المذكورة.

[33] تنص المادة (80) على عدم المساس بالتطبيق الوطني للعقوبات والقوانين الوطنية حيث تنص على "ليس في هذا الباب ما يمنع الدول من توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية أو يحول دون تطبيق قوانين الدول التي لا تنص على العقوبات المحددة في هذا الباب".

[34] د. عويس جمعة دياب – الحماية الجنائية لسرية التحقيق الابتدائي – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 1999 ص 153.

[35] د. مأمون سلامة – قانون الإجراءات الجنائية، معلقا عليه بالفقه وأحكام القضاء ط 1، 1980 من ص 319 – 323، د. رؤوف عبيد – مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ط 11، 1989 ص 384، د. مأمون سلامة – الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ج 6 دار النهضة العربية 1997 ص 618، د. عمر السعيد رمضان – مبادئ قانون الإجراءات الجناية ج 1 دار النهضة العربية 1992 ص 359، د. نبيل مدحت سالم – شرح قانون الإجراءات الجنائية ط 7 دار الثقافة الجامعية 1993 ص 33، د. توفيق الشاوي فقه الإجراءات الجنائية ج 1 ط 2، 1954 ص 365، د. أحمد عوض بلال – الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية – دار النهضة العربية 1990 ص 350.

[36] Gribing (C.F.): La création d'une cour pénal internationale, RIDP, 1974, P. 545.

[37] د. سعد أحمد سلامة – التبليغ عن الجرائم – رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2003 ص 159.

[38] Non prescriptive of international crimes.

[39] د. عبد الناصر حريز – مرجع سابق – ص 137 – 138، د. محمد مؤنس محب الدين – مرجع سابق – ص 346، د. أحمد فلاح العموش – مكافحة الإرهاب – جامعة نايف للعلوم العربية والأمنية 1993 ص 32.

Veuin Robert et Leaute Jocques: Droit pénal criminologie, Paris, 1970, P. 110.

[40] Rules of applying the principle.

[41] Gribing (CF.): La création d' une cour pénale international, Bilan et perspectives RIDP. 1974, P. 435.

[42] تضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ضمن قواعد الإجراءات والإثبات خصم فترة الحجز والهرب من العقوبة، فقد تضمنت المادة (4/125) النص على :كل فترة الاحتجاز في الدولة، التي هرب إليها المحكوم عليه، أو فترة احتجازه لدى المحكمة إذا سلم إليها بعد هربه، يجب أن تخصم من فترة الحكم الباقي في تنفيذها".

[43] د. أحمد أبو الوفا – مقال سابق – ص 44.

[44] The 1919 commission on the responsibility of the authors of war and on the enforcement of penalties (167) the 1943 United Nations war crimes.

[45] Commission 1943 U.N.

[46] The Commission 1946 for eastern.

[47] The 1992 commission of experts established to Security Council resolution 180 (1992) to investigate war crimes and other volition on international humanitarian law in the former Yugoslavia (1992).

[48] The 1994 independent commission expects established pursuant to security counsel resolution 935 (1994) to investigation grave violations of international humanitarian law in territory of Rwanda (1994).

[49] The 1945 international military tribunal to prosecute the major war criminals of the European theater.

[50] The 1946 international military tribunal to prosecute the major war criminals of the Fareast.

[51] The 1993 international criminal tribunal for the former Yugoslavia.

[52] The 1999 international criminal tribunal for Rwanda.

[53] The (1921 – 1923) Prosecution by German Supreme court pursuant to allied requests based on treaty of Versailles (Leipzig trials).

[54] 1946 – 1955 Prosecution by the town major Allies European theater Pursuant to control council law No. 10.

[55] The (1946 – 1951) Military Prosecution by Allied Powers in the far East Pursuant to directives, S. (www. icc- cpi.int).

المساواة في الحقوق بين المرأة العاملة والرجل العامل في ظل نظام العمل السعودي*

د. هاشم أحمد بني خلف،
أستاذ مساعد
قسم القانون،
كلية ادارة الأعمال،
جامعة المجمعة ، المملكة العربية السعودية.

Dr. Hashim Ahmed Bany Khalaf,
Assistant Lecturer
Law department,
Business administration college,
Al-Majma'ah University, kingdom of saudi arabia.

الملخص:

إن المنظم السعودي حرص على المساوة بين الرجل العامل والمرأة العاملة فيما يتعلق بممارسة العمل ذاته، أو فيما يتعلق بشروط العمل وظروفه، كالمساواة في الأجر المستحق عن العمل المتساوي وساعات العمل والاجازات الاسبوعية والاجازات السنوية والمرضية وغيرها من الاجازات، كذلك حرص المنظم السعودي حفاظاً على المرأة وكرامتها والتزاما منه بأحكام الشريعة الإسلامية، على منح المرأة ضمانات خاصة لها عند تشغيلها بغية تحقيق العدل والمساوة بينها وبين الرجل العامل، والذي يقتضي أن تنال المرأة العاملة بالإضافة الى حقوق الرجل، حقوق خاصة كامرأة وذلك لحماية طبيعتها الجسمانية ووظيفتها الحيوية، وتمثل هذه الضمانات التي أحاط المنظم بها المرأة بوضع قيود على تشغيلها، سواء فيما يتعلق بنوع العمل ووقت ممارسته، حيث راعى المنظم طبيعة المرأة العاملة وضعف قوتها البدنية وفطرتها الأنثوية وقدراتها الجسمانية والنفسية في تنظيم ظروف العمل وبيئته .

الكلمات المفتاحية:

المساواة، حقوق، الرجل العامل، المرأة العاملة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/09/04 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/16 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Equality in rights between working man and working woman in saudi labour system

Abstract:

The Saudi legislator considered the equality between working man and working woman in all working limits and circumstances such as the equality in salaries, working hours, sick leaves, weekly and yearly vacations, and other vacations .

The Saudi legislator also granted the woman special working guarantees that save her rights and dignity according to the Islamic principles. In addition to the guarantees of justice and equality between her and working man, the woman is granted private rights to protect her and her job .

The Saudi legislator has placed some constraints to woman employment concerning the type and time of work. It considered the nature of working woman and her physical weakness. It also took into account her physical and mental abilities in organizing the working environment.

Keywords:

Equality, rights, working man, working woman

L'égalité entre femme et homme dans la législation du travail en Arabie Saoudite

Résumé:

Le législateur Saoudien a pris en compte l'égalité entre femme et homme dans le monde du travail ; avec un plus de garanties inspirées de Shari'a au profit de la femme. De telles garanties concernes entre autre, la prise en compte des horaires de travail ; l'aspect physique dans le recrutement et la nature du travail.

Mots clés :

Egalité, droits, femme, homme, droit du travail Saoudien.

مقدمة

إن مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في المعاملة، في ظل نظام العمل السعودي، يعني المساواة في الحق، في حماية جميع الأفراد العاملين بدون تمييز بينهم من حيث الجنس، وهذا ولا شك نابع من انتهاج النظام لأحكام الشريعة الاسلامية التي لم تميز بين الرجال والنساء في حق العمل وفي انتاجه ([1]).

حيث بين القرآن الكريم أن الرجل والمرأة شطران لنفس واحدة، لا يختلفان في الإنسانية، وكما لا يعد أحدهما فرعاً للآخر، وذلك في قوله تعالى في سورة الروم {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ} [(2)].

وقوله تعالى { يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنكُم مَّن يُتَوَفَّىٰ وَمِنكُم مَّن يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ } [(3)].

وتتحقق المساواة بين الرجل والمرأة في ظل نظام العمل فيما يتعلق بممارسة العمل ذاته، أو فيما يتعلق بشروط العمل وظروفه، كالمساواة في الأجر المستحق عن العمل المتساوي وساعات العمل والاجازات الاسبوعية والاجازات السنوية والمرضية وغيرها من الاجازات.

أما المنافع الخاصة التي تستحقها المرأة العاملة لها ما يبررها، وصولاً الى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، ذلك أن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ارشدانا إلى ما للأم من جهود فائقة في تربية أولادها ولا يحمل الوالد منه شيئاً، وذلك قوله في سورة لقمان { وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمّه وَهْنًا عَلَى وَهْن وَفِصَاله فِي عَامَيْنِ } [4].

كذلك كرمت السنة النبوية الشريفة الأم رفعة لها وأداءًا لحقها ومراعاة لتكوينها وحاجتها النفسية للعناية [5]، وذلك وحين جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: " أمك "قال: ثم من؟ قال:" أمك" قال: ثم من؟ قال:" أمك "قال: ثم من؟ قال:" أبوك".

ولا شك بأن تخصيص الأم بهذه القدر من العناية جاء تنظيماً لما تقتضي به فطرة الخلق والتكوين وجزاء عاطفة الشفقة الفائقة التي أودعها الله قلب المرأة لولدها، وبها احتملت مشاق الحمل والولادة والإرضاع وجهود التربية الأولى والسهر على حفظ المولود في صحته وسلامته بما يؤهله الى اجتياز مراحل الحياة [6].

لذلك حرص المنظم السعودي حفاظاً على المرأة التي فطرها الله سبحانه وتعالى على هذه الصورة الوجدانية، على منح المرأة امتيازات خاصة لها، مما يساعدها على القيام بشؤون وظيفتها الأساسية من الأمومة والحضانة والتربية الرشيدة وذلك لبناء شعباً طيب الأعراق [7].

وعلى ذلك سوف نقسم هذا البحث على مبحثين، نخصص الأول: مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بالعمل، في حين نخصص المبحث الثاني: ضمانات تشغيل النساء.

المبحث الأول:مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بحقها بالعمل

حرص المنظم السعودي على إقرار مبدأ المساواة بين المرأة والرجل فيما يتعلق بحقها في ممارسة العمل، اسوة بالرجل، وذلك التزاماً منه بأحكام الشريعة الإسلامية [8] وعدم التمييز بينهما بسبب الجنس.

حيث أن كلمة (العامل) الواردة في النظام تشمل المرأة العاملة والرجل العامل، دون تمييز بينهما[9]، حيث تتمتع المرأة بذات الحقوق التي يتمتع بها الرجل، سواء فيما يتعلق بممارسة العمل ذاته ،أو فيم يتعلق بشروط العمل وظروفه، كالمساوة في الأجر المستحق عن العمل المتساوي، وساعات العمل والإجازات السنوية والمرضية وغيرها من الحقوق المتفرعة عن عقد العمل .

وهذا ما سوف نبحثه ضمن المطالب التالية:

المطلب الأول: المساواة في العمل ذاته بين المرأة والرجل

إن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بظروف العمل وشروطه يعد من أهم الضمانات التي تحول دون تمييز بين الرجل والمرأة، ولقد بين نظام العمل السعودي، انطلاقاً من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة على سريان عقد العمل عليهم دون تمييز بينهم بسبب الجنس، حيث جاء نص المادة (5) من النظام عاماً "تسري أحكام هذا النظام على : 1- كل عقد عمل يلتزم بمقتضاه أي شخص بالعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل " كذلك نص المادة (2) م بأن "العامل: كل شخص طبيعي يعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر، ولو كان بعيداً عن نظارته.

وعلى ذلك فإن المرأة تتمتع بذات الحقوق التي يتمتع بها الرجل دون تمييز سواء فيما يتعلق بظروف العمل أو شروطه ما دامت تماثلت أوضاعهم.

المطلب الثاني: المساواة في الأجر

حرص المنظم على مبدأ المساواة في الأجر بين المرأة العاملة والرجل العامل دون تمييز بينهم، وهذا يتبين لنا من نصوص المواد السابقة بأن العامل، هو كل شخص طبيعي يعمل لمصلحة صاحب العمل تحت ادارته واشرافه، وأن المواطنون متساوون في حق العمل.

ولقد ميزت المادة (2) في نظام العمل السعودي بين نوعين من الأجر [10] ويعتبر الأجر عنصر أساسي في عقد العمل، فإذا خلا عقد العمل من الأجر، أو خلت لائحته من النص على الأجر، فإنه يؤخذ بالأجر المقدر لعمل من النوع ذاته في المنشأة إن وجد، وإلا قدر الأجر طبقاً لعرف المهنة في الجهة التي يؤدى فيها العمل، فإن لم يوجد تولت هيئة تسوية الخلافات العمالية تعيينه على أنه يشترط في الأجر على ألا يقل عن الحد الأدنى للأجور.

وعلى ذلك فإن المنظم حظر التفرقة بين المرأة العاملة والرجل العامل في مقدار الأجر بسبب الجنس، ذلك أنها تتساوى في استحقاق الحد الأدنى من الأجر، متى كانت تقوم

بعمل مماثل لعمل الرجل، وبذلك فوت المنظم الفرصة على أصحاب الأعمال من التعاقد مع المرأة، بأجر أقل من الرجل في الأعمال المتساوية بحجة أن المرأة تأخذ إجازات إضافية أكثر من الرجال[11]

المطلب الثالث: المساواة فيما يتعلق بوقت العمل

لم يترك المنظم الحرية المطلقة لإرادة المتعاقدين، في تحديد الوقت الذي يزاول فيه العامل عمله، أو لإرادة صاحب العمل وحده، حتى لا يكون لصاحب العمل الحرية في تحديد موعد بدئه وموعد انتهائه، باعتباره الطرف القوي في العقد [12]، من أجل ذلك وضع المنظم قواعد آمره يتعلق بهذا التنظيم سواء اليومي أو الأسبوعي أو السنوي، ويجب على صاحب العمل مراعاتها، مراعياً في ذلك مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ما داما يعملان العمل ذاته ووجدا في نفس الظروف.

لذلك سوف نتناول قواعد تنظيم الوقت والتي تم مراعاة مبدأ المساواة فيها بالنسبة لكل من المرأة العاملة والرجل العامل، وذلك ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: قواعد تنظيم الوقت العمل اليومي والاسبوعي

يتمتع صاحب العمل كقاعدة عامة، بحرية تنظيم وقت العمل اليومي والأسبوعي طبقاً لحاجة العمل وظروف الإنتاج، حيث يدخل ذلك في جميع سلطاته في الادارة والتنظيم والإشراف [13]

لذلك راعى المنظم قواعد تنظيم وقت العمل اليومي و الأسبوعي، بما لا يخل بمصلحة العامل، بغية توفير راحة يومية و اسبوعية للعمال والعاملات، يسترد العامل من خلالها حيويته، مما ينعكس بالإيجاب على العملية الإنتاجية داخل المنشأة ومن ثم تتحقق مصلحة العامل وصاحب العمل [14].

أولاً: قواعد تنظيم وقت العمل اليومي

وضع المنظم أربع قواعد رئيسية لتنظيم وقت العمل اليومي، مخاطباً بها الرجل والمرأة، انطلاقاً من مبدأ المساواة بينها، ودون تفرقة بينهما.

القاعدة الأولى: الحد الأقصى لساعات العمل اليومي حدد المنظم حداً أقصى لساعات العمل بحيث لا يجوز تشغيل العامل أكثر من الساعات الفعلية، لأداء العمل المطلوب منه، على ألا يدخل فيها الفترات المخصصة لتناول الطعام والراحة.

حيث بين المنظم في المادة (1/98) من نظام العمل بأنه لا يجوز تشغيل العامل تشغيلاً فعلياً أكثر من ثماني ساعات في اليوم الواحد.

والحد الأقصى لساعات العمل بالنسبة للمرأة والرجل هي ثماني ساعات في اليوم الواحد بحيث لا يجوز لصاحب العمل تجاوز هذا الحد، ومن ثم يجوز لصاحب العمل تشغيل الرجل أو المرأة أقل من ثماني ساعات في اليوم الواحد [15].

على أنه لا يدخل في الثماني ساعات، الفترات المخصصة للراحة والصلاة والطعام ضمن ساعات العمل الفعلية، ولا يكون العامل خلال هذه الفترات تحت سلطة صاحب العمل، ولا يجوز لصاحب العمل أن يلزم العامل بالبقاء خلالها في مكان العمل . [16]

إلا أن قاعدة الحد لساعات العمل اليومي وهي ثماني ساعات في اليوم الواحد، القاعدة يرد. عليها استثناءات، وذلك إما مراعاة لظروف العمل، أو لمصلحة العامل ففي الحالة الأولى بين نظام العمل أنه في المادة 99 على أنه يجوز زيادة ساعات العمل الى تسع ساعات في اليوم بالنسبة الى بعض فئات العمال، أو في بعض الصناعات ولأعمال التي لا يشتغل فيها العامل باستمرار، كالمؤسسات الرسمية والفنادق والمقاصف والمطاعم وغيرها.

أما في الحالة الثانية: والتي أوجب فيها نظام العمل تخفيض ساعات العمل مراعاة لمصلحة العامل، حيث نص في المادة (2/98) على أنه يجب ألا تزيد ساعات العمل الفعلية في شهر رمضان المبارك على ست ساعات في اليوم بالنسبة للمسلمين أو ست وثلاثين ساعة في الأسبوع .

حتى لا تجتمع مشقة العمل ومشقة الصوم وكذلك حتى يستطيع القيام بالواجبات الدينية المفروضة عليه، وهذا الحكم الخاص بالمسلمين فقط لعدم توافر علته بالنسبة لغير المسلمين [17].

كذلك ما نصت عليه المادة (164) من نظام العمل على أنه " لا يجوز تشغيل الأحداث تشغيلاً فعلياً أكثر من ست ساعات في اليوم الواحد لسائر شهور السنة، عدا شهر رمضان فيجب ألا تزيد ساعات العمل الفعلية فيه على أربع ساعات.." .

القاعدة الثانية: فترات الراحة والصلاة وإذا كان المنظم قد وضع حداً أقصى لساعات العمل، بحيث لا يجوز لصاحب العمل تجاوزها، فإنه كذلك أوجب على صاحب العمل منح العامل والعاملة فترات للراحة والصلاة والطعام، خلال ساعات العمل، بحيث لا تقل نصف ساعة في المرة الواحدة، أو ساعة نصف خلال مجموع ساعات العمل، على أن يراعى في

اعطائها، ألا يعمل أي عامل أكثر من خمس ساعات متوالية دون فترة للراحة والصلاة والطعام[18].

القاعدة الثالثة: الحد الأقصى لساعات بقاء العامل أو العاملة في مكان العمل إذا كانت فترات الراحة والصلاة والطعام لا تدخل ضمن الحد الأقصى لساعات العمل وهي ثماني ساعات، لذلك الزم النظام صاحب العمل بأن ينظم ساعات العمل اليومي، بحيث لا يبقى العمال والعاملات في مكان العمل أكثر من إحدى عشرة ساعة، وهذا نصت عليه المادة (2/101) من نظام العمل " تنظم ساعات العمل وفترات الراحة خلال اليوم، بحيث لا يعمل أي عامل أكثر من خمس ساعات متتالية دون فترة للراحة والصلاة والطعام لا تقل عن نصف ساعة في المرة الواحدة خلال مجموع ساعات العمل، وبحيث لا يبقى العامل في مكان العمل أكثر من اثنتي عشرة ساعة في اليوم الواحد.

ب- قواعد تنظيم وقت العمل الأسبوعي وضع المنظم قواعد لتنظيم وقت العمل الأسبوعي، بغية توفير راحة اسبوعية للعمال والعاملات، وتجديد نشاطهم، مما ينعكس ايجاباً على الإنتاج، بالإضافة الى تمكينهم، من التفرغ بعض الوقت للعناية بشؤون أسرهم، والاجتماع بأقاربهم ومعارفهم [19]. وهذا القواعد تتمثل فيما يا يلي:

القاعدة الأولى: الحد الأقصى لساعات العمل الأسبوعي بَيَّنَ المنظم السعودي أنه لا يجوز تشغيل العمال تشغيلاً فعليا أكثر من ثماني وأربعين ساعة في الأسبوع لسائر شهور السنة فيما عدا شهر رمضان المبارك، فيجب ألا تزيد ساعات العمل الفعلية للمسلمين فيه على ست وثلاثين ساعة، وكذلك لا يجوز تشغيل الأحداث أكثر من ست وثلاثين ساعة في الأسبوع [20].

القاعدة الثانية: وجوب حصول العامل على راحة اسبوعية أوجبت المادة 104 من النظام على صاحب العمل منح العامل اجازة اسبوعية بعد عمل ستة ايام في الأسبوع، ولقد حددت هذه المادة الراحة الاسبوعية بيوم الجمعة، وهو مدفوع الأجر، على أنه لا يمنع من استبدال هذا اليوم بيوم آخر من ايام الأسبوع، شريطة تمكينهم من القيام بأعمالهم الدينية، وأنه لا يجوز تعويض يوم الراحة الأسبوعية بمقابل نقدي [21].

الاستثناءات الواردة على تجاوز الحد الأقصى لساعات العمل:

أجازت المادة (106) من نظام العمل لصاحب العمل عدم التقيد بقواعد تنظيم وقت العمل اليومي والاسبوعي في حالات معينة، كما قررت المادة (108) عدم سريان هذه القواعد على بعض طوائف العمال.

أ- حالات عدم تقيد صاحب العمل بالتنظيم القانوني لوقت العمل: يجوز لصاحب العمل عدم التقيد بأحكام تنظيم وقت العمل اليومي والأسبوعي في الأحوال الآتية:

الحالة الأولى: أعمال الجرد السنوي وإعداد الميزانية والتصفية وقفل الحسابات والاستعداد للبيع بأثمان مخفضة والاستعداد للمواسم بشرط ألا يزيد عدد الأيام التي يشتغل فيها العمال أكثر من المدة المقررة للعمل اليومي على ثلاثين يوماً في السنة.

الحالة الثانية: في حالة الظروف الطارئة كوقوع حادث خطير وإصلاح ما نشأ عنه من خسائر ويشترط إبلاغ مكتب العمل المختص خلال (24) ساعة من بدء التشغيل.

الحالة الثالثة: إذا كان التشغيل بقصد مواجهة ضغط عمل غير عادي ويشترط كذلك إبلاغ مكتب العمل خلال (24) ساعة والحصول على تأييد كتابي بالموافقة

الحالة الرابعة: الأعياد والمواسم والمناسبات الأخرى والأعمال الموسمية التي تحدد بقرار من وزير العمل.

وإذا كان النظام قد أجاز لصاحب العمل أن يقوم بتشغيل العمال عدداً من الساعات يزيد على الحد الأقصى المقرر نظاماً، فإن حرية صاحب العمل في ذلك ليست مطلقة [22] بل قيده نظام العمل بثلاث قيود:

القيد الأول: أنه إذا توافرت حالة من الحالات السابقة، فإن المنظم وحسب الفقرة الأخيرة من المادة (106)، بين أنه لا يجوز أن تزيد ساعات العمل الفعلية على عشر ساعات في اليوم أو ستين ساعة في الأسبوع ويحدد الوزير بقرار منه الحد الأقصى لساعات العمل الإضافية التي يسمح بها في السنة.

القيد الثاني: منح العامل أجراً اضافياً عن ساعات العمل الزائدة

يجب منح العامل أجراً اضافياً عن ساعات العمل الزائدة يوازي أجر الساعة مضافاً اليه 50% من الأجر الأساسي، على أنه إذا وقع العمل في يوم الراحة الأسبوعية، أو أيام العطل الرسمية، كان على صاحب العمل أن يدفع للعامل أجراً إضافياً عن ساعات العمل العادية أو الإضافية [23]..

القيد الثالث: لا يجوز تشغيل الأحداث سواء كانوا ذكوراً أم إناثاً، أكثر من الحد الأقصى لساعات العمل، وهو ست ساعات بالنسبة لهم، حتى ولو توافرت حالة من الحالات سالفة الذكر.

ب- العمال المستثنون من أحكام تنظيم وقت العمل: بينت المادة (108) من نظام العمل على أنه " لا تسري أحكام المادتين الثامنة والتسعين والأولى بعد المائة من هذا النظام على الحالات الآتية:

1-الأشخاص الذين يشغلون مناصب عالية ذات مسؤولية في الإدارة والتوجيه، إذا كان من شأن هذه المناصب أن يتمتع شاغلوها بسلطات صاحب العمل على العمال.

2-الأعمال التجهيزية أو التكميلية التي يجب إنجازها قبل ابتداء العمل أو بعده.

3-العمل الذي يكون متقطعا بالضرورة.

4-العمال المخصصون للحراسة والنظافة، عدا عمال الحراسة الأمنية المدنية وتحدد اللائحة الأعمال المينة في الفقرات 2، 3، 4 من هذه المادة والحد الأقصى لساعات العمل فيها.

الفرع الثاني: قواعد تنظيم وقت العمل السنوي

إذا كان المنظم قد وضع قواعد لتنظيم وقت العمل الأسبوعي، بغية توفير راحة اسبوعية للعمال والعاملات، وتجديد نشاطهم، مما ينعكس ايجاباً على الإنتاج، بالإضافة الى تمكينهم، من التفرغ بعض الوقت للعناية بشؤون أسرهم، والاجتماع بأقاربهم ومعارفهم[24].

فإنه كذلك أعطى العامل والعاملات اجازات مختلفة على طوال السنة، منها الإجازة السنوية، واجازة الأعياد واجازة الحج واجازة لتأدية الامتحانات والإجازة المرضية، بالإضافة الى الإجازات العارضة.

والقواعد المنظمة للإجازات قواعد حمائية، متعلقة بالنظام العام، تتساوى فيها المرأة العاملة بالرجل العامل، باعتبار أن هذه القواعد قد وضعت بغرض حمايتهم باعتبارهم الطرف الضعيف في العقد، ومن ثم، فإنه لا يمنع من الاتفاق على ما يخالفها، إذا كانت في مصلحتهم، وذلك بأن يعطي صاحب العمل العمال والعاملات إجازات أوسع.

ومن ثم فإنه لا يجوز الاتفاق على إنقاصها، أو حرمانهم منها، أو التنازل عنها، وأن أي تنازل عنها يقع باطلا بطلاناً مطلقاً، سواء تم ذلك عند إبرام العقد، أو في عقد لاحق، حتى ولو تم ذلك في مقابل عوض مادي[25].

والإجازات السنوية التي يحق للمرأة العاملة أو الرجل العامل التمتع بها، هي: الإجازة السنوية، واجازة الأعياد واجازة الحج واجازة لتأدية الامتحانات والإجازة المرضية، بالإضافة الى حقهم في الحصول على إجازة بدون أجر بموافقة صاحب العمل على ألا تتجاوز عشرة أيام في السنة الواحدة تطبيقاً لنص المادة (156) من النظام.

وهذا ما سوف نوضحه وعلى النحو التالي:

1-الإجازة السنوية: بينت المادة (2/109) من نظام العمل على أنه " 1- يستحق العامل عن كل عام إجازة سنوية لا تقل مدتها عن واحد وعشرين يوماً، تزاد إلى مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً إذا أمضى العامل في خدمة صاحب العمل خمس سنوات متصلة، وتكون الإجازة بأجر يدفع مقدماً 02- يجب أن يتمتع العامل بإجازته في سنة استحقاقها، ولا يجوز النزول عنها، أو أن يتقاضى بدلاً نقدياً عوضاً عن الحصول عليها أثناء خدمته، ولصاحب العمل أن يحدد مواعيد هذه الإجازات وفقاً لمقتضيات العمل، أو يمنحها بالتناوب لكي يؤمن سير عمله، وعليه إشعار العامل بالميعاد المحدد لتمتعه بالإجازة بوقت كافٍ لا يقل عن ثلاثين يوماً

عليه وحسب نص المادة السابقة فإنه يستحق كل عامل أو عاملة أمضيا في خدمة صاحب العمل عاماً كاملاً إجازة سنوية، وهذه الإجازة حق لهم تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على حرمانهم منها وليس للعامل أو للعاملة التنازل عنها، وقبل مرور عاماً كاملاً بالخدمة لا يستحق أي منهما هذه الإجازة.

والإجازات السنوية المستحقة لكل من المرأة العاملة والرجل العامل مستقلة عن إجازات الأعياد والإجازات العرضية والإجازات المرضية ومن ثم لا تخصم إجازات الأعياد من الإجازة السنوية، ولا يؤثر استحقاق العامل لإجازته السنوية أن يكون قد حصل على إجازة مرضية في السنة نفسها أو غيرها من الإجازات المقررة له نظاماً وإذا وقع خلال الإجازة السنوية يوم من الأعياد الوطنية أو الدينية لا تحسب ضمن الإجازة السنوية.[26]

على أنه لا يجوز للعامل أو للعاملة إثناء تمتعهما بالإجازة أن يعملا لدي صاحب عمل آخر، فاذا اثبت صاحب العمل أن العامل أو العاملة قد خالفا ذلك فله أن يحرمهما من أجرهما عن مدة الإجازة أو يسترد ما أداه له منها.[27].

2-اجازة الأعياد: وفقا لنص المادة 112من نظام العمل:(لكل عامل الحق في إجازة باجر كامل في الأعياد والمناسبات التي تحددها اللائحة)، وقد حدد قرار العمل رقم 357بتاريخ 1389/11/2الأعياد وعدد أيام الإجازات عن كل منها:

- عيد الفطر وإجازته 3 أيام.
- عيد الأضحى وإجازته أربعة أيام.

- اليوم الوطني للمملكة والإجازة عنه يوم واحد.

والأيام المحددة بالقرار الوزاري هي وحدها المفروضة على صاحب العمل ولكن ليس هناك ما يمنع من زيادة أيام إجازات الأعياد وجعلها بأجر كامل، ويتم ذلك باتفاق بين الطرفين في عقد العمل او بجريان عادة صاحب العمل على ذلك او بالنص على ذلك في لائحة العمل.

وإجازة الأعياد مستقلة عن الإجازات الأخرى فلا يجوز أن تخصم إجازة الأعياد منها، وهي متصلة بالنظام العام، لذلك ينبغي منحها للعامل، حتى يتمكن من المشاركة في تلك المناسبات الدينية والوطنية ولا يجوز لصاحب العمل تعويض العامل عن إجازة الأعياد بأيام أخرى، لأن الأعياد ليست للراحة وانما للمشاركة في الاحتفالات والمناسبات وهي تنتهي بانتهائها ولا عوض عنها.[28]

ولا شك أن الإجازات السابقة حق لكل من المرأة العاملة والرجل العامل، حيث يتساوون في استحقاقها، ولا يحق لصاحب العمل تشغيلهم في أوقاتها، ولكن اذا اقتضت ظروف العمل تشغيلهم في أيام إجازات الأعياد التزم صاحب العمل بان يدفع لهم بالإضافة إلى أجرهم العادي أجر إضافي يوازي أجرهم العادي مضافاً إليه خمسين بالمائة[29] .

على أنه لا يجوز للعامل أو للعاملة إثناء تمتعهما بالإجازة ان يعملا لدي صاحب عمل آخر، فاذا اثبت صاحب العمل ان العامل أو العاملة قد خالفا ذلك فله أن يحرمهما من أجرهما عن مدة الإجازة أو يسترد ما أداه له منها.[30]

وإذا أخل صاحب العمل بالتزامه بمنح إجازة الأعياد فانه يوقع عليه عقوبة الغرامة التي تتراوح ما بين 2000ريال ولا تزيد عن 5000ريال عن كل مخالفة.[31]

إجازة الحج: بينت المادة (114) من نظام العمل على أنه " للعامل الحق في الحصول على إجازة بأجر لا تقل مدتها عن عشرة أيام ولا تزيد على خمسة عشر يوماً بما فيها إجازة عيد الأضحى، وذلك لأداء فريضة الحج لمرة واحدة طوال مدة خدمته إذا لم يكن قد أداها من قبل .

ويشترط لاستحقاق هذه الإجازة أن يكون العامل قد أمضى في العمل لدى صاحب العمل سنتين متصلتين على الأقل، ولصاحب العمل أن يحدد عدد العمال الذين يمنحون هذه الإجازة سنوياً وفقاً لمقتضيات العمل ."

ولا شك أن هذا الإجازة مقررة لكل من المرأة العاملة والرجل العامل ولكن ضمن ضوابط وشروط حيث يشترط لاستحقاق هذه الإجازة أن يكون العاملين في المنشأة سواء كانوا من الذكور والإناث قد أمضوا في العمل لدي صاحب العمل سنتين متصلتين على الأقل، ولصاحب العمل أن يحدد عدد العمال الذين يمنحون هذه الإجازة سنويا وفقا لمقتضيات العمل.

3- إجازة تأدية الامتحان: منح المنظم كل من المرأة العاملة والرجل العامل الحق في اجازة تعليمية في المادة (115) من نظام العمل"1 - للعامل إذا وافق صاحب العمل على انتسابه إلى مؤسسة تعليمية أو قبل استمراره فيها الحق في إجازة بأجر كامل لتأدية الامتحان عن سنة غير معادة تحدد مدتها بعدد أيام الامتحان الفعلية . أما إذا كان الامتحان عن سنة معادة فيكون للعامل الحق في إجازة دون أجر بعدد أيام الامتحان الفعل ية .ويحرم العامل من أجر الإجازة إذا ثبت أنه لم يؤد الامتحان مع عدم الإخلال بحق صاحب العمل في مساءلته تأديبيا.

2- إذا لم يحصل العامل على موافقة صاحب العمل على انتسابه إلى مؤسسة تعليمية فله أن يحصل على إجازة لتأدية الامتحان بعدد أيام الامتحان الفعلية تحتسب من إجازته السنوية في حال توافرها وعند تعذر ذلك فللعامل أن يحصل على إجازة دون أجر بعدد أيام الامتحان الفعلية

3-على العامل أن يتقدم بطلب الإجازة قبل موعدها بخمسة عشر يوما على الأقل.

4-لصاحب العمل أن يطلب من العامل تقديم الوثائق المؤيدة لطلب الإجازة وكذلك ما يدل على أداءه الامتحان."

وحسب النص السابق فإن المخاطب بهذه الإجازة هي المرأة العاملة والرجل العامل، الملتحقا الى مؤسسة تعليمية، بغية تحسين مستواهم التعليمي، على أنه يشترط لاستحقاق هذه الإجازة، أن يتقدم العامل أو العاملة بطلب الى صاحب العمل قبل موعد الامتحان بخمسة عشر يوماً على الأقل، ولصاحب العمل أن يطلب من مقدم الطلب الوثائق المؤيدة لطلبه، مثل تقديم شهادة على أنه منتسب أو منتسبة الى مؤسسة تعليمية، وتقديم جدول بمواعيد بداية الامتحان ونهايته، ومن حق صاحب العمل أن يطالب العامل أو العاملة ما يدل على أنه قد تم تأدية الامتحان فعلاً، على أنه يحق له أن يحرم العامل من أجر الإجازة، إذا ثبت أنه لم يؤد الامتحان مع عدم الإخلال بحق صاحب العمل في مساءلته تأديبيا .

4-الإجازة المرضية: كذلك منح المنظم كل من المرأة العاملة والرجل العامل الحق في اجازة مرضية وذلك في المادة (117) من نظام العمل نصت على أن:" للعامل الذي يثبت مرضه

الحق في إجازة مرضية بأجر عن الثلاثين يوماً الأولى، وبثلاثة أرباع الأجر عن الستين يوماً التالية، ودون أجر للثلاثين يوماً التي تلي ذلك خلال السنة الواحدة، سواء أكانت هذه الإجازات متصلة أم متقطعة. ويقصد بالسنة الواحدة: السنة التي تبدأ من تاريخ أول إجازة مرضية".

يتضح من هذا النص أن للعامل الذي يثبت مرضه الحق في إجازة مرضية باجر عن الثلاثين يوم الأولى، وبثلاثة أرباع الأجر عن الستين يوم التالية ودون اجر للثلاثين يوم التي تلي ذلك خلال السنة الواحدة، سواء كانت هذه الإجازة متصلة ام متقطعة، ويقصد بالسنة الواحدة السنة التي تبدأ من تاريخ أول إجازة مرضية.

وحتى يثبت للعامل الحق في إجازته المرضية، يجب أن يثبت مرض العامل أما بموجب شهادة من طبيب مختص اعتمده صاحب العمل، وأما من الطبيب الذي تعينه الجهة المختصة في الحكومة إذا لم يكن لصاحب العمل طبيب معتمد [32]. والإجازة المرضية مستقلة عن باقي إجازات العامل، ومن ثم لا يدخل في حساب مدة الإجازة المرضية إجازة الأعياد والإجازات السنوية. على أنه ولا يجوز للعامل أثناء تمتعه بإجازته المرضية أن يعمل لدي صاحب عمل آخر فإذا اثبت صاحب العمل ان العامل قد خالف ذلك، فله أن يحرمه من أجره عن مدة الإجازة أو يسترد ما أداه له. ويمتنع على صاحب العمل أن ينهي العقد خلال فترة المرض، ولكن إذا طالت مدة المرض بحيث نتج عن ذلك انقطاع العامل عن العمل لمحدد تزيد في مجموعها عن 120 يوم خلال السنة الواحدة، بالإضافة الى استنفاذه لكافة رصيده من الإجازات السنوية المتجمدة، حيث يحق له وصل اجازته المرضية بإجازته السنوية [33].، فإنه يكون لصاحب العمل الحق في انهاء العقد، لاستحالة تنفيذه من جانب العامل بسبب المرض [34].

وأخيرا إذا أخل صاحب العمل بالتزامه بمنح الإجازة المرضية فانه يوقع عليه عقوبة الغرامة التي تتراوح ما بين 2000و5000الاف ريال [35]. وإذا انهي العقد أثناء مرض العامل كان ذلك فصلا تعسفيا.

وهذه الأحكام الخاصة بالإجازات المرضية تتساوى فيها المرأة العاملة بالرجل العامل في كافة الشروط والمزايا.

5-الإجازة العرضية: الاجازة العارضة: هي تلك التي تعطى للعامل لأسباب طارئة قد لا يعلم بها العامل مقدماً، فيتغيب عن عمله دون إخطار صاحب العمل[36]. ولقد سلك نظام العمل مسلك التشريعات الحديثة في تنظيم الإجازات عندما اخذ في الاعتبار ما قد يتعرض له العامل من ظروف وطوارئ تستدعي تغيبه عن العمل وهي ظروف غالباً ذات طابع إنساني أو اجتماعي.[37].

حيث بينت المادة (113) من نظام العمل على أن[38]:"مع مراعاة إجازات المرأة العاملة المحددة بموجب هذا النظام للعامل الحق في إجازة بأجر كامل لمدة خمسة أيام في حالة وفاة زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو عند زواجه وثلاثة أيام في حالة ولادة مولود له ويحق لصاحب العمل أن يطلب الوثائق المؤيدة للحالات المشار إليها ."

كذلك يحق للعامل أو للعاملة الحصول على إجازة بدون أجر بموافقة صاحب العمل على ألا تتجاوز عشرين يوما، ويعتبر عقد العمل موقوفاً إذا تجاوزها، تطبيقا لنص المادة (116) من النظام" يجوز للعامل بموافقة صاحب العمل الحصول على إجازة دون أجر، يتفق الطرفان على تحديد مدتها، ويعد عقد العمل موقوفاً خلال مدة الإجازة فيما زاد على عشرين يوماً ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

ولا يحق للعامل أو العاملة العمل لدى صاحب عمل آخر فإذا اثبت صاحب العمل أن العامل قد خالف ذلك فله أن يحرمه من أجره عن مدة الإجازة أو يسترد ما أداه له منها.

وإذا أخل صاحب العمل بالتزامه في منح الإجازة فانه توقع عليه عقوبة الغرامة المنصوص عليها والتي تتراوح ما بين 2000ريال و5000الاف ريال[39].

وهذه الأحكام الخاصة بالإجازات العرضية تتساوى فيها المرأة العاملة بالرجل العامل في كافة الشروط والمزايا.

المبحث الثاني: الضمانات التي أحاط بها المنظم تشغيل النساء

أحاط المنظم السعودي المرأة العاملة بكثير من الضمانات، التزاماً منه بأحكام الشريعة الاسلامية التي حفظت للمرأة كرامتها وطبيعتها التي جبلها الله عليها، مما حدا بالمنظم الى وضع أحكام خاصة بالمرأة العاملة، ووضع مجموعة من الضمانات عند تشغيلها بغية تحقيق العدل والمساوة بينها وبين الرجل العامل، والذي يقتضي أن تنال المرأة العاملة بالإضافة الى حقوق الرجل، حقوق خاصة كامرأة وذلك لحماية طبيعتها الجسمانية ووظيفتها الحيوية التي تختلف عن الرجل[40].

وتتمثل هذه الضمانات التي أحاط المنظم بها المرأة بوضع قيود على تشغيلها، سواء فيما يتعلق بنوع العمل ووقت ممارسته، أو بوضع اجازات خاصه بهن، وهي إجازة الوضع ورعاية الأمومة.

وعليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول: الأحكام الخاصة بتشغيل النساء بصفة عامة، وفي المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بحماية الأمومة.

المطلب الأول: الأحكام الخاصة بتشغيل النساء بصفة عامة

راعى المنظم طبيعة المرأة العاملة وضعف قوتها البدنية وفطرتها الأنثوية وقدراتها الجسمانية والنفسية [41]، في تنظيم ظروف العمل وبيئته، حيث حظر تشغيل النساء في بعض الأعمال نظراً لخطورتها، كذلك حظر تشغيل النساء ليلاً.

وهذا ما سوف نبحثه ضمن فرعين، نخصص الأول لحظر تشغيل النساء في بعض الأعمال، في حين نخصص الثاني: لحظر تشغيل النساء ليلاً.

الفرع الأول: حظر تشغيل النساء في بعض الأعمال

نصت المادة (149) من نظام العمل، على أنه " يحظر تشغيل المرأة في الأعمال الخطرة أو الضارة، ويحدد الوزير بقرار منه المهن والأعمال التي تعد خطرة أو ضارة من شانها أن تعرض النساء لأخطار أو أضرار محددة مما يجب معه حظر عملهن فيها أو تقييده بشروط خاصة.

كذلك حظرت المادة "(186) من نظام العل تشغيل المرأة العاملة في المناجم والمحاجر مهما كان سنها [42].

يلاحظ مما سبق، أن المنظم أراد أن يحافظ على طبيعة المرأة، وأن يتعامل معها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية [43]. إذ أن طبيعة المرأة تختلف عن طبيعة الرجل من عدة نواحٍ، فهي أضعف من الناحية البدنية من الرجل، ومن ثم تكون أقل قدرة على تحمل مشاق بعض الأعمال، مما يبرر عدم مساواتها بالرجل في نوع العمل.

ولهذا يجب أن يتفق عمل المرأة مع طبيعتها وأنوثتها وخصائصها البدنية والنفسية أما الأعمال التي لا تتفق مع طبيعتها ولا أنوثتها، فإنه يحظر تشغيل المرأة فيها [44]. كالأعمال الخطرة، أو الضارة بالصحة العامة للمرأة العاملة كالعمل في المناجم، أو في مقالع الأحجار، أو صناعة المواد المتفجرة والمفرقعات، أو لحام المعادن بكافة أشكالها، أو صناعة مركبات الرصاص، أو صهر الرصاص، أو عمليات المزج والعجن في صناعة وإصلاح البطاريات الكهربائية، أو صناعة الكاوتشوك، أو صناعة الإسفلت، وغيرها الأعمال. [45]

ثم بين الشق الأخير من الفقرة (149) على أن يحدد الوزير بقرار منه، المهن والأعمال التي تعد ضارة بالصحة العامة، أو من شأنها أن تعرض النساء لأخطار محددة، مما يجب معه حظر عملهن فيها أو تقييده بشروط خاصة [46].

الفرع الثاني: حظر تشغيل النساء ليلاً

لصاحب العمل الحرية في تحديد موعد بدء العمل وموعد انتهائه، بحيث يكون له الحق في تحديد هذه المواعيد في أي ساعة من ساعات اليوم، إلا أن حرية صاحب العمل في تحديد مواعيد العمل، مقيدة بالنسبة الى تشغيل النساء، [47]حيث لا يجوز تشغيل النساء أثناء فترة من الليل لا تقل عن إحدى عشرة ساعة متتالية، إلا في الحالات التي يصدر فيها قرار من وزير العمل' وهذا ما نصت عليه المادة (150) من نظام العمل السعودي.

يتبين لنا من نص المادة السابقة، أن المنظم حدد فترة الليل التي يجوز للمرأة العمل بها إحدى عشرة ساعة متتالية، وهي تشمل الفترة ما بين الساعة العاشرة مساءًا والساعة السابعة صباحاً، ولا شك بأن هذه فترة متأخرة من الليل، لذلك نرى ضرورة تعديل هذه المادة حفاظاً على صحة وسلامة المرأة، بحيث لا يجوز أن تعمل ما بين غروب الشمس وشروقها لكافة فصول السنة.

إلا أن المنظم استثنى من العمل ليلاً، في الحالات التي يصدر فيها قرار من وزير العمل والتي يتطلب وجود المرأة فيها بشكل اساسي [48].، كما هو العمل في المستشفيات فرضاً على سبيل المثال قسم (توليد النساء)، أو المختبرات الطبية، وذلك حفاظاً على عورة النساء، والتي أمرتنا الشريعة الإسلامية بعدم اطلاع الرجال عليها [49]..

ولعل الحكمة من عدم تشغيل النساء ليلاً ما أثبتته الدراسات، أن انعكاسات العمل الليلي على صحة العمال تؤدي إلى اضطرابات النوم بالإضافة الى الاضطرابات الهضمية من الجانب الفيزيولوجي، واختلال التنظيم اليومي للأسرة من الجانب الاجتماعي [50].

المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بحماية الأمومة

الأمومة هي علاقة بيولوجية ونفسية بين المرأة ومن تنجبهم وترعاهم من لأبناء والبنات، وهي من أقوى غرائز المرأة.

وأن أسمى الوظائف التي تطلع بها المرأة، هي وظيفتها كأم وتربية ابناءها، وليس هناك من شك أن المرأة بفطرتها ذات مشاعر حيه وجياشة، وقد خلقها الله تعالى هكذا لتواكب وظيفتها كزوجة ووظيفتها كأم، تلك الوظائف التي تحتاج إلى تواصل وجداني كبير، وبدون هذا التواصل الوجداني تضطرب الأسرة وتتفكك عراها.

ولهذا حرص المنظم السعودي على حماية المرأة العاملة كأم وزوجة وعدم ارهاقها في العمل، والذي بلا شك يؤثر على صحتها وبالتالي تضطرب الأسرة وتتفكك عراها.

وتتجلى مظاهر هذا الحرص في حق المرأة العاملة في إجازة الوضع، واستحقاها للأجر خلال إجازة الوضع، وعدم فصلها اثناء تمتعها بهذه الإجازة، بالإضافة الى حقها في إرضاع ورعاية أطفالها تقديراً منه لمكانتها الاجتماعية، والتزاماً منه بأحكام الشريعة الاسلامية.

كل هذا سوف نبحثه ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: حق المرأة العاملة في اجازة الوضع

إن من أبسط مظاهر حماية الأمومة، أن تمنح العاملة الحامل إجازة الوضع التي تكون في أمس الحاجة اليها خلال الأسابيع الأخيرة من مدة الحمل وعند الوضع، وخلال الأسابيع التي تليه مباشرة، لأن العمل خلال هذه المدة غير ملائم لصحة المرأة [51] وقد يؤدي الى مرضها أو فاتها [52].

لذلك حفاظاً على صحة المرأة العاملة، منح المرأة العاملة إجازة وضع وذلك في المادة (151) من نظام العمل نصت على أن:" 1- للمرأة العاملة الحق في إجازة وضع بأجر كامل لمدة عشرة أسابيع توزعها كيف تشاء تبدأ بحد أقصى بأربعة أسابيع قبل التاريخ المرجح للوضع ويحدد التاريخ المرجح للوضع بموجب شهادة طبية مصدقة من جهة صحية.
2- يحظر تشغيل المرأة بعد الوضع بأي حال من الأحوال خلال الستة أسابيع التالية له ولها الحق في تمديد الإجازة مدة شهر دون أجر.."

يتضح من النص السابق أنه من النصوص الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها بأي حال من الأحوال حيث أن النظام اعطى للمرأة العاملة الحق في إجازة الوضع مدتها عشرة اسابيع لها مطلق الحرية في توزيعها كيف تشاء تبدأ بحد أقصى بأربعة أسابيع قبل، على أن يحدد التاريخ المرجح للوضع بوساطة طبيب المنشأة، أو بموجب شهادة طبية مصدقة من جهة صحية.

كذلك للمرأة العاملة الحق في إجازة بعد الوضع ومدتها ستة أسابيع، وهي إجازة إجبارية، بحيث لا يجوز لصاحب العمل تشغيلها بأي حال من الأحوال قبل انقضاء تلك الأسابيع الستة، وذلك مراعاة لأوضاعها الصحية التي تحتاج الى فترة لاستعادة عافيتها وصحتها، بالإضافة الى توفير قدر من الحماية لمولودها، والذي يكون بأمس الحاجة اليها.

على انه يكون للمرأة العاملة تمديد الاجازة بعد انتهائها لمدة شهر وبدون أجر.

وقد أحاط المنظم المرأة العاملة بالضمانات القانونية أثناء تمتعها بإجازة الوضع وذلك من خلال منحها أجرها أثناء هذه الإجازة ([53] وعدم فصلها اثناء تمتعها بهذه الإجازة ([54] .كذلك عدم فصلها أثناء مرضها الناتج عن الحمل والولادة [55]

وعلى صاحب العمل توفير الرعاية الطبية للمرأة العاملة أثناء الحمل والولادة [56].

على أنه يسقط حق العاملة فيما تستحقه من أجور ومصاريف ونفقات علاج وولادة إذا ثبت أنها عملت لدي صاحب عمل آخر أثناء إجازة الوضع [57].

وإذا أخل صاحب العمل بالتزامه بإعطاء العاملة إجازة وضع أو امتنع عن تحمل نفقات العلاج والولادة يعاقب بعقوبة الغرامة التي تتراوح ما بين 2000و 5000الاف ريال[58].

الفرع الثاني: حق المرأة العاملة في رعاية أسرتها

مَنَحَ المنظم المرأة العاملة الكثير من الضمانات بعد أن تعود لمزاولة عملها بعد أخذها لإجازة الوضع، مراعياً في ذلك طبيعة المرأة و حاجتها النفسية للاطمئنان على رضيعها، حيث أقر للمرأة العاملة الحق في ارضاع طفلها، بالإضافة الى منحها إجازة لرعاية أطفالها، وكذلك الحق بتوفير دار لحضانة اطفالها، وحقها في الاجازة بعد موت زوجها.

أولاً: حق المرأة العاملة في ارضاع مولودها: تتجلى أسمى مظاهر الحماية للمرأة العاملة أن حرص المنظم على اعطاء الحق للمرأة العاملة في ارضاع مولودها، بهدف المحافظة على استقرار الأم العاملة النفسي وشعورها بالراحة والطمأنينة على مولودها، مما ينعكس ايجاباً على صحتها وصحة مولودها، وبالتالي يساهم في زيادة انتاجها [59]

وهذا ما نصت عليه المادة (154) من نظام العمل " يحق للمرأة العاملة عندما تعود إلى مزاولة عملها بعد إجازة الوضع أن تأخذ بقصد إرضاع مولودها فترة أو فترات للاستراحة لا تزيد في مجموعها على الساعة في اليوم الواحد، وذلك علاوة على فترات الراحة الممنوحة لجميع العمال، وتحسب هذه الفترة أو الفترات من ساعات العمل الفعلية، ولا يترتب عليها تخفيض الأجر."

كذلك فإن المنظم ألزم صاحب العمل في جميع الأماكن التي يعمل فيها نساء وفي جميع المهن، أن يوفر لهن المقاعد اللازمة لتأمين استراحتهن، وارضاع أطفالهن [60].

وهذا ما نصت عليه المادة (158) من نظام العمل على صاحب العمل في جميع الأماكن التي يعمل فيها نساء وفي جميع المهن أن يوفر لهن مقاعد، تأميناً لاستراحتهن ."

ثانياً: حق العاملة في دار حضانة لأطفالها: بينت المادة (159) من نظام العمل " 1-على كل صاحب عمل يشغل خمسين عاملة فأكثر أن يهيئ مكاناً مناسباً يتوافر فيه العدد الكافي من المربيات، لرعاية أطفال العاملات الذين تقل أعمارهم عن ست سنوات، وذلك إذا بلغ عدد الأطفال عشرة فأكثر.

2-يجوز للوزير أن يلزم صاحب العمل الذي يستخدم مائة عاملة فأكثر في مدينة واحدة أن ينشئ داراً للحضانة بنفسه أو بالمشاركة مع أصحاب عمل آخرين في المدينة نفسها، أو يتعاقد مع دار للحضانة قائمة لرعاية أطفال العاملات الذين تقل أعمارهم عن ست سنوات وذلك أثناء فترات العمل، وفي هذه الحالة يحدد الوزير الشروط والأوضاع التي تنظم هذه الدار، كما يقرر نسبة التكاليف التي تفرض على العاملات المستفيدات من هذه الخدمة.

يتضح لنا من نصوص المواد السابقة، أن المنظم وحفاظاً على حقوق المرأة ورعايةً لأطفالها، الزم أصحاب الأعمال بتوفير دار لحضانة أطفالها وذلك بغية المحافظة على سلامة

المرأة العاملة ومولودها معا، لذلك راعى النظام طبيعة المرأة وحاجتها النفسية للاطمئنان على وليدها، ناهيك عن حاجة وليدها لرضاعتها مما ينعكس ايجاباً على سير العمل والإنتاج.

ثالثاً: حق الأم في الإجازة لرعاية أطفالها: تعتبر علاقة الأم بأبنائها من أهم الروابط الأسرية وأكثرها حساسية، ذلك أن الطفل بمجرد خروجه من رحم أمه، يجد أمه التي تغذيه وترعاه وتسهر على راحته حتى يكبر ويتعدى مرحلة الطفولة، ذلك أن الأطفال بحاجه الى أمهاتهم بصفة مستمرة، لأنها أكثر فعالية من أي شخص على الاهتمام بواجباتهم وحقوقهم وتنشئتهم تنشئة سليمة، ومن حق كل طفل أن يتربى في حضن أمه.

لذلك فإن المنظم السعودي راعى هذا الجانب مانحاً المرأة العاملة الحق في تمديد الاجازة الممنوحة لها بعد الوضع ولمدة لا تزيد عن شهر وبدون أجر.[61]

كذلك فإن المنظم منح المرأة العمالة في حالة إنجاب طفل مريض أو من ذوي الاحتياجات الخاصة وتتطلب حالته الصحية مرافقا مستمرا له الحق في اجازة مدتها شهر باجر كامل تبدأ بعد انتهاء مدة اجازة الوضع ولها الحق في تمديد الاجازة لمدة شهر دون أجر[62] .

كذلك حقها في فسخ عقد العمل وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ولادتها مع احتفاظها بكافة حقوقها العمالية[63].

ونحن نرى بالإضافة الى ذلك، منح المرأة الحق في الحصول على اجازة سنوية بدون راتب، وذلك لإعطائها الفرصة الكاملة من أجل الاهتمام والعناية بأطفالها وأسرتها والتفرغ لأداء مهمتها الأساسية، باعتبارها الملاذ العاطفي لكل أفراد العائلة [64].

رابعاً: حق المرأة في إجازة الحداد: بينت المادة (160) من نظام العمل "1- للمرأة العاملة المسلمة التي يتوفى زوجها الحق في إجازة عدة بأجر كامل لمدة لا تقل عن أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة ولها الحق في تمديد هذه الإجازة دون أجر إن كانت حاملاً خلال هذه الفترة حتى تضع حملها .ولا يجوز لها الاستفادة من باقي اجازة العدة الممنوحة لها بموجب هذا النظام بعد وضع حملها.2- للمرأة العاملة غير المسلمة التي توفي زوجها الحق في إجازة بأجر كامل لمد 15 يومًا .[65]

وفي جميع الأحوال لا يجوز للعاملة المتوفى عنها زوجها ممارسة أي عمل لدى الغير خلال هذه المدة ويحق لصاحب العمل أن يطلب الوثائق المؤيدة للحالات المشار إليها .

يتبين لنا من نص المادة السابقة أن المنظم راعى حالة المرأة العاملة النفسية المتوفى عنها زوجها، وحاجة اسرتها عاطفياً لها، بالإضافة لما للعدة من حكمة شرعية بالنسبة للمرأة المسلمة وهو خلو رحمها من الحمل.

حيث منح المنظم المرأة العاملة المسلمة المتوفي عنها زوجها والتزاما منه بأحكام الشريعة الاسلامية بإجازة مدتها أربعة أشهر وعشر [66] من تاريخ الوفاة وبأجر كامل، ولها الحق في تمديد اجازتها وبدون أجر حتى تضع حملها، على أنه لا يجوز لها الاستفادة من باقي اجازة العدة الممنوحة لها بموجب هذا النظام بعد وضع حملها.

أما إذا كانت المرأة غير مسلمة فقد منحها المنظم إجازة الحق في إجازة بأجر كامل لمدة 15 يوماً .

وفي جميع الأحوال لا يجوز للعاملة المتوفى عنها زوجها ممارسة أي عمل لدى الغير خلال هذه المدة ويحق لصاحب العمل أن يطلب الوثائق المؤيدة لواقعة الوفاة والولادة، لأن عدتها تنتهي بوضع حملها.

خامسا: حق المرأة في الاستقالة بسبب الزواج: اعطى المنظم للمرأة العاملة ورعاية لها في انشاء اسرة قائمة على المحبة والمودة، والتي هي اساس المجتمع، الحق في فسخ العقد المبرم بينها وبين صاحب العمل بسبب الزواج خلال مدة ستة أشهر من تاريخ عقد زواجها مع احتفاظها بكافة حقوقها العمالية وهذا ما بينته المادة (87) من نظام العمل السعودي.

خاتمة

يتبين لنا أن المنظم السعودي حرص على المساواة بين الرجل العامل والمرأة العاملة فيما يتعلق بممارسة العمل ذاته، أو فيما يتعلق بشروط العمل وظروفه، كالمساواة في الأجر المستحق عن العمل المتساوي وساعات العمل والاجازات الاسبوعية والاجازات السنوية والمرضية وغيرها من الاجازات.

كذلك حرص المنظم السعودي حفاظاً على المرأة وكرامتها والتزاما منه بأحكام الشريعة الإسلامية، على منح المرأة ضمانات خاصة لها عند تشغيلها بغية تحقيق العدل والمساوة بينها وبين الرجل العامل، والذي يقتضي أن تنال المرأة العاملة بالإضافة الى حقوق الرجل، حقوق خاصة كامرأة وذلك لحماية طبيعتها الجسمانية ووظيفتها الحيوية و وتمثل هذه الضمانات التي أحاط المنظم بها المرأة، بوضع قيود على تشغيلها، سواء فيما يتعلق بنوع العمل ووقت ممارسته، أو بوضع اجازات خاصه بهن، وهي إجازة الوضع و رعاية الأمومة، أو اجازة الحداد.. .

التوصيات:

1-أن المنظم حدد فترة الليل التي يجوز للمرأة العمل بها إحدى عشرة ساعة متتالية، وهي تشمل الفترة ما بين العاشرة مساءًا والساعة السابعة صباحاً، ولا شك بأن هذه فترة متأخرة من الليل، لذلك نرى ضرورة تعديل هذه المادة حفاظاً على صحة وسلامة المرأة، بحيث لا يجوز أن تعمل ما بين غروب الشمس وشروقها لكافة فصول السنة.

2- النص على حق المرأة العاملة في الحصول على اجازة لرعاية الطفل الواحد لمدة سنتان بدون أجر، وذلك لإعطائها الفرصة الكاملة من أجل الاهتمام والعناية بطفلها.
3- النص على حق المرأة العاملة في الحصول على اجازة سنوية خاصة بدون أجر، وذلك لرعاية أسرتها (الزوج أو الأولاد، أو بسبب الزواج، أو لمرافقة زوجها على ألا تتعدى السنتين.
4- منح المرأة العاملة إجازة وضع بأجر كامل دون قيد أو شرط.
5- تشديد العقوبات على أصحاب الأعمال المخالفين لقواعد تشغيل النساء العاملات.

الهوامش:

[1] محمد حسين، دنيا المرأة ، دار الملاك ، بيروت الطبعة الأولى 1997 ، ص 66 وما بعدها
وسيم حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة العاملة في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والإتفاقيات الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2009 ص 12

[2] سورة الروم ، الآية (21)

[3] سورة الحج ، الآية (5)

[4] سورة لقمان، الآية (14)

[5] خولة بشير عابدين ، عالم المرأة المسلمة ، دار المأمون للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، الطبعة 3 ، 2010 ص10.

[6] محمد محمود عبدالله ، الرجل والمرأة في ميزان القرآن بين الفوارق – التمييز – المساواة ، دار السندس للتراث الاسلامي 2008 ص 5

[7] يقول الشاعر(حافظ ابراهيم):
الأُمُّ مَدْرَسَةٌ إِذَا أَعْدَدْتَهَا أَعْدَدْتَ شَعْباً طَيِّبَ الأَعْرَاقِ
ويقول الشاعر(أبو العلاء المعري):
العَيْشُ مَاضٍ فَأَكْرِمْ وَالِدَيْكَ بِهِ والأُمُّ أَوْلَى بِإِكْرَامٍ وَإِحْسَانِ
وَحَسْبُهَا الحَمْلُ وَالإِرْضَاعُ تُدْمِنُهُ أَمْرَانِ بِالفَضْلِ نَالاَ كُلَّ إِنْسَانِ

[8] المادة (4) من نظام العمل " يجب على صاحب العمل والعامل عند تطبيق أحكام هذا النظام الالتزام بمقتضيات أحكام الشريعة الإسلامية."

[9] ذلك أن العامل لابد أن يكون انساناً ذكراً كان أو انثى، ولا يمكن أن يكون العامل شخصاً طبيعياً، وأن حماية الشخص في إنسانيته وبدنه كانت هي الدافع الرئيسي لنشوء نظام العمل.
أنظر في ذلك: عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 91.

[10] المادة الثانية من نظام العمل" الأجر الأساسي: كل ما يعطى للعامل مقابل عمله، بموجب عقد عمل مكتوب أو غير مكتوب، مهما كان نوع الأجر أو طريقة أدائه، مضافاً العلاوات الدورية .
الأجر الفعلي: الأجر الأساسي مضافاً إليه سائر الزيادات المستحقة الأخرى التي تتقرر للعامل مقابل جهد بذله في العمل، أو مخاطر يتعرض لها في أداء عمله، أو التي تتقرر للعامل لقاء العمل بموجب عقد العمل أو لائحة تنظيم العمل 0ومن ذلك:
1 العمولة، أو النسبة المئوية من المبيعات ، أو النسبة المئوية من الأرباح، التي تدفع مقابل ما يقوم بتسويقه : أو إنتاجه، أو تحصيله ، أو ما يحققه من زيادة الإنتاج أو تحسينه.
2 البدلات التي يستحقها العامل لقاء طاقة يبذلها، أو مخاطر يتعرض لها في أداء عمله.

3 الزيادات التي قد تمنح وفقاً لمستوى المعيشة، أو لمواجهة أعباء العائلة.
4 المنحة أو المكافأة: هي التي يعطيها صاحب العمل للعامل، وما يصرف له جزاء أمانته ، أو كفايته ، وما شابه ذلك ، إذا كانت هذه المنحة أو المكافأة مقررة في عقد العمل ، أو لائحة تنظيم العمل للمنشأة ، أو جرت العادة بمنحها ، حتى أصبح العمال يعدونها جزءاً من الأجر لا تبرعاً.
5 الميزات العينية: هي التي يلتزم صاحب العمل بتوفيرها للعامل مقابل عمله ، بالنص عليها في عقد العمل أو في لائحة تنظيم العمل وتقدر بحد أقصى يعادل الأجر الأساسي لمدة شهرين عن كل سنة مالم تقدر في عقد العمل أو لائحة تنظيم العمل بما يزيد على ذلك .

[11] بدر بن عبد الرحمن الدعيج ، حماية حقوق المرأة العاملة في النظام السعودي ، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض 2014 ، ص 102

[12] د. السيد عيد نايل ،الوسيط في شرح نظام العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية ، الكتاب الأول ، نظام العمل الجديد ، مكتبة الرشد ، 2014 ، ص 175

[13] د. محمد حسين أحمد منصور ، قانون العمل ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2007، ص 342

[14] خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، الوسيط في شرح نظام العمل في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي م/51 وتاريخ 8/23 1426هجري وفقا لأحدث التعديلات، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى ،2015 م ص 291.

[15] د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص 176.

[16] المادة (102) من النظام

[17] يرى الفقه بأن هذا التخفيض في حق المسلم دون المسلم ليس فيه اجحافاً بحق غير المسلم، لأن الصوم ليس خياراً للعامل المسلم بل هو فرض عليه، كذلك فإن تمتع غير المسلم بهذا التخفيض، هو من قبيل تقرير ميزة له دون مبرر، فضلاً عن تحمل الدولة نفقات بالغة في غير مقتضى.. د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص 176 حاشية رقم (6)

[18] المادة (1/101) من النظام .

[19] د. عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، الطبيعة الثالثة، 1989، دار النهضة العربية، القاهرة، 397.

[20] المادة (2/98) من النظام.

[21] المادة(104) من النظام " 1- يوم الجمعة هو يوم الراحة الأسبوعية لجميع العمال، ويجوز لصاحب العمل – بعد إبلاغ مكتب العمل المختص – أن يستبدل بهذا اليوم لبعض عماله أي يوم من أيام الأسبوع، وعليه أن يمكنهم من القيام بواجباتهم الدينية، ولا يجوز تعويض يوم الراحة الأسبوعية بمقابل مادي .
2- يكون يوم الراحة الأسبوعية بأجر كامل، ولا يقل عن أربع وعشرين ساعة متتالية .

[22] د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص 179.

[23] المادة(107) من النظام .

[24] د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، 397.

[25] المادة 2/109 من نظام العمل تنص على أن: يجب أن يتمتع العامل بإجازته في سنة استحقاقها، ولا يجوز النزول عنها، أو أن يتقاضى بدلاً نقدياً عوضاً عن الحصول عليها أثناء خدمته.

[26] د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص 184.

[27] وهذا ما نصت عليه المادة (118) من نظام العمل.

[28] د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص 191.
د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 358.

[29] المادة (107) من نظام العمل .

[30] المادة (118) من نظام العمل.

[31] المادة (234) من نظام العمل.

[32] د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص 194.

[33] المادة (82) من نظام العمل " لا يجوز لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل بسبب المرض، قبل استنفاذه المدد المحددة للإجازة المنصوص عليها في هذا النظام، وللعامل الحق في أن يطلب وصل أجازته السنوية بالمرضية .

[34] د. خالد السيد محمد موسى، المرجع السابق، ص 312.

[35] المادة (234) من نظام العمل .

[36] د. أحمد السعيد الزقرد ، شرح قانون العمل ، دار أم القرى ،1993 ، ص333 المرجع السابق ، ص 312.
د. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 385.

[37] د. خالد السيد محمد موسى، المرجع السابق، ص 309.

[38] وهذا ما نصت عليه المادة (113) من نظام العمل قبل التعديل 0(للعامل الحق في إجازة بأجر لمدة يوم واحد في حالة ولادة مولود له، وثلاثة أيام لمناسبة زواجه، أو في حالة وفاة زوجه أو أحد أصوله أو فروعه. ويحق لصاحب العمل أن يطلب الوثائق المؤيدة للحالات المشار إليها".

[39] المادة (234) من نظام العمل.

[40] هنري ماريون، خُلُقُ المرأة والمقابلة بين طبائعها وطبائع الرجل، تعريب أميل زيدان، مطبعة الهلال، مصر عام 1918 ص 29، 30 .
انظر: ابو عمر عثمان بن عطية، وما رجع اليه من مراجع، عمل المرأة الواقع والمأمول، دار الايمان دار القمة، الاسكندرية، 2012، ص 91 وما بعدها.

[41] أن المرأة معرضه للإصابة بالأنواع العامة للإكتئاب مثل الاكتئاب الجسيم (Major Depression)، واضطراب اعتلال المزاج . (Dysthymic Disorder) فإنها معرضة بالإضافة لذلك إلى أنواع أخرى من الاكتئاب خاصة بها كأنثى مثل اكتئاب ما قبل الدورة (Premenstrual Dysphoric Disorder)والذى يصيب حوالى 30% من النساء ، والاكتئاب أثناء الحمل (Depression During Pregnancy) والذى يصيب حوالى 10% من النساء ، واكتئاب بعد الولادة) (Postpartum Depressionوالذى يصيب من 10-20% من النساء بدرجاته المختلفة ، وأخيراً اكتئاب ما بعد الدورة الشهرية (Postmenopausal Depression) والذى يصيب 10-15 % من النساء في هذه المرحلة من العمر.
محمد عبد الفتاح المهدي، الصحة النفسية للمرأة، دار الديمقراطية الجديدة، 2007 ص 114.

[42] المادة 0(186) من نظام العمل "لا يجوز تشغيل أي شخص في المنجم أو المحجر لم يتم الثامنة عشرة من العمر، ولا يجوز تشغيل المرأة أياً كان سنها في أي منجم أو محجر.

[43] د. أسامة عطية عبد العال، الوجيز في شرح نظام العمل السعودي، مكتبة ابن رشد، الطبعة الأولى ، 2015 ص 203

[44] أم حبيبة البريكي ،عمل المرأة في ميزان الشريعة الاسلامية، مكتبة أولاد دار الشيخ للبنات ، 2005 ص 118 .

[45] د. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام عقد العمل ، 1989، ص 91.

[46] وقد اصدر معالي وزير العمل قرارا وزاريا رقم 2834 وتاريخ 9\9\1427هـ يقرر ما يلي:
".. تعتبر الأعمال التالية من الأعمال التي تضر بصحة النساء أو من شأنها أن تعرضهن لأخطار محددة:
1- العمل تحت سطح الأرض في المناجم والمحاجر وجميع الأعمال المتعلقة باستخراج المعادن والأحجار.
2- العمل في الصرف الصحي أو تركيبات الغاز وتوزيعه والمشتقات البترولية الأخرى."
3- العمل في البناء كالحفر ووضع الخرسانات وغيرها.

4- اعمال البناء والترميم، والدهان التي تتطلب العمل على ارتفاعات عالية (والتسلق على سقالات)
5- صناعة الاسفلت.
6- صناعة الدباغ.
7- العمل في الأفران المعدة لصهر المواد المعدنية أو تكريرها أو انضاجها.
8- الصناعات التي يتم فيها تحويل المواد كتوليد الطاقة ونقلها وتحويلها ونقلها.
9- صناعة المفرقعات والمواد المتعلقة بها.
10- اللحام بالأكسجين والإستلين وبالكهرباء.
11- ورش السيارات والحدادة والألمنيوم.
12- العمل في مستودعات السماد المستخرج من روث الحيوانات أو الدماء.
13- إذابة الزجاج وإنضاجه.
14- شحن وتفريغ البضائع في الأحواض والأرصفة والموانئ ومخازن الإستيداع.
15- صناعة الفحم من عظم الحيوانات ما عدا عملية فرز العظام قبل حرقها.
16- تفضيض المرايا بإستعمال الزئبق.
17- الدهان بمادة الدوكو.
18- معالجة وتهيئة أو اختزال الرماد المحتوى على الرصاص واستخلاص الفضة من الرصاص.
19- صناعة القصدير والمعادن المحتوية على أكثر من (10%) من الرصاص.
20- صناعة أول أكسيد الرصاص (المرتك الذهبي) أو أكسيد الرصاص الأصفر وثاني أكسيد الرصاص (السلفون) ، وكربونات الرصاص واكسيد الرصاص البرتقالي وسلفات وكرومات وسليكات الرصاص.
21- عمليات المزج والعجن في صناعة أو اصلاح البطاريات الكهربائية.
22- تنظيف الورش التي تزاول فيها الأعمال الواردة في الفقرات (20،19،17) أعلاه.
23- تصليح أو تنظيف الماكينات المحركة أثناء تشغيلها.
24- صناعة المدابغ والجلود والكاوتشوك (الصناعات من مادة المطاط، مثل كفرات السيارات وغيرها.
ويجوز بقرار من الوزير حذف أو اضافة انشطة أخرى حسب الحاجة.

[47] د. أسامة عطية عبد العال، المرجع السابق ص 204.

[48] أصدر وزير العمل ضمن القرار رقم2702 وتاريخ 29\5\1435هـ ، بالنسبة لتنظيم عمل المرأة في محلات بيع المستلزمات النسائية حيث حظر تشغيل النساء بعد الساعة الحادية عشرة ليلاً وقبل الساعة التسعة صباحاً.

[49] أصدر وزير العمل ضمن القرار رقم 2838 وتاريخ 9\9\1427هـ، ما يلي: " استثناء من حكم المادة (150) فإنه يجوز تشغيل المرأة في الحالات التالية:
1- إذا كان العمل صحياً أو خيرياً أو تعليمياً أو تأديبياً.
2- إذا كانت المنشأة لا تستخدم سوى أفراد الأسرة.
3- حالة القوة القاهرة وحالة الطوارئ.
4- إذا كان العمل الليلي ضرورياً للمحافظة على المواد من التلف السريع.

[50] عبد الرحمن بقادير، الانعكاسات الجسمية والاجتماعية للعمل الليلي على العمال، دراسة مقارنه بين العزاب والمتزوجين، مجلة الحكمة، الجزائر، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر 2012ص 236 وما بعدها .

[51] انظر: محمد عبد الفتاح المهدي، المرجع السابق ص 97، والذي يبن أن الولادة هي عملية فسيولوجية طبيعية تحدث في كل الكائنات، وتعتبر تغيير هائل في التوازن البيولوجي والنفسي والاجتماعي، وأحياناً يكون هذا التغيير شبه بالزلزال في حياة المرأة إذا لم يسبقه و يواكبه ويتبعه رعاية صحية ونفسية واجتماعية كافية ... حيث تتعرض لكثير

من الاضطرابات ما بعد الولادة مثل كآبة ما بعد الولادة (Postpartum Blues) و ذهان ما بعد الولادة (Postpartum Psychosis).

أنظر أيضاً: زينب سحيري ، اكتئاب ما بعد الولادة لدى الأم – أعراضه ونتائجه- بحث منشور في مجلة دراسات نفسية ، مركز البصرة للبحوث والإستشارات والخدمات التعليمية ، الجزائر 97 وما بعدها .، مريم الزغيزي ، الوضع الحمائي للأمومة في تشريعات العمل ، مجلة المناظرة العدد 14، دجنبر، 2010 ص 184.

(52) مريم الزغيزي ، الوضع الحمائي للأمومة في تشريعات العمل ، مجلة المناظرة العدد 14، دجنبر، 2010 ص 184.

(53) المادة (152) من نظام العمل " على صاحب العمل أن يدفع إلى المرأة العاملة أثناء انقطاعها عن عملها في إجازة الوضع ما يعادل نصف أجرها ، إذا كان لها خدمة سنة فأكثر لدى صاحب العمل ، والأجرة كاملة إذا بلغت مدة خدمتها ثلاث سنوات فأكثر يوم بدء الإجازة ، و لا تدفع إليها الأجرة أثناء إجازتها السنوية العادية إذا كانت قد استفادت في السنة نفسها من إجازة وضع بأجر كامل ، ويدفع إليها نصف أجرها أثناء الإجازة السنوية ، إذا كانت قد استفادت في السنة نفسها من إجازة وضع بنصف أجر.

(54) المادة (155) من نظام العمل السعودي." لا يجوز لصاحب العمل فصل العاملة أو إنذارها بالفصل أثناء تمتعها بإجازة الوضع."

(55) المادة (155) من نظام العمل السعودي ." لا يجوز لصاحب العمل فصل العاملة أو إنذارها بالفصل أثناء تمتعها بإجازة الوضع."

(56) راجع: المادة (153) من نظام العمل السعودي . " على صاحب العمل توفير الرعاية الطبية للمرأة العاملة أثناء الحمل والولادة .

(57) المادة (157) من نظام العمل السعودي." يسقط حق العاملة فيما تستحقه وفقاً لأحكام هذا الباب إذا عملت لدى صاحب عمل آخر أثناء مدة إجازتها المصرح بها، ولصاحب العمل الأصلي – في هذه الحالة – أن يحرمها من أجرها عن مدة الإجازة ، أو أن يسترد ما أداه لها .

(58) المادة (234) من نظام العمل.

(59) د. زيد محمود العقايلة ، ضمانات حقوق المرأة العاملة في قانون العمل الأردني والإماراتي ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، 210-2011، ص 2032.

(60) راجع : المادة (158) من نظام العمل السعودي .

(61) المادة (2/151) من نظام العمل.

(62) المادة (3/151) من نظام العمل.

(63) المادة (78) من نظام العمل.

(64) د. حمدي عبد الرحمن احمد، شرح أحكام قانون العمل، دار نصر للطباعة، 2007، ص 307

(65) المادة (160) قبل التعديل " للمرأة العاملة التي يتوفى زوجها الحق في إجازة بأجر كامل مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ الوفاة ."

(66) المادة (2/151) من نظام العمل . وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ(234) سورة البقرة.

مشروعية استخدام القوة بتفويض من مجلس الأمن بين أحكام الميثاق والممارسة الدولية*

د. حساني خالد ،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. HASSANI Khaled,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تحاول هذه الدراسة البحث عن مشروعية الممارسة الدولية الجديدة لمجلس الأمن والتي تتضمن تفويض الدول استخدام القوة بين نصوص الميثاق مقارنة بالممارسة الدولية، حيث تعتبر سلطة مجلس الأمن في استخدام القوة العسكرية من بين السلطات المخولة للمجلس بهدف الحفاظ على السلم والأمن الدوليين وذلك في إطار تطبيق تدابير الأمن الجماعي المقررة في المادة 42 من الميثاق، مع الإشارة إلى أن هذه التدابير التي يتخذها مجلس الأمن يشترط فيها تكييف الحالة مسبقا لتحديد ما إذا كانت تهدد السلم أو تخل به أو تشكل عملا من أعمال العدوان وفق ما جاء في المادة 39 من الميثاق.

الكلمات الدالة

استخدام القوة، الأمن الجماعي، مجلس الأمن، ميثاق الأمم المتحدة.

Legality of the use of force by a mandate of the Security Council between the provisions of the Charter and international practice

Abstract:

In this article, we seek to explore the legitimacy of the new international practice of the Security Council, which includes the authorization of States to use force between the provisions of the Charter in comparison to international practice.

The Council's authority to use military force is one of the powers vested in the Council for the maintenance of international peace and security. To apply the collective security measures established in Article 42 of the Charter, noting that such measures taken by the Security Council require that the situation be adjusted in advance to determine whether they threaten, disrupt or constitute an act of aggression as provided for in Article 39 of the Charter.

Keywords:

Use of Force, Collective Security, Security Council, Charter of the United Nations.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/26 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/07/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

La légalité d'utilisation de la force militaire par délégation du Conseil de sécurité, entre disposition de la charte des N-U et pratique internationale

Résumé :

Cette étude a pour but la recherche de la légalité des nouvelles attributions du Conseil de sécurité notamment en termes de prise des mesures relatives à la sécurité collective avec l'utilisation de l'autorité militaire conformément à l'article 42 de la Charte des Nations Unies. Au préalable de la prise de telles mesures, la situation doit être évaluée et qualifiée afin de déterminer si elles menacent la paix et la sécurité en vertu de l'article 39 de la charte.

Mots clés :

Recours à la force, sécurité collective, Conseil de sécurité, Charte des Nations Unies.

مقدمة

منح ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن مهمة الحفاظ على السلم والأمن الدوليين بموجب المادة 24 منه، ومنحه السلطات اللازمة للقيام بأعباء هذه الوظيفة، ومن أهمها سلطة اتخاذ تدابير الأمن الجماعي تطبيقا لأحكام الفصل السابع من الميثاق، غير أن المجلس لا يمكنه تطبيق تدابير الأمن الجماعي إلا بعد أن يقرر أن الوقائع المعروضة عليه تشكل تهديدا للسلم أو إخلالا به أو عملا من أعمال العدوان استنادا إلى المادة 39 من الميثاق[1].

يضاف إلى ذلك، أن القرار الصادر عن مجلس الأمن والذي يتضمن إعمال التدابير العسكرية (م 42) أو تدابير الأمن الجماعي يعد من أخطر الجزاءات الدولية التي يتخذها ضد الدول المنتهكة للميثاق، هذا الأخير حدد الآلية التي يتم بموجبها تنفيذ مثل هذا القرار وفق ما تنص عليه المادة 43 والتي تتطلب أن تضع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة تحت تصرف المجلس القوات اللازمة لتنفيذ قراراته، ويتم ذلك وفقا لاتفاقات تبرم بين المجلس والدول الأعضاء، إلا أن ذلك لم يحدث إلى غاية اليوم، وهو ما دفع بالمجلس إلى تفويض الدول الأعضاء والمنظمات الإقليمية استخدام القوة العسكرية لمواجهة حالات تهديد السلم والأمن الدوليين، وقد أسهمت ممارسة المجلس في تكريس فكرة التفويض باستخدام القوة من خلال لجوء المجلس لذلك في أكثر من حالة مثلما حدث في حرب الخليج الثانية وتدخل حلف الناتو في كوسوفو عام 1999 [2]، وليبيا عام 2011 تحت مبرر التفويض الضمني من طرف مجلس الأمن لاستخدام القوة، ومن ثمة هل يُشكِّلُ تدرج الممارسة الدولية لمجلس الأمن على تفويض الدول استخدام القوة خروجا عن أحكام الميثاق؟ أم أن هذه السوابق فرضتها الممارسة الدولية؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنحاول دراسة الإطار العام لمبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية بدراسة الاستثناءات الواردة عليه (أولا)، مع القيام بقراءة قانونية لأساس

تفويض مجلس الأمن الدول استخدام القوة (ثانيا)، لنصل أخيرا إلى بحث مدى شرعية الحالات التي تم فيها استخدام القوة في الممارسة (ثالثا).

أولا: الاستثناءات الواردة على مبدأ حظر استخدام القوة

حظرت المادة 4/2 من ميثاق الأمم المتحدة صراحة استخدام القوة أو التهديد باستخدامها في العلاقات الدولية، إذ جاء فيها أنه « يمتنع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه أخر لا يتفق ومقاصد "الأمم المتحدة" ».

ومن ثم فقد فرضت هذه المادة على الدول الأعضاء الالتزام بعدم استخدام القوة في علاقاتهم الدولية، كما ذهبت إلى أبعد من ذلك حين منعت مجرد التهديد باستخدامها فقط، بشكل أصبح معه مبدأ عدم مشروعية استخدام القوة أو التهديد باستخدامها، من قواعد القانون الدولي العام الثابتة والمستقر عليها.

إن حظر استخدام القوة أو التهديد باستخدامها في العلاقات الدولية لا يعد حظرا مطلقا، إذ توجد بعض الاستثناءات عن هذا المبدأ نص عليها صراحة ميثاق الأمم المتحدة، واستثناءات أخرى كرستها الممارسة الدولية لمجلس الأمن.

1/ استثناءات نص عليها الميثاق

على الرغم من تحريم ميثاق الأمم المتحدة لاستخدام القوة من طرف الدول أو التهديد باستخدامها، إلا أنه أورد استثناءات على ذلك، واعتبر استخدام القوة فيها أمرا مشروعا، كاستخدامها من طرف الأمم المتحدة في إطار نظام الأمن الجماعي، والدفاع الشرعي الجماعي والفردي عن النفس من قبل الدول.

أ/ حالة الأمن الجماعي

يعد نظام الأمن الجماعي (sécurité collective) نظاما شرعيا لاستخدام القوة لحماية مصالح المجتمع الدولي في حفظ السلم والأمن الدوليين، وهذا ما خوله ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن نيابة عن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وتطبيقا للفصل السابع منه (المواد 39 إلى 51) [(3)].

بيد أن ميثاق الأمم المتحدة لم يتضمن عبارة أو مفهوم الأمن الجماعي، هذا الأخير يقوم على قاعدة أن أمن الجزء يرتبط ارتباطا عضويا بأمن الكل، ومن ثم يتعين على هذا الكل ممثلا في مجلس الأمن أن يتصدى، مجتمعا، لأي عدوان أو تهديد قد تتعرض له أي دولة عضو من طرف دولة أخرى.

إن تطبيق تدابير الأمن الجماعي من طرف مجلس الأمن لا يمكن أن يتم إلا بعد أن يقرر أن الوقائع المعروضة عليه تشكل تهديدا للسلم أو إخلالا به أو عملا من أعمال العدوان استنادا إلى المادة 39 من الميثاق [4].

كما بين الميثاق في المواد 41، 42، 43 التدابير التي يمكن لمجلس الأمن اتخاذها لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه وقمع العدوان، وتتنوع تلك التدابير إلى تدابير مؤقتة، تدابير غير عسكرية وتدابير عسكرية.

ويقوم نظام الأمن الجماعي الدولي على عدد من الأسس تتمثل فيما يلي[5]:

- حق منظمة الأمم المتحدة في اتخاذ التدابير المشتركة الفعالة لمنع الأسباب التي تؤدي إلى تهديد السلم والأمن الدوليين.

- التزام الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بأن تضع تحت تصرف مجلس الأمن، وبناء على طلبه، كافة ما يلزم من القوات المسلحة والمساعدات والتسهيلات الضرورية للمحافظة على السلم والأمن الدوليين (م 43).

- ينبغي على الدول الأعضاء أن يكون لها وحدات جوية وطنية يمكن استخدامها فورا في أعمال القمع الدولية المشتركة، ولتمكين الأمم المتحدة من اتخاذ التدابير العسكرية العاجلة ضد الدولة المعتدية، ويحدد مجلس الأمن قوات هذه الوحدات، ومدى استعدادها (م 45).

- تقدم الدول الأعضاء كافة المساعدات للأمم المتحدة في أي عمل تتخذه ضد الدولة المعتدية وفقا للميثاق، كما يتعين عليها الامتناع عن مساعدة الدولة المتخذ ضدها الأعمال القمعية (م 5/2).

- تخضع كافة تدابير القمع والأعمال العسكرية إلى رقابة وإشراف مجلس الأمن.

غير أنه لم يتم استكمال آليات نظام الأمن الجماعي بسبب ظروف الحرب الباردة التي وقفت دون تطبيق المادة 43 من الميثاق، والتي نصت على إبرام الاتفاقيات اللازمة لتشكيل القوات الدولية والتي توضع تحت تصرف مجلس الأمن لإعمالها في تطبيق التدابير العسكرية، كما أدت الحرب الباردة أيضا إلى تعطيل عمل لجنة أركان الحرب المنصوص عليها في المادة 47 من الميثاق.

هذا ونشير إلى أن المناسبة الأولى التي لجأ فيها مجلس الأمن إلى التدابير العسكرية كانت خلال الحرب الكورية عام 1950، كما لجأ المجلس إلى فرض هذه التدابير أيضا أثناء حرب الخليج الثانية عام 1990 بموجب القرار 678 الذي كان السند القانوني لقيام دول التحالف بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية باستخدام القوة العسكرية لتحرير الكويت [6].

ب/ حالة الدفاع الشرعي

تعترف كافة النظم القانونية بحق الدفاع الشرعي عن النفس في حالة وقوع اعتداء، ولم يشذ ميثاق الأمم المتحدة عن هذا المبدأ حيث أقر استثناء هاما يتعلق بحق الدول في استخدام القوة للدفاع عن نفسها من الطرف المعتدي دون أن تكون مخالفة لمبدأ حظر استخدام القوة أو التهديد بها الوارد في المادة 4/2 من الميثاق [7].

هذا الاستثناء تضمنته المادة 51 من الميثاق بنصها على أنه"ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء "الأمم المتحدة" وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالا لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فورا، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس – بمقتضى سلطته ومسؤوليته المستمدة من أحكام هذا الميثاق- من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذه من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه".

وقد وُضِعَ نص المادة 51 بعد عدة اقتراحات ومناقشات جرت في مؤتمر سان فرانسيسكو عام 1945 المتعلق بإنشاء منظمة الأمم المتحدة، إذ برز اتجاهين الأول يذهب إلى أنه في حالة فشل مجلس الأمن بسبب استخدام أحد الأعضاء الدائمين لحق الفيتو، فان الدولة المعتدى عليها ستكون غير محمية إذا لم يسمح لها بممارسة حق الدفاع الشرعي، أما الاتجاه الثاني اعتقد أنه لابد من زيادة دور المنظمات الإقليمية واستغلالها في حالة الضرورة، وذلك خشية من أن تشل حركة هذه المنظمات الإقليمية بواسطة استخدام حق الفيتو من الأعضاء الخمسة الدائمين بمجلس الأمن، لذلك اقترح الاتحاد السوفيتي أثناء المفاوضات مع الدول الدائمة العضوية أن يتم النص على استثناء يبيح استخدام القوة دون الانتظار للحصول على إذن من مجلس الأمن، وتمت مراجعة هذا الاقتراح من طرف الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، وقد تم تعديله ليتطابق مع النص الحالي للمادة 51 من الميثاق السالف ذكرها [8].

وتجدر الإشارة إلى الفرق الموجود بين الأمن الجماعي والدفاع الشرعي، هذا الأخير تلجأ إليه الدول، وهو إجراء تتخذه بموجب مسؤولياتها الخاصة وفق الشروط المحددة في المادة 51 من الميثاق، في حين يعتبر الأمن الجماعي مجموعة من الإجراءات الجماعية التي يتخذها مجلس الأمن تطبيقا للفصل السابع تحت إشرافه ورقابته[9].

إلى جانب ذلك، فان المادة 51 واضحة وصريحة في وضع الشروط والقواعد التي يجب توافرها عند ممارسة حق الدفاع الشرعي، إذ لا يجوز اللجوء إلى هذا الحق إلا إذا وقع عدوان أو هجوم مسلح على الدولة الممارسة لحق الدفاع الشرعي، إضافة إلى شرط

التناسب، بمعنى أن الدفاع لا يجوز أن يتم إلا بعد وقوع العدوان، وأن يكون بوسيلة مناسبة ومساوية للعدوان، كما اشترطت المادة 51 أيضا تبليغ مجلس الأمن بالتدابير المتخذة فورا باعتباره الجهة المسؤولة عن حفظ السلم والأمن الدوليين [10].

2/ استثناءات كرستها الممارسة الدولية لمجلس الأمن

سبق وأن أشرنا إلى أن حظر استخدام القوة أو التهديد باستخدامها في العلاقات الدولية لا يعد حظرا مطلقا، فبالإضافة إلى الاستثناءات التي نص عليها الميثاق صراحة، فقد كرست الممارسة الدولية استثناءين هامين يبيحان استخدام القوة ويتعلق الأمر بتفويض مجلس الأمن الدول استخدام القوة والتدخل الدولي الإنساني بغرض حماية حقوق الإنسان والأقليات[11].

أ/ استخدام القوة بتفويض من مجلس الأمن

أخذ استخدام القوة في إطار نظام الأمن الجماعي شكلا أخر غير الذي نص عليه الفصل السابع من الميثاق، وذلك بسبب عدم وضع الترتيبات المنصوص عليها في المادة 43، ويتمثل هذا الشكل في تفويض مجلس الأمن الدول استخدام القوة بهدف الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وقد برزت هذه الممارسة منذ حرب الخليج الثانية عام 1990[12].

كما أجاز مجلس الأمن بموجب القرار رقم 1264 الصادر في 15 سبتمبر 1999 إنشاء قوة متعددة الجنسيات بقيادة أستراليا هدفها إقامة السلم والأمن في تيمور الشرقية، وذلك بناء على طلب الحكومة الإندونيسية، حيث خوَّل لها مجلس الأمن سلطة التدخل العسكري في تيمور الشرقية، زيادة على منحها سلطة اتخاذ جميع التدابير الضرورية للقيام بالمهام المنوطة بها [13].

لقد برر الفقه الغربي –الفقه الأمريكي- هذه الممارسة الجديدة لمجلس الأمن بالاستناد إلى إخفاق النظام القانوني الذي أقامه ميثاق الأمم المتحدة في مجال حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية والاستثناءات التي ترد عليه، مدللا على ذلك بعدم كفاية أو فاعلية هذا النظام في التصدي للدول المارقة أو دول محور الشر، التي تشجع الإرهاب، وتحمي الجماعات الإرهابية، أو ترتكب الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان ضد شعوبها، ويرى ضرورة عمل الأمم المتحدة على تجاوز الإطار القانوني القائم حاليا على النحو الذي يطلق يدها في التعامل مع هذه الدول من خلال استخدام القوة المسلحة خروجا عن القيود التي يفرضها ميثاق الأمم المتحدة، وتحت مبرر التفويض من طرف مجلس الأمن صريحا كان أم ضمنيا [14].

ب/ التدخل الدولي الإنساني

الأصل أن التدخل عمل دولي غير مشروع، فقد فرضت المادة 7/2 من الميثاق الالتزام بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، غير أن صيرورة حقوق الإنسان واعتبارها من المواضيع التي تهم المجتمع الدولي كافة ErgaOmneS جعل هذا الأخير يتدخل في العديد من الدول بتفويض من مجلس الأمن لحماية أقليات تتعرض للاضطهاد تحت ذريعة التدخل لأغراض إنسانية أو التدخل الدولي الإنساني [15].

وإذا كان الفقه الدولي قد اختلف حول مفهوم التدخل الدولي الإنساني بين من يعتبره ذلك التدخل الذي يتم عن طريق القوة المسلحة بتفويض من مجلس الأمن، ومن يرى بأنه يمكن أن يتم عن طريق استخدام القوة العسكرية أو عن طريق وسائل أخرى مثل الضغط السياسي والضغط الاقتصادي والدبلوماسي، فانه يتفق على أن الغرض منه إنساني وهو حماية حقوق الإنسان والأقليات [16].

هذا وقد تجسد التدخل الدولي الإنساني عن طريق القرارات الصادرة عن مجلس الأمن طبقا للفصل السابع من الميثاق، وارتكزت هذه القرارات على دول شهدت وقوع انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان والأقليات، وبدأ هذا الاتجاه الجديد لمجلس الأمن منذ حرب الخليج الثانية بإصداره القرار 688 بتاريخ 1991/04/05، الذي أدان أعمال القمع التي يتعرض لها السكان المدنيون في أجزاء كبيرة من العراق، الذي شمل مؤخرا المناطق السكانية الكردية، وتهديد الوضع للسلم والأمن الدوليين، كما طالب المجلس من العراق السماح بوصول المنظمات الإنسانية على الفور، إلى جميع من يحتاج إلى المساعدة في كل أنحاء العراق ويوفر التسهيلات اللازمة لعملياتها.

وقد كان هذا القرار في الحقيقة خطوة متقدمة في توسيع سلطات مجلس الأمن لكونه ولأول مرة ينص بصراحة لا غموض فيها على ربط انتهاكات حقوق الإنسان في الدولة مع تهديد السلم والأمن الدوليين، كما فتح له الباب أيضا لاتخاذ قرارات أخرى تسمح بالتدخل الإنساني كالقرار 794 (1992) الخاص بالصومال، والقرار 912 (1994) والقرار 929 (1994) الخاصين برواندا والقرار 940 (1994) المتعلق بالوضع في هايتي [17].

ثانيا: الإطار القانوني لتفويض الدول استخدام القوة

كرس مجلس الأمن منذ حرب الخليج الثانية عام 1990 ممارسة دولية جديدة تقضي بتفويض السلطات المقررة له بموجب الفصل السابع من الميثاق، لاسيما تلك المتعلقة بتنفيذ التدابير العسكرية المنصوص عليها في المادة 42 إلى الدول الأعضاء بالمجلس دون وجود أي نص صريح في الميثاق يخول له ذلك.

1/ مدى جواز تفويض مجلس الأمن الدول استخدام القوة

يملك مجلس الأمن كامل السلطة التقديرية في تطبيق أحكام الفصل السابع من الميثاق لمواجهة حالة من حالات التهديد بالسلم أو الإخلال به أو وقوع العدوان، وقد درج المجلس منذ بداية التسعينيات على تفويض الدول الأعضاء تنفيذ التدابير التي اتخذها بما في ذلك التدابير العسكرية المنصوص عليها في المادة 42 من الميثاق، وذلك بالاستعمال المتكرر لعبارة "تفويض الدول الأعضاء اتخاذ كافة التدابير الضرورية لإعادة السلم والأمن الدوليين إلى نصابهما"، وهو ما ينطبق على الغزو العراقي للكويت مثلا [18].

جعلت هذه الممارسة الجديدة لمجلس الأمن في غياب نصوص صريحة في الميثاق، الفقه الدولي ينقسم إلى رأيين، الرأي الأول يعتبر أن المجلس لا يجوز له من الناحية القانونية تفويض سلطاته. لأن المادتين 46 و 3/47 تؤكدان بوضوح أن تنفيذ التدابير العسكرية المستندة لأحكام المادة 42 يجب أن يكون تحت رقابة وإشراف الأمم المتحدة، إذ يمثل ذلك شرطا أساسيا لشرعية الإجراءات العسكرية المتخذة من طرف مجلس الأمن [19].

بينما يذهب الرأي الثاني إلى أنه توجد نصوص في الميثاق تشير بصورة ضمنية إلى إمكانية تفويض مجلس الأمن لسلطاته في تطبيق أحكام الفصل السابع من الميثاق إلى الدول الأعضاء، وبخاصة المادة 48 التي تتفرع عن المواد من 42 إلى47 والتي تعترف ضمنيا بحق مجلس الأمن في تفويض سلطاته إلى بعض الدول الأعضاء في المجلس. كما أن المواد 24 و25 تجيز للمجلس أن يكلف الدول بتنفيذ قراراته ما دام أنها اتفقت على ذلك مسبقا [20].

إن النظر إلى الآليات والإجراءات المنصوص عليها في المادتين 46 و47 يثبت أنها مجرد اقتراح طريق أو أسلوب لمجلس الأمن كامل السلطة في انتهاجه عند تطبيق أحكام المادة 42 من الميثاق، فالقراءة المتمعنة والدقيقة لأحكام المادتين 46 و47 توحي بأن لجنة أركان الحرب هي جهاز قصد واضعي الميثاق إيجاده لمساعدة المجلس في أداء مهامه المحددة في الفصل السابع، فاللجنة تساعد المجلس في إعداد الخطط اللازمة لاستخدام القوة المسلحة [21]، وهي التي تقدم له المشورة والمعونة في جميع المسائل المتعلقة بالحاجات الحربية اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين [22].

إضافة إلى ذلك، فان لجنة أركان الحرب هي المسؤولة تحت إشراف مجلس الأمن عن التوجيه الاستراتيجي لأية قوات مسلحة موضوعة تحت تصرفه وقيادته [23]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فان المادة 53 من الميثاق تتضمن صراحة إمكانية تفويض المنظمات الإقليمية القيام بأي عمل من أعمال القمع بما في ذلك استخدام القوة العسكرية، تحت إشرافه ورقابته [24]، وهو ما فعله المجلس حينما فوض الجماعة الاقتصادية لدول غرب

إفريقيا بموجب الفصل الثامن التعاون مع الحكومة المنتخبة ديمقراطيا لضمان التنفيذ الفعال لتدابير الفصل السابع التي اتخذها مجلس الأمن ضد سيراليون [25].

2/ القيود الواردة على تفويض الدول استخدام القوة

يتعين على مجلس الأمن عند تفويضه الدول الأعضاء استخدام القوة العسكرية استنادا إلى المادة 42 من الميثاق أن يقوم بدور الرقابة والإشراف على التدابير المتخذة من جانب الدول تنفيذا لقرار التفويض.

كما أن الدول المفوضة باستخدام القوة ملزمة بتقديم تقارير دورية إلى مجلس الأمن تتعلق بسير العمليات العسكرية استنادا إلى تفويض المجلس، فهذه التقارير تسهل من مهمة مجلس الأمن في الرقابة على الأعمال المتخذة من جانب الدول الأعضاء، فقد أوضح المجلس خلال الأزمة الكورية أن الولايات المتحدة الأمريكية هي التي تتولى تقديم تقارير دورية حول سير العمليات العسكرية في كوريا [26].

إضافة إلى أن نص المادة 54 من الميثاق تنص على أنه يجب أن يكون مجلس الأمن على علم تام بما يجري من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي بمقتضى تنظيمات أو بواسطة وكالات إقليمية أو ما يزمع إجراؤه منها [27].

غير أنه لا مجال للمقارنة بين النصوص النظرية والممارسة التطبيقية فإذا كان مجلس الأمن مقيدا بالالتزام بالرقابة والإشراف على قراراته المتعلقة باستخدام القوة العسكرية، فإن الواقع العملي يبرز تخلي المجلس عن سلطته في الرقابة والإشراف على القوات التي تقوم بتنفيذ قراراته للدول التي تنتمي إليها هذه القوات، وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية الأمر الذي مكن هذه الأخيرة من تنفيذ أهداف غير تلك التي تستهدفها قرارات مجلس الأمن، لأن المجلس خول دول التحالف بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية استخدام جميع الوسائل الضرورية دون مراقبة أو إشراف من المجلس، مما جعل قوات التحالف لم تقتصر على تحرير الكويت وإنما ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث عملت على قصف عنيف وشامل للتراب العراقي مستهدفة في ذلك تحطيم كل القدرات العسكرية والاقتصادية للعراق، وفي نفس السياق فإن القرار 678 يظهر بشكل كبير على أنه رخص للدول المتحالفة مع الكويت استخدام حقها في الدفاع الشرعي الجماعي المؤسس على المادة 51 من الميثاق، أكثر من كونه استخداما لآلية الأمن الجماعي وفقا للفصل السابع.

ومن جهة أخرى، فإذا كان تخلي مجلس الأمن عن المراقبة والإشراف على تنفيذ قراراته قد وجد أول تطبيق له في النزاع العراقي الكويتي، فقد وجد له تأكيدا في المشكلة الصومالية، نتيجة تخلي مجلس الأمن كلية عن ممارسة الرقابة على التدخل الدولي الذي تم في إطار عملية استعادة الأمل في الصومال بموجب القرار 794 (1992) [28].

ثالثا: مشروعية الحالات الراهنة لاستخدام القوة

أدت الحالات التي تم فيها استخدام القوة العسكرية حديثا إلى ظهور فرضيتين، تتعلق الأولى باللجوء إلى القوة استنادا إلى تفويض ضمني من طرف مجلس الأمن، بينما تتعلق الثانية باستخدام القوة خارج قرارات مجلس الأمن وتحت ذريعة الدفاع الشرعي أو الوقائي عن النفس مثلما تقوم به إسرائيل.

1/ استخدام القوة بتفويض ضمني من مجلس الأمن

إذا كان حق الدفاع الشرعي كما أشرنا سابقا يعد من بين الحالات المشروعة لاستخدام القوة وفق ما جاء في المادة 51 من الميثاق، إلا أنه نتيجة أحداث 11 سبتمبر 2001 ظهر مفهوم جديد للدفاع الشرعي بإسم محاربة الإرهاب الدولي، حيث يتم اللجوء إلى استخدام القوة العسكرية ضد دول تعتبر مصدرا لتهديد السلم والأمن الدوليين، أو ما يسمى بدول محور الشر أو الدول المارقة.

ترتب عن الهجمات التي تعرضت لها الولايات المتحدة في سبتمبر 2001 إصدار مجلس الأمن على التوالي قرارين هامين هما: القرار 1368 في 12 سبتمبر 2001 و القرار 1373 في 28 سبتمبر 2001 و سنقتصر على دراسة القرار الأول الذي ينطوي على تفويض ضمني من مجلس الأمن والترخيص للولايات المتحدة بالتدخل العسكري في أفغانستان دون أي رقابة منه[29].

فقد أقر مجلس الأمن إدانة أحداث الحادي عشر من سبتمبر وأعتبرها تهديدا للسلم والأمن الدوليين، كما جاء في مقدمة القرار اعترافه بحق الدفاع الشرعي أو الجماعي وفقا لميثاق الأمم المتحدة، وقد اختلف الفقه في تكييف هذا الاعتراف، وأتجه أغلبهم إلى أنه موافقة ضمنية واعتراف من مجلس الأمن بحق الولايات المتحدة في الدفاع الشرعي ردا على هذه الأحداث؛ رغم اكتفائه فقط بتكييف الأحداث على أنها تهديد للسلم والأمن الدوليين، مع العلم أن حق الدفاع الشرعي لا يمكن ممارسته إلا في مواجهة عدوان مسلح، وما يؤكد الموافقة الضمنية لمجلس الأمن عن استخدام الولايات المتحدة للقوة خارج إطار نظام الأمن الجماعي وتحت غطاء الدفاع الشرعي عدم إدانته للتدخل العسكري الأمريكي في أفغانستان[30].

وفي السياق ذاته، فقد شكلت الحرب ضد العراق نموذجا آخر لما يسمى باستخدام القوة خارج إطار نظام الأمن الجماعي، بحجة التفويض الضمني لمجلس الأمن وتحت غطاء الحرب الوقائية ضد الإرهاب وأسلحة الدمار الشامل، فبعدما حصل الرئيس الأمريكي على تفويض من الكونغرس باستخدام القوة أو التدخل في العراق دون الرجوع إلى مجلس الأمن، حيث أثارت الولايات المتحدة الأمريكية قضية التدخل في العراق بتاريخ 25 أكتوبر 2002

أمام المجلس محذرة بالتدخل منفردة، في حالة عجز المجلس عن اتخاذ قرار يرخص لها باستخدام القوة العسكرية.

لكن بعد مناقشات حادة بين الدول الكبرى صدر القرار 1441 في 08 ديسمبر 2002 الذي نص على أن العراق قد أتى خرقا جوهريا لالتزاماته الخاصة بنزع أسلحته الواردة في القرار 687 (1991)، وحذر العراق من تعرضه لعواقب وخيمة إذا فشل في الوفاء بالتزاماته بمقتضى قرارات مجلس الأمن ذات الصلة، كما حدد القرار مهمات فرق التفتيش عن أسلحة الدمار الشامل في العراق [31].

هذا وقد شكل القرار 1441 الأساس الذي استندت إليه الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا لغزو العراق في 20 مارس 2003، حيث أعتبر هذا القرار بمثابة تفويض ضمني من مجلس الأمن لاستخدام القوة العسكرية ضد العراق، رغم اعتراف روسيا وفرنسا بأنه لا يبيح استخدام القوة [32].

2/ استخدام القوة دون تفويض من مجلس الأمن

تعد إسرائيل من بين الدول التي تلجأ إلى استخدام القوة دون أي تفويض صادر من مجلس الأمن تحت مبرر الدفاع الشرعي الوقائي، فقد أعلنت إسرائيل منذ استعدادها للهجوم على لبنان عام 2006 أنها ستقوم بهذا الهجوم تطبيقا لحقها في الدفاع الشرعي عن النفس، وهو المعنى نفسه الذي أكده رئيس وزراء إسرائيل في بيانه أمام الكنيست يوم 17 جويلية 2006 مضيفا أساسا جديدا لاستخدام القوة العسكرية ضد لبنان، مفاده أن إسرائيل أصبحت وكيلا عن المجتمع الدولي في القضاء على حزب الله باعتباره منظمة إرهابية، كما أكدت أنها تعد وكيلا للمجتمع الدولي أيضا في تنفيذ قرار مجلس الأمن رقم 1559 وخاصة الجزء المتعلق منه بنزع سلاح حزب الله وتأكيد سلطة الحكومة اللبنانية على الجنوب اللبناني، وإزالة مواقع حزب الله من هذه المنطقة حتى لا يستمر في عدوانه على إسرائيل.

زيادة على ذلك، فقد أكد بيان قمة الدول الثماني الصناعية الكبرى في روسيا يوم 16 جويلية 2006 الموقف نفسه مؤكدا حق إسرائيل في الدفاع عن نفسها، وهو الموقف ذاته الذي أكدته الأمم المتحدة والولايات المتحدة والاتحاد الأوربي [29].

بناء على هذه الأسانيد شنت إسرائيل هجوما عسكريا على لبنان بتاريخ 13 أوت 2006، حيث أدى هذا العدوان الذي استمر حوالي 34 يوما إلى مقتل حوالي 2000 مدنيا من بينهم 40 بالمائة من الأطفال، وتسبب في تهجير ما يقارب المليون لبنانيا، وقد ادعت إسرائيل أن ذلك الهجوم يعد دفاعا شرعيا عن النفس، وذلك استنادا إلى أن حزب الله قد قام في 12 أوت 2006 بعملية توغل داخل الأراضي الإسرائيلية مجتازا الخط الأزرق وتم اختطاف

جنديين إسرائيليين، وبذلك فان اختراق الخط الحدودي من طرف حزب الله يعتبر عدوانا يخول لإسرائيل حق الدفاع الشرعي لقمعه [33].

حري بالذكر أن الحرب بين إسرائيل وحزب الله اللبناني بدأت في 12 جويلية 2006 إلا أن مجلس الأمن لم يتخذ أي قرار حتى تاريخ 12 أوت 2006 أي بعد شهر كامل من استمرار الهجوم العسكري الإسرائيلي على لبنان، وقد أصدر المجلس القرار 1701 بعد محادثات طويلة وشاقة بين أعضائه الدائمين، ليقرر أن الحالة في لبنان تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين دون أن يتضمن أي إشارة إلى الفصل السابع من الميثاق ودون أي إدانة واضحة لإسرائيل، وقد وصف القرار 1701 من طرف الفقه الدولي بالقرار المتأخر جدا وغير الكافي لإعادة السلم والأمن الدوليين إلى لبنان ووقف العدوان الإسرائيلي [34].

كما قامت إسرائيل تحت مبرر الدفاع الشرعي أيضا بالعدوان على غزة بتاريخ 27 ديسمبر 2008 متذرعة أن هذا العدوان يعد ردا على الهجمات التي قامت بارتكابها حركة حماس، وقد استهدفت كل المؤسسات المدنية الموجودة بإقليم غزة مخالفة بذلك مجمل قواعد القانون الدولي العرفية والاتفاقية دون أن يتحرك المجتمع الدولي لمواجهتها.

إضافة إلى ذلك، فقد برَّرت الدول الأعضاء في حلف الناتو تدخلها العسكري في ليبيا في مارس 2011، بأنه تدخل يستند إلى التفويض الضمني الممنوح لها من طرف مجلس الأمن بموجب القرار 1973 (2011) بالرغم من أن هذا القرار لم يتضمن أي إشارة صريحة تُفوِّض حلف الناتو التدخل العسكري في ليبيا، باستثناء نصه على إنشاء منطقة حظر جوي، واتخاذ التدابير اللازمة لحماية المدنيين الليبيين، إلا أن الدول الأعضاء في الحلف عملت على إسقاط نظام معمر القذافي من خلال تنفيذ الحظر الجوي على ليبيا بهدف حماية المدنيين [35].

خاتمة

إن مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية أخذ مفهوما غير الذي وضعه ميثاق الأمم المتحدة، والذي يستوجب على أي عمل قسري عسكري أن يكون بناء على تفويض صريح من مجلس الأمن وتحت إدارته وإشرافه بغية التطبيق السليم لنظام الأمن الجماعي المحدد في الفصل السابع من الميثاق، فقد لجأ المجلس إلى هذا المفهوم المخالف للميثاق في حرب الخليج الثانية دون احترام القواعد الواردة في الفصل السابع من الميثاق، كما لم يمارس أي دور رقابي على العمليات العسكرية التي قامت بها دول التحالف تحت قيادة الولايات المتحدة الأمريكية.

لقد ظهرت ممارسة دولية جديدة تتعلق باستخدام القوة استنادا إلى تفويض ضمني من طرف مجلس الأمن مثلما حدث بالنسبة للغزو الأمريكي للعراق في مارس 2003، أو عدم

إدانة مجلس الأمن لاستخدام القوة العسكرية من طرف الدول دون تفويض منه، وتحت غطاء الدفاع الشرعي لمحاربة الإرهاب الدولي كالعدوان الإسرائيلي على كل من لبنان وغزة، وهذه الحالات في مجملها مخالفة لميثاق الأمم المتحدة وتعد تهميشا كليا لدور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين.

الهوامش:

(1) Nathalie Thomé, Les pouvoirs du Conseil de sécurité au regard de la pratique récente du Chapitre VII de la charte des Nations Unies, presse universitaires d'Aix-Marsseille-PUM , France, 2005, p 147.

(2) مصطفى عبد العزيز سالم أبو ربيع، استخدام القوة بتفويض من مجلس الأمن، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2007، ص 2.

(3) محمد بوسلطان، حماية الأمن والسلم من خلال نظام الأمم المتحدة: التطورات الحديثة"، عشرية من العلاقات الدولية (1990- 2000)، منشورات مركز التوثيق والبحوث الإدارية، الجزائر، 2001، ص 37.

(4) تنص المادة 39 من الميثاق على أنه " يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملا من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقا للمادتين 41 و 42 لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه ".

(5) أشرف محمد لاشين، تعريف جريمة العدوان ومدى المسؤولية عنها، مجلة مركز بحوث الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، العدد 28، يوليو 2005، ص 475.

(6) محمد خليل الموسى، استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2004، ص 190.

(7) علي يوسف النامي، التدخل العسكري في أفغانستان وحق الدفاع الشرعي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2001، ص 23.

(8) المرجع نفسه، ص 24.

(9) محمد وليد إسكاف، حق استخدام القوة ودوره في العلاقات الدولية، مركز دمشق للدراسات النظرية والحقوق المدنية، 2009، ص 20.

(10) توجد حالة أخرى يكون استخدام القوة فيها مشروعا ومباحا وهي حروب التحرير التي تخوضها الشعوب في إطار الحق في تقرير المصير، وهو حق تضمنته المادة 1/ 2 من ميثاق الأمم المتحدة، وأيده إعلان الجمعية العامة رقم 1514 الصادر في 14 ديسمبر 1960 حول منح الاستقلال للشعوب المستعمرة، وكذلك القرار 2625 الصادر في 24 أكتوبر 1970 الخاص بمبادئ القانون الدولي المتصلة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة، والذي أكد على حق الشعوب في الحصول على الدعم من أجل نيل استقلالها بما يتفق ومبادئ القانون الدولي، أنظر:

- عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان واللجنة الدولية للصليب الأحمر، تونس، 1997، ص 13.

(11) علي يوسف النامي، مرجع سابق، ص 26.

(12) Linos-Alexandre Sicilianos, L'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir a la force : une tentative d'évaluation, R.G.D.I.P, 2002- 1, p 06.

(13) محمد خليل الموسى، مرجع سابق، ص 237.

(14) صلاح الدين عامر، القانون الدولي في عالم مضطرب، مجلة السياسة الدولية، العدد 153، 2003، ص 87.

(15) حساني خالد، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات الاثنية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة بجاية، العدد الثاني، 2010، ص 75- 76.

(16) شاهين علي الشاهين، التدخل الدولي من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2004، ص 261.

(17) عبد الكريم علوان، التدخل لاعتبارات إنسانية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، يوليو 2004، ص 237.

(18) Philippe Lagrange, « Sécurité collective et exercice par le Conseil de sécurité du systèmed'autorisation de la coercition », in « Les métamorphoses de la sécurité collective », Journée FRANCO-TUNISIENNE, S.F.D.I, Pédone, Paris, France, 2005, p 58.

(19) محمد خليل الموسى، مرجع سابق، ص 232.

(20) Philippe Lagrange, op. cit, p 68.

(21) أنظر المادة 46 من الميثاق.

(22) أنظر المادة 1/47 من الميثاق.

(23) أنظر المادة 3/47 من الميثاق.

(24) أنظر المادة 53 من الميثاق.

(25) محمد خليل الموسى، مرجع سابق، ص 293.

(26) المرجع نفسه، ص 242.

(27) أنظر نص المادة 54 من ميثاق الأمم المتحدة.

(28) عبد الكريم علوان، مرجع سابق، ص 322.

(29) محمد صافي يونس، مدى مشروعية لجوء الدول إلى التدابير العسكرية لمكافحة الإرهاب الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 108.

(30) محمد صافي يونس، مرجع سابق، ص 108.

(31) عثمان عبد الرحمن عبد اللطيف محمد، التدخل الدولي لمصلحة الشعوب بين القانون الدولي الإنساني ومنطق القوة –دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية-، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 63، 2007، ص 69.

(32) عبد الله الأشعل، المنظور الإسرائيلي لحق الدفاع الشرعي، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، 2008، ص 5.

(33) ماري غنطوس، الطبيعة القانونية للعمليات العسكرية الإسرائيلية في لبنان في تموز 2006، مجلة نقابة المحامين في طرابلس، طرابلس، لبنان، العدد الأول، 2008، ص 76- 77.

(34) Rafàa Ben Achour, « La Résolution 1701 (2006) du Conseil de sécurité: Trop Tard et Trop Peu ! », Actualité et Droit International, Novembre 2006, p 1, (http :www.ridi.org/adi).

(35) أنظر الفقرة السادسة من القرار 1973 الصادر بتاريخ 17 مارس 2011.

المركز القانوني للوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة*

د. تواتي نصيرة،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. TOUATI Nassera,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص :

يتمتع الوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة بمركز هام وخاص في نفس الوقت، حيث لا يمكن إجراء معاملات على هذه القيم ضمن بورصة القيم المنقولة دون الإستعانة بالشخص الوسيط، وإلا أعتبرت المعاملات باطلة .

يختلف الوسيط المالي عن بعض الفئات المشابهة له من عدة جوانب، ووضعت النصوص القانونية جملة من الشروط للإلتحاق بمهنة الوساطة المالية، أهمها إقتصار الوساطة المالية على الشخص المعنوي دون الطبيعي وضرورة الحصول على قرار الإعتماد من طرف لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة. كما وسّعت النصوص القانونية من دائرة نشاطات الوسيط بمقتضى النظام رقم 15-01، لتضيف نشاطات أخرى مثل نشاط الإرشاد.

الكلمات المفتاحية:

الوسيط، الأوراق المالية، البورصة، التوظيف، التفاوض، الإرشاد

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/07 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/01/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Legal Status of the Financial Broker in the Stock Exchange

Abstract:

The financial intermediary in the exchange of movable values has an important and special status at the same time. Because of the Transactions on these values cannot be carried out within the stock exchange without the intermediary, otherwise the transactions are considered invalid.

The financial intermediary differs from some similar groups in many aspects. The legal texts set out a number of conditions for joining the profession of financial intermediation, the most important of which is to restrict the financial intermediary to the legal person without the natural and the necessity of obtaining the approval decision by the committee of regulation and control of the stock exchange operations. The legal texts have also expanded the activities of the mediator under Law No. 15-01 to add other activities such as extension activities.

Keywords:

Broker, securities, stock exchange, employment, negotiation, guidance

Le statut juridique de l’intermédiaire financier en bourse des valeurs mobilières

Résumé :

L’intermédiaire financier en bourse des valeurs mobilières joue un rôle important dans l’exécution des opérations de bourse, car toute transaction faite en bourse est considérée comme nulle sans son intervention.

L’intermédiaire financier se distingue d’autres intervenants en bourse. Le législateur a conditionné l’accès à la profession de médiation financière en ce sens qu’il limite l’accès à la personne morale avec l’obligation d’avoir l’agrément de la COSOB. A travers le règlement n° 15-01 de la COSOB, on constate l’élargissement du domaine d’activité de l’intermédiaire financier ; la compétence consultative et conseil lui est ajoutée.

Mots clés :

Intermédiaire, valeurs mobilières, bourse, placement, négociation, conseil.

مقدمة

لقد عرفت الوساطة المالية في بورصة الأوراق المالية تكريسا صريحا وذلك عبر أغلب تشريعات العالم ومن بينها التشريع الجزائري.

تتم الوساطة المالية في إطار هذا المجال عن طريق ضرورة تدخل شخص ثالث يدعى الوسيط المالي بين شخصين هما مصدر الأوراق المالية من جهة، والشخص المستثمر في مجال الأوراق المالية من جهة أخرى، حيث يتولى الوسيط التقريب والتوسط بين الشخصين، أكثر من ذلك فقد جعلت التشريعات مصير إجراء كل عملية تداول للقيم المنقولة على مستوى بورصة الأوراق المالية دون الإستعانة بالوسيط هو البطلان، وعليه تبرز لنا الأهمية البالغة التي يتمتع بها الوسيط المالي في عمليات البورصة، حيث لا يمكن الإستغناء عن الدور الذي يؤديه.

ترجع أهمية اللجوء إلى الشخص الوسيط في مثل هذا المجال الحساس والمعقّد من جهة إلى تفادي واستبعاد كل أشكال الإستغلال والغش والتحايل وكذا تقليص أوجه المضاربة غير المشروعة، حيث كثيرا هي الأشخاص الذين لا تتوفر لديهم دراية وكفاءة والمهارة اللازمة للتعامل بالأوراق المالية، خلافا للوسيط المالي الذي يتوفر على مثل هذه المعطيات.

على هذا الأساس، نتساءل عن مدى مساهمة الوسيط المالي في تنشيط وديناميكية عمليات البورصة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية رأينا أنه من الضروري التعرف أولا إلى مفهوم الوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة(مبحث أول)، ثم التوقف عند أهم النشاطات المخوّل له قانونا (مبحث ثاني).

المبحث الأول : مفهوم الوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة

لا يمكن لنا التعرض إلى مفهوم الوسيط المالي في عمليات بورصة القيم المنقولة إلا بعد الإشارة إلى تقديم تعريف لهذا الشخص (مطلب أول)، وإبراز أهم ما يميزه عن الفئات المشابهة له (مطلب ثاني)، ثم تبيان الشروط أو الضوابط القانونية الواجب توفرها للإلتحاق بمهنة الوساطة المالية في بورصة القيم المنقولة (مطلب ثالث).

المطلب الأول : تعريف الوسيط المالي

أمام ظهور وتكريس مختلف التشريعات لمصطلح الوسيط المالي، ظهرت عدة تعاريف له سواء من جانب الفقه أو من جانب النصوص القانونية.

الفرع الأول : التعريف الفقهي للوسيط المالي

يعتبر الوسيط أو السمسار " كل شخص ذو دراية وعلم وكفاءة في شؤون الأوراق المالية ويقوم بعقد عمليات بيع وشراء الأوراق المالية من خلال بورصة الأوراق المالية، وفي المواعيد الرسمية المحددة لها لحساب العملاء، مقابل عمولة محدّدة من كل من البائع والمشتري، ويعتبر السمسار ضامنا لصحة كل عملية تم تنفيذها بيعا وشراءا"[1].

كما يعتبر الوسيط بمثابة "شخص يتوسط في بيع وشراء الأوراق المالية لحساب الغير"[2].

الفرع الثاني: التعريف القانوني

على المستوى التشريعي، عدة تشريعات لم ترد تعريف للشخص الوسيط، نذكر على سبيل المثال، التشريع المصري حيث لم يضع قانون سوق رأس المال رقم 95-1995 ولا لائحته التنفيذية أي تعريف للوسيط، نفس الوضع يذكر على مستوى التشريع الجزائري، حيث لم ينص المشرع الجزائري ،لا ضمن أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-10[3]، ولا ضمن القانون رقم 03-04[4] على أي تعريف للوسيط، وإنّما اكتفت هذه التشريعات بالإشارة إلى جملة الالتزامات المفروضة على الوسيط وإجراءات التأسيس والترخيص وغيرها من الأمور التنظيمية.

على عكس الكونجرس الأمريكي الذي عرّف السماسرة في قانون بورصة الأوراق المالية لسنة 1934 في إحدى مواده، على أنّه "أي شخص يشارك في عمل إتمام الصفقات على الأوراق المالية لحساب الغير، ولكن لا يشمل ذلك البنك"[5].

من خلال التعاريف المذكورة، سواء الفقهية أو القانونية نجد أنها تتفق في ضرورة توفر بعض العناصر منها: الوساطة بين شخصين، التعامل في الأوراق المالية، وكذا أن يكون هذا التعامل لحساب الغير.

المطلب الثاني :تمييز الوسيط المالي عن بعض المصطلحات المشابهة له

قد تبدو لنا للوهلة الأولى أن مصطلح الوسيط المالي يتشابه مع مصطلحات أخرى مثل الوكيل بالعمولة، السمسار العادي والوكيل العادي . إلا أنه عدة أحكام قانونية تبين وتترجم وجود عدة فوارق أو إختلافات والتي سنحاول توضيحها .

الفرع الأول : تمييز الوسيط في الأوراق المالية عن الوكيل بالعمولة

يشترك عقد الوساطة في الأوراق المالية مع عقد الوكالة بالعمولة في بعض الأحكام العامة باعتبارها من العقود التجارية الرضائية المسماة والملزمة للجانبين والقائمة على الإعتبار الشخصي، ومن عقود المعاوضة، إلاّ أنّ ذلك لا يمنع من وجود إختلاف في بعض الأحكام بينها، نذكر منها ما يلي:

أولا: يتعاقد الوسيط في الأوراق المالية مع الغير باسم ولحساب العميل، خلافا للوكيل بالعمولة الذي يتعاقد باسمه الشخصي لحساب العميل، ويترتب على هذا الاختلاف آثار، منها إعتبار الوكيل بالعمولة أصيلا في مواجهة الغير وبالتالي تنشأ هناك علاقة مباشرة بين الوكيل والغير مصدرها عقد الوكالة بالعمولة.

أمّا الوسيط في الأوراق المالية، فرغم إنشاء علاقة مباشرة بينه وبين الغير ولكن يبقى مصدر هذه العلاقة القانون، و إن وقع الوسيط على العقد باسمه الشخصي فلا يقلب هذا التوقيع الوسيط إلى وكيل بالعمولة، ذلك أنّ إدراج اسمه في العقد ليس إلاّ تأكيدا على الصفقة أبرمت بواسطته حتى لا يتم إبطالها أو لإثبات العقد أو لتأكيد حقه في العمولة [6].

ثانيا: طبيعة الالتزام المفروض على الوسيط في الأوراق المالية هو التزام ببذل عناية الرجل المهني الحريص، وهي درجة أشدّ من درجة العناية المطلوبة بالنسبة للسمسار العادي – ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك – ويخضع تقدير التزام الوسيط ببذل هذه العناية من عدمها لقاضي الموضوع[7]، وهذه العناية مطلوبة في كل ما يتعلق بعقد الوساطة ولا ينحصر تطبيقها فقط على عملية البيع والشراء.

هذا على عكس الوكيل بالعمولة الضامن، فقد استقرّ الفقه، خاصة الفقه المصري على أنّ إلتزامه هو إلتزام بتحقيق نتيجة وبالتالي يعتبر الوكيل بالعمولة ضمانا لصحة

العملية وسلامتها، بالإضافة لتنفيذ الصفقة على خلاف الوسيط في الأوراق المالية الذي يعدّ ضمانا فقط لسلامة العملية[8].

ثالثا : لا يلتزم الوكيل بالعمولة، أو الوكيل العادي بصفة عامة بالتأمين على الأشياء التي يحوزها لحساب الموكل إلاّ بناء على اتفاق مبرم بين الطرفين أو كان إجراء التأمين يقضي به العرف أو تستلزمه طبيعة الشيئ، وذلك على خلاف الوسيط في الأوراق المالية الذي ألزمته مختلف التشريعات بالتأمين ضدّ المسؤولية عن الخسائر أو الأضرار التي تصيب عملاءها بسبب خطأ الوسيط أو مديره أو العاملين به، أو نتيجة لتلف أو لسرقة وثائق العملاء وأموالهم [9].

الفرع الثاني : تمييز الوسيط في الأوراق المالية عن الوكيل العادي

يشترك عمل الوسيط في الأوراق المالية مع عمل الوكيل العادي في كثير من الأحكام وفي نفس الوقت يختلف عنه في جوانب أخرى نذكر منها:

أولا: يجوز للوكيل العادي مباشرة أي نشاط قانوني أو تجاري سواء كان نشاطا واحدا أم عدة أنشطة مختلفة طالما كانت في حدود النظام العام والآداب العامة.

أما الوسيط في الأوراق المالية، فلا يكون له ذلك، إذ يعتبر نشاطه محصورا بأعمال الوساطة في الأوراق المالية، وإن كان من الجائز إضافة أنشطة أخرى، فإنّها أنشطة محصورة مع اشتراط الحصول على موافقة من السلطات المختصة.

ثانيا: الوكالة العادية – كقاعدة – من قبيل عقود التبرّع، أمّا عقد السمسرة في الأوراق المالية فهو من عقود المعاوضة كما أشرنا سالفا.

ثالثا: إلتزام الوكيل العادي هو إلتزام ببذل عناية الرجل العادي، أمّا الوسيط في الأوراق المالية، فصحيح أنّ إلتزامه يبدي عناية ولكنّها تكون أقصى درجات العناية، وهي تكون في مركز وسط بين الإلتزام ببذل عناية الرجل العادي والإلتزام بتحقيق نتيجة، وعليه، فالتزام الوسيط في الأوراق المالية هو أشد من إلتزام الوكيل العادي، ويخضع تقدير بذل العناية المطلوب من عدمه إلى قاضي الموضوع.

رابعا: نطاق عمل الوكيل العادي يشمل الأسواق التجارية المختلفة، ولكن نطاق عمل الوسيط في الأوراق المالية هي أسواق الأوراق المالية.

على ضوء هذه الإختلافات، فلا يمكن اعتبار الوسيط في الأوراق المالية وكيلا عاديا.

الفرع الثالث : تمييز الوسيط في الأوراق المالية عن السمسار العادي

يمكن اعتبار الوسيط في الأوراق المالية نوع من السمسرة، ربّما يعدّ من أهم أنواعها، لكن هذا لا ينفي وجود بعض الأحكام الخاصة بالوسيط في الأوراق المالية التي ينفرد بها والتي تميّزه عن السمسار العادي قد يغفل البعض عنها، من أهمّها:

أولا: إنّ مجال ممارسة السمسرة العادية أوسع من مجال ممارسة الوساطة في إطار الأوراق المالية، حيث يمتد نطاق الأول ليشمل الأشخاص الطبيعية و المعنوية.

أمّا الوساطة في مجال الأوراق المالية، فمجالها جدّ محصور ومحدّد في معظم التشريعات، حيث أصبح يشمل الأشخاص المعنوية فقط واستبعاد الأشخاص الطبيعية، مع ضرورة اشتراط شكل معيّن في الأشخاص المعنوية[10].

ويترتب على اختلاف طبيعة الوسيط عن السمسار العادي اختلاف في إجراءات التأسيس أو الترخيص، رأس المال، الضمانات، طرق اتخاذ القرارات وانعقاد المسؤولية وانقضاء السمسار.

ثانيا: يلتزم السمسار العادي بصفته مهنيا أن يمارس نشاطه ببذل عناية الرجل المهني المحترف إذا ما قيس بالرجل العادي، وهي عناية المهني المتبصّر من طائفة السماسرة في مجال التعاقد المطلوب، أمّا الوسيط في الأوراق المالية، فصحيح أنّ إلتزامه هو إلتزام ببذل عناية لكن العناية المطلوبة هي أقصى درجات العناية باعتباره متخصصا في مجال الأوراق المالية فقط وذلك عند تنفيذ أوامر العملاء.

ثالثا: السمسار العادي - كقاعدة - هو سمسار غير ضامن ما لم يوجد اتفاق أو نص أو عرف يقضي بخلاف ذلك، وبالتالي فهو ملزم بتنفيذ الصفقة أو حتى تقديم النصح والإرشاد، وعليه فلا يسأل عن حسن تنفيذ العقد أو ضماناته، حيث يتوقف دوره عند تلاقي الإيجاب والقبول.

على عكس الوسيط في البورصة، فهو ضامن بنص القانون، وبالتالي فهو ملزم بحسن تنفيذ الصفقة التي توسط فيها، ويجب عليه التأكد من سلامة الورقة المالية التي لم يتم تداولها مثلا وكذلك التأكد من العميل نفسه من حيث ملكيّته للورقة المالية ومدى أهليته للتصرّف فيها وغير ذلك، وبصفة عامة فهو ضامن لسلامة العملية [11].

رابعا: السمسرة في العقود المختلفة هي سمسرة اختيارية، وبالتالي فاللجوء إلى السماسرة من قبل الأطراف هو حق لهم لا إلزام عليهم، ولكن على مستوى سوق الأوراق المالية، فالأشخاص – سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية خاصة أم عامة – المتعاملين على الأوراق المالية المقيدة في البورصة عليهم التعامل من خلال فئة الوسطاء، وبالتالي تعاقد الأطراف مباشرة من دون وساطة يجعل العقد باطلا وهو بطلانا مطلقا.

خامسا: مهنة السمسرة مهنة مشروعة، وبالتالي يجوز للسمسار العادي مزاولة كافة أنواع السمسرة (عقارات، ذهب، سيارات...الخ)، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وعليه، فالسمسرة العادية يجوز فيها تعدّد الأنشطة على خلاف الوسيط في الأوراق المالية الذي يباشر فقط نشاط الوساطة في الأوراق المالية دون غيره، ما لم يحصل الوسيط على

ترخيص من الهيئة المختصة، وإن حصل الوسيط على ترخيص، يلزم بمزاولة أنشطة محصورة دون غيرها[12].

سادسا: يجوز للعميل أن يصدر أمرا بتنفيذ صفقة معينة لأكثر من سمسار وبموجب عقد واحد، وإذا كان كذلك، فهم في الأصل مسؤولون بالتضامن عن العمل المكلفين به إلاّ إذا وجد اتفاق يرخص لهم العمل منفردين.

أمّا الوساطة في الأوراق المالية، فلا يجوز للعميل أن يصدر أمرا بتنفيذ صفقة معينة بالنوع والذات لأكثر من سمسار، فهو إلتزام تفرضه القواعد العامة التي تقضي باستقرار التعامل[13].

سابعا: يخضع السمسار العادي في الجرائم التي يرتكبها للقواعد العامة في قانون العقوبات أو أي قانون آخر، أمّا الوسيط في الأوراق المالية، فقد استحدثت معظم التشريعات نصوصا خاصة ببعض الجرائم والعقوبات الخاصة بهذا النوع ولا شك أنّ سبب ذلك هو كثرة التحايل والمخالفات والتجاوزات التي يتعرض لها التعامل في مجال الأوراق المالية، وبالتالي وجدت هذه العقوبات للتقليل منها وإنّ كان من الصعب القضاء عليها.

بعد التعرض أهم الفوارق والإختلافات الموجودة بين الوسيط المالي وبعض الفئات المشابه له، نتساءل عن كيفية الإلتحاق بمهنة الوساطة المالية في مجال بورصة القيم المنقولة، بتعبير آخر هل يمكن لأي شخص كان طبيعي أو معنوي أن يمارس الوساطة المالية، أم يجب أن تتوفر فيه شروط قانونية معينة ؟

المطلب الثالث : الضوابط القانونية لاكتساب صفة الوسيط في الأوراق المالية

لا يمكن للشخص الإلتحاق بمهنة الوساطة المالية إلا بعد توفر مجموعة من الضوابط أو الشروط القانونية والتي نص عليها المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة وكذا النصوص التنظيمية الصادرة في هذا المجال .

الفرع الأول : ضرورة إقتصار الوسيط في الأوراق المالية على الشخص المعنوي دون الطبيعي

لقد إستبعدت أغلب التشريعات الشخص الطبيعي من ممارسة الوساطة في الأوراق المالية، وذلك لعدة إعتبارات، و المشرع الجزائري في هذه المسألة سلك نفس المسلك، ويبرز ذلك من خلال التطرق إلى مرحلتين أساسيتين:

المرحلة الأولى: تمتد هذه المرحلة ابتداءا من صدور القانون المؤسس لبورصة الجزائر والمتمثل في المرسوم التشريعي رقم 93-10، إلى غاية صدور القانون رقم 03-04 المعدّل والمتمّم للمرسوم التشريعي رقم 93-10.

عرفت هذه الحقبة الزمنية اتساع مجال أو نطاق ممارسة مهنة الوساطة، حيث سمح المشرع الجزائري لكل من الشخص الطبيعي والمعنوي من ممارسة مهنة الوساطة[14] ،ووضع شروط فيما يتعلق بالشخص المعنوي حيث ألزم أن يتخذ شكل شركة المساهمة، إلاّ أنّه سرعان ما تمّ تضييق دائرة الوسطاء وذلك بصدور القانون رقم 03-04.

المرحلة الثانية: تتميز هذه المرحلة بتحديد وانحصار مهنة الوسطاء في الشخص المعنوي فقط دون الطبيعي، وذلك بعد إلغاء واستبعاد هذا الأخير من مزاولة مهنة الوساطة في الأوراق المالية[15].

فبعدما كان المشرع الجزائري في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-10 يسمح للبنوك والمؤسسات المالية من مزاولة مهنة الوساطة بصفة انتقالية أصبح بإمكان هذه الأخيرة مزاولة مهنة الوسطاء بصفة مستمرة وذلك بصدور القانون رقم 03- 04[16] .

برجوعنا إلى المرسوم التشريعي رقم 93-10، نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري حدّد شكل الشركة في شركة المساهمة فقط، لكن حسب أحكام القانون رقم 03-04 المعدّل والمتمّم للمرسوم التشريعي رقم 93-10 فنلاحظ أنّ المشرع إكتفى بعبارة " الشركات التجارية التي تنشأ خصيصا لهذا الغرض"، الأمر الذي يفتح المجال لشركات الأشخاص والأموال لمزاولة مهنة الوساطة وعليه فلم يحدّد شكل الشركات التجارية، نفس الوضع نجده ضمن نظام لجنة البورصة رقم 15-01، حيث إكتفى بذكر عبارة " الشركات التجارية" دون الإشارة إلى شركات أموال أو أشخاص[17] خلافا للأحكام التي تضمنها المرسوم التشريعي رقم 93-10، وكذا نظام اللجنة رقم 96-03 التي تشترط شكل شركة أسهم[18].

نظرا لأهمية الوسيط المالي والدور الفعال الذي يقوم به، فلم تتوقف التشريعات عند شرط كون الوسيط شخصا معنويا، إنما لابد من الحصول على قرار الإعتماد تمنحه لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة حسب القانون الجزائري.

الفرع الثاني : ضرورة الحصول على الإعتماد

يعتبر قرار الإعتماد شرطا ثانيا، لا يمكن الإستغناء عنه لممارسة الوساطة في بورصة الأوراق المالية وهذا القرار تتولى منحه لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، ويعتبر قرار الإعتماد وجه من أوجه ممارسة الرقابة من طرف سلطات ضبط أسواق الأوراق المالية[19].

أولا : الإطار الإجرائي لقرار منح الإعتماد

بالرجوع إلى نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 15-01، المتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، نجد أحكاما قانونية تميز في مسألة منح قرار الإعتماد بحسب طبيعة الشخص طالب قرار الإعتماد.

فإذا كان طالب الإعتماد عبارة عن بنك أو شركة تجارية وفي حالة ما إذا كان رد اللجنة إيجابيا، يرسل للملتمس قرار إعتماد مؤقت[20].

أما إذا خص طلب الإعتماد شركة تجارية أنشئت أساسا لهذا النشاط، تقدم لها اللجنة رخصة إنشاء مدتها 12 شهرا.

على الملتمس تقديم في هذه الحالة الوثائق المذكورة في إحدى تعليمات لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها للشهادة على سمعة المسيرين.

عند تأسيس الشركة، يعيد الملتمس تقديم طلب الإعتماد للجنة بتتميم الملف بإضافة المعلومات والوثائق المطلوبة. في حالة موافقة اللجنة على طلب الإعتماد، تبلغ للمعني بالأمر قرار إعتماد مؤقت[21].

ولا يصبح الإعتماد فعليا إلا بعد إكتتاب الوسيط في عمليات البورصة في رأسمال شركة تسيير بورصة القيم المنقولة حسب الشروط المحددة من طرف اللجنة.

وتجدر بنا الإشارة في هذا الموضوع إلى وجود قواعد قانونية مستحدثة في سنة 2015 وغير موجودة من قبل وهي تلك المتعلقة بتعديل الإعتماد، حيث يؤدي كل مشروع تمديد أو تقييد للنشاطات موضوع الإعتماد إلى طلب تعديل خاص بالإعتماد يقدمه الوسيط في عمليات البورصة للجنة، ويتم التحقيق الخاص بطلب تعديل الإعتماد وما يليه في نفس الظروف التي تم فيها الإعتماد الأول[22].

إضافة إلى ذلك، على ملتمس الإعتماد الإستجابة لبعض الشروط المطلوبة قانونا[23].

نشير في هذه المسألة إلى أن النصوص القانونية في ظل النظام رقم 15-01 لم تشر إلى المدة القانونية اللازمة للرد على طلب الإعتماد من طرف لجنة البورصة، خلافا لما كان عليه الوضع في النظام رقم 96-03 الملغى، ومثل هذه الأحكام لا تخدم لا مصلحة طالب الإعتماد ولا مصلحة السوق، حيث غياب أحكام تقيد اللجنة في منح هذا الإعتماد من شأنها تحقيق تماطل وتأخير على مستوى البورصة، الأمر الذي لا يتماشى مع عالم المال و الأعمال.

ثانيا : سحب الإعتماد وحصره وإيقافه

أجاز القانون للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة القيام بالسحب النهائي للإعتماد أو حصره لبعض النشاطات أو إيقافه في حالة ما إذا لم يعد الوسيط في عمليات البورصة يفي بشروط الإعتماد المحددة في أنظمة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، أو في حالة ما إذا كانت تصرفات الوسيط في عمليات البورصة تضر بصالح الزبائن أو بسلامة السوق[24]. بمعنى جعل المشرع الجزائري كل من تقييد الإعتماد لممارسة بعض النشاطات فقط بمثابة عقوبة تأديبية مثلها مثل السحب النهائي للإعتماد، بعدما كانت في السابق

تتمتع بسلطة تقديرية في منح إعتماد كلي أو جزئي أي يفتقر قرار الإعتماد الجزئي في السابق إلى الطابع العقابي[25].

المبحث الثاني : نشاطات الوسيط المالي في بورصة الأوراق المالية

لقد خوّلت النصوص القانونية للوسيط المالي إمكانية ممارسة عدة نشاطات، والتي يختلف مجالها ونطاقها وقد ذكرت في متن الباب الثاني من النظام رقم 15-01، والمتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، وذلك تحت عنوان نشاطات الوسطاء في عمليات البورصة و من بين هذه النشاطات نذكر: مفاوضة القيم المنقولة في السوق لحساب الزبائن، تسيير حافظات القيم المنقولة لحساب الغير بموجب توكيل، نشاط المفاوضة للحساب الخاص، نشاط الإرشاد في مجال توظيف القيم المنقولة، نشاط توظيف الأموال، نشاط إرشاد المؤسسات في مجال هيكلة الرأسمال وإدماج وإعادة شراء المؤسسات.

المطلب الأول : مفاوضة القيم المنقولة في السوق

ينقسم هذا النشاط إلى قسمين هما : مفاوضة القيم المنقولة في السوق لحساب الزبائن من جهة ونشاط المفاوضة للحساب الخاص من جهة أخرى .

الفرع الأول : مفاوضة القيم المنقولة في السوق لحساب الزبائن

خوّلت الأحكام القانونية للوسطاء في عمليات البورصة الذين يمثلون شركة تجارية وبغض النظر عن البنوك، حفظ الأموال التي إستلموها من الزبائن في إطار توظيف وتداول الأسهم في البورصة في حساب مخصص لهذا الغرض على مستوى البنك.

أولا: إمضاء إتفاقية فتح الحساب

في حالة ما إذا كان الوسطاء في عمليات البورصة لهم صفة ماسكي الحسابات-حافظي السندات، عليهم تأمين في حساباتهم الفصل بين أموالهم الخاصة، السندات منها والنقدية، وبين أموال زبائنهم . تتم هذه العملية بموجب فتح حساب السندات عن طريق الإمضاء على إتفاقية فتح حساب بين الوسيط وزبونه، تحدد هذه الإتفاقية شروط إستعمال الحساب وكذا حقوق وواجبات كل طرف.

أما في حالة ما إذا لم يكن الوسيط في عمليات البورصة مخوّلا له ممارسة مسك حسابات-حفظ السندات، عليه بإمضاء إتفاقية مع ماسك حسابات-حافظ سندات معتمد من طرف اللجنة للتكفل بزبائنه ويمكن لهؤلاء تعيين ماسك حسابات-حافظ سندات باختيارهم[26].

ثانيا: آثار إمضاء إتفاقية فتح الحساب

- بعد إنشاء علاقة تعاقدية بين الوسيط في عمليات البورصة وزبونه، سواء كان شخص طبيعيا أو معنويا، عليه أن يتحقق من هوية الشخص وتوفر القدرات المطلوبة فيه.

- يلتزم الشخص الطبيعي تجاه الوسيط بتقديم وثيقة تخول له صفة ممثل الشركة، كما يتعيّن عليه معرفة أهداف توظيف زبائنه ومستوى درايتهم للبورصة والمنتجات المالية والخطر المتعلق بكل منتوج، وكذا مستوى الخطر الذي يسمح به كل زبون.

- يترتب كذلك عن العلاقة التعاقدية التي تجمع كل من الوسيط في عمليات البورصة والزبون إمكانية منح أوامر البورصة بكل الوسائل، لكن مع ضرورة ترك اثر كتابي على وسائل الإعلام الإلكترونية أو تسجيل هاتفي، وفقا للإتفاقية الموقع عليها مع الزبون.

- على الوسطاء في عمليات البورصة كذلك التحقق قبل تقديم تنفيذ أوامر الزبائن الخاصة بالشراء أو البيع وطيلة فترة صلاحية الأوامر قيد التنفيذ، من وجود مقابل في حساباتهم النقدية أو المالية[27].

الفرع الثاني : نشاط المفاوضة للحساب الخاص

بإمكان الوسطاء في عمليات البورصة المعتمدين لممارسة التداول لحسابهم الخاص أن يعملوا:

- في إطار تنشيط سوق القيم المسعرة ولضمان سيولتها وانتظامها وفقا لعقد موقع عليه من طرف مصدر أو من طرف شركة تسيير القيم المنقولة .

- في إطار الطرف المقابل بشراء أو بيع قيم منقولة أو منتجات مالية طوعا للحساب الخاص.

يجب على الوسيط في عمليات البورصة أن يعرف علنا شروط تدخله على كل قيمة يكون فيها ماسك للسوق وذلك من خلال بيان ينشر في النشرة الرسمية للبورصة . كما يلتزم الوسيط كذلك الذي يمارس نشاط التداول لحساب الغير في إطار تنشيط السوق لقيمة مسعرة أو في إطار الطرف المقابل أن يتأكد من وضع جهاز وقاية وكشف تضارب المصالح، مطابقة لحجم النشاطات والأخطار المؤكدة.[28]

المطلب الثاني: تسيير حافظات القيم المنقولة لحسابالغير بموجب توكيل وتوظيف الأموال

بجانب النشاطات المذكورة سابقا، نجد أن الوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة بإمكانه ممارسة نشاطات أخرى كتسيير حافظات القيم المنقولة لحساب الغير من جهة وتوظيف الأموال من جهة أخرى.

الفرع الأول : تسيير حافظات القيم المنقولة لحساب الغير بموجب توكيل

قبل أن ينظم هذا النشاط بموجب النظام رقم 15-01، نجد أنه كان محل إهتمام من طرف المشرع الجزائري، حيث نصت عليه أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة[29].

أولا : توكيل التسيير

إعترف المشرع للوسطاء في عمليات البورصة المعتمدين لممارسة نشاط تسيير حافظات القيم المنقولة، القيام بمهمة تسيير حافظة القيم المنقولة لحساب شخص طبيعي أو معنوي، أو هيئة التوظيف الجماعي في القيم المنقولة، بموجب توكيل التسيير.

ثانيا : إجراءات توكيل التسيير

يكون توكيل تسيير الحافظة الممنوح للوسيط في عمليات البورصة موضوع عقد يوقع عليه للموافقة من طرف صاحب الحساب المسيّر ولقبول الوسيط في عمليات البورصة.

أما بخصوص مضمون العقد، فيجب أن تحدد ضمنه طبيعة العمليات وشروط تشغيل الحساب أو أجرة المسيّر. وفي هذا الموضوع نجد أن النظام رقم 15-01 قد أحالنا بشأن الشروط التي يجب أن يتضمنها العقد النموذجي إلى تعليمة اللجنة والتي لم تصدر بعد.

ثالثا: إلتزامات الوسيط مسيّر حافظة القيم المنقولة

وضعت الأحكام القانونية على عاتق الوسيط الذي يسيّر حافظات القيم المنقولة عدة إلتزامات نذكر منها :

- الإمتثال بدقة لتوكيل التسيير الذي سلم له وعدم إستعماله لأغراض أخرى غير تلك المحددة في العقد.

- التأكد من وضع وسائل وقائية تكشف على تضارب المصالح تناسبيا مع حجم النشاطات والأخطار المؤكدة.

- ملكية قسم منفصل عن نشاط تسيير الحافظات لحساب الغير.

الفرع الثاني : نشاط توظيف الأموال

أجاز القانون للوسطاء في عمليات البورصة المعتمدين لممارسة توظيف القيم المنقولة والمنتجات المالية ضمان توظيف السندات لحساب مصدرها طبقا للمادة 43 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، وبموجب عقد يحرره الطرفان لهذا الغرض.

نقصد بالتوظيف البحث أو العثور على مكتتبين أو مشتريي السندات لحساب مصدر يلجأ علنا إلى الإدخار.

يمكن القيام بالتوظيف من طرف وسيط في عمليات البورصة أو مجموعة البنوك المشاركة في الإكتتاب، ويحدد حجمها وتكوينها من طرف المصدر وتأخذ بعين الإعتبار حجم الجمهور وحجم العملية وطول الفترة الزمنية للتوظيف.

المطلب الثالث : نشاط الإرشاد

يعتبر هذا النشاط مستحدث بموجب النظام رقم 15-01، ويمكن تقسيمه إلى قسمين هما نشاط الإرشاد في مجال توظيف القيم المنقولة، ونشاط الإرشاد في مجال هيكلة الرأسمال وإدماج وإعادة شراء المؤسسات.

الفرع الأول : نشاط الإرشاد في مجال توظيف القيم المنقولة

تمّ الإعتراف للوسطاء الماليين بنشاطات أخرى جديدة تتمثل في الإرشاد، وقد نظمت الأحكام القانونية هذا النشاط وطريقة العمل به.

الإرشاد في مجال توظيف القيم المنقولة نعني به تقديم توصيات شخصية للطرف الآخر، سواء بطلب منه أو بمبادرة من الوسيط الذي يقدم الإرشاد سواء تعلق الأمر بصفقة واحدة أو عدة صفقات خاصة بالقيم المنقولة. تقدم التوصيات على أساس دراسات دقيقة تقوم بها مصلحة التحاليل المالية للوسيط في عمليات البورصة، توجه هذه التوصيات لزبائن محترفين مثل مسيري الأموال، كما يمكن أن توجه لزبائن غير محترفين مثل الزبائن الخواص الذين يحتاجون إلى تدابير حماية ووقاية أكثر أهمية[30].

ألزم القانون على المرشد في مجال التوظيف وفي إطار عمله، تقديم بطاقة مهنية للمرشد في التوظيف ومراجع من صاحب العمل، كما يجب أن يقدم مذكرة إعلامية تتعلق بكل منتوج أو خدمة يقدمها[31].

تكون كتابة المذكرة الإعلامية الموجهة للزبائن وفقا للنموذج المحدد من قبل لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، وبعد موافقة هذه الأخيرة عنها[32].

للقيام بهذا النشاط، ألزم القانون المرشد في التوظيف الإستعلام بشأن الوضعية المالية لزبونه ومعارفه وخبرته وكذلك أهدافه فيما يخص التوظيف أو التمويل.

الفرع الثاني: نشاط إرشاد المؤسسات في مجال هيكلة الرأسمال وإدماج وإعادة شراء المؤسسات

يجوز للوسيط في عمليات البورصة المعتمد مساعدة المؤسسات في إعداد العمليات الخاصة بالإصدار وتبادل أو إعادة شراء القيم المنقولة والمنتجات المالية المسعرة في

البورصة أو الموظفة طبقا لشروط اللجوء العلني للإدخار المذكورة ضمن المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة[33].

بنشاط الإرشاد في هذا المجال يتضمن تحديد النشاط الذي يرافق الأشخاص المعنوية التي تصدر قيما منقولة ومنتجات مالية بموجب عقد المرافقة عند القيام بالتركيب المالي/أو مساعدتهم في جميع مراحل العملية، في العلاقات والإجراءات الإدارية أثناء اللجوء العلني للإدخار لإعداد وثائق إعلامية موجهة للجمهور بطريقة تنسجم مع متطلبات التنظيم والسوق[34].

أولا : مهام الوسيط في إطار نشاط إرشاد المؤسسات في مجال هيكلة الرأسمال وإدماج وإعادة شراء المؤسسات

تجسيدا لهذا النشاط يتكفل الوسيط المالي بما يلي:

- مساعدة المصدر أثناء كتابة مشروع المذكرة الإعلامية وتأدية الشكليات القانونية والإدارية المتعلقة بإصدار ما يسمى بالقيم.

- تحضير مشروع إدماج أو إعادة شراء المؤسسات.

- تمثيل المصدر لدى اللجنة ومؤسسات السوق ولدى مجموع البنوك المكوّن للتوظيف.

- توظيف سندات المصدر بمفرده أو في إطار مجموع البنوك المكوّن للتوظيف الذي يعتبر هو قائدها.

- مساعدة المؤسسات المتوسطة والصغيرة الذي هو راعيها حتى يفي بالتزاماته المتعلقة بتقديم المعلومات التنظيمية والقانونية[35].

ثانيا : الإطار الإجرائي لممارسة نشاط إرشاد المؤسسات في مجال هيكلة الرأسمال وإدماج وإعادة شراء المؤسسات

يمارس نشاط الإرشاد في المجال المذكور أعلاه وفقا لمجموعة من الإجراءات والضوابط، حيث ألزمت القواعد القانونية الشخص الوسيط في عمليات البورصة المرشد ضرورة الإمضاء على عقد المرافقة مع المصدر أو مع المؤسسة المبادرة لمشروع إدماج أو إعادة شراء المؤسسات.

من جهة أخرى، أوجبت الأحكام القانونية على الشخص الوسيط في عمليات البورصة الذي يمارس نشاط الإرشاد في عمليات البورصة القيام بالإجراءات الضرورية للتأكد من أن المؤسسة المصدرة تلبي شروط الإصدار والإدماج المحددة في التشريع والقوانين المعمول بها.

نشير في هذا الموضوع إلى أن الوسيط المالي في بورصة القيم المنقولة يتمتع بحقوق أهمها الحق في تقاضي العمولات مقابل العمليات والخدمات المقدمة للزبائن، تعلق تعريفاتها داخل محلات الوسطاء أو المتفق عليها تعاقديا مع الزبائن.

أما بخصوص الإلتزامات، فقد ميّزت القوانين بين إلتزامات الوسيط تجاه لجنة البورصة[36]، وتجاه الزبائن[37]، وإلتزامات ذات طابع عام[38].

خاتمة

على ضوء ما تمّ دراسته يظهر لنا أن الوسيط المالي يلعب دورا هاما وجوهريا في إجراء عمليات البورصة، حيث لا يمكن إجراء معاملات البورصة بدون الشخص الوسيط، أكثر من ذلك وبالنظر إلى الأهمية البالغة التي يتمتع بها هذا الشخص فقد وسّع القانون من مجال ونطاق تدخله حيث بعدما كان ينحصر مجال تدخله في مجرد التوظيف وتسيير حافظات القيم المنقولة، نجد أن هذا الوسيط خوّلت له نشاطات أخرى جديدة لم تكن موجودة وهي الإرشاد والتي تعتبر تجربة جديدة في القانون الجزائري، خلافا للقوانين المقارنة التي اعترفت بهذا النشاط منذ عدة سنوات ونعتقد أن المشرع الجزائري قد أحسن فعلا حيث مجال التعامل في بورصة الأوراق المالية مجال يتطلب الاستشارة والتوصيات من أهل الخبرة والمهارة .

ضف إلى ذلك فإن إخلال الوسيط بالتزاماته القانونية، أمر من شأنه ترتيب مسؤوليته سواء مدنيا أو تأديبيا أو جزائيا.

لكن من الناحية العملية البحتة وبالنظر إلى التجربة الجزائرية، فلا يمكن لنا تقييم دور الوسيط المالي في عمليات البورصة، بحجة الوضعية الحرجة التي تمر بها بورصة الجزائر إذ لا يتداول على مستواها إلا عدد شبه منعدم من القيم المنقولة.

الهوامش:

[1] محمد سويلم، إدارة البنوك وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1992، ص 273.

[2] الحمراني صالح راشد، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية، مؤسسة البيان للطباعة والنشر والتوزيع ، دون ذكر مكان النشر ، 2004 ، ص121.

[3] مرسوم تشريعي رقم 93-10، مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة ، جريدة رسمية عدد 34، صادر في 23 ماي 1993.

[4] قانون رقم 03-04، مؤرخ في 17 فيفري 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، جريدة رسمية عدد 11، صادر في 19 فيفري 2003.

[5] عبد الباسط كريم مولود ، تداول الأوراق المالية – دراسة قانونية مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009، بيروت ص 162.

[6] عبد الباسط كريم مولود ، تداول الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة ، مرجع سابق ، ص 199 و عاشور عبد الجواد عبد الحميد ، النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص 38.

[7] يرى جانب من الفقه أنّ إلتزام شركة السمسرة أو الوسيط هو إلتزام بتحقيق نتيجة، ولا شك أنّ هذا الرأي يتعارض مع نصوص القانون التي تقرّر أنّ الإلتزام هو بذل عناية، أنظر، عاشور عبد الجواد، النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية، مرجع سابق ، ص98.

[8] سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص69.

[9] الحمراني صالح راشد ، دور شركات السمسرة في الأوراق المالية دراسة قانونية ، مرجع سابق ، ص 205 .

[10] استبعد المشرع المصري وكذا الفرنسي الشخص الطبيعي من ممارسة مهنة الوساطة في الأوراق المالية، نفس المسلك اتخذه المشرع الجزائري وذلك بعد تعديل المرسوم التشريعي رقم 93-10 بموجب القانون رقم 03-04.

إلاّ أنّ هناك من التشريعات من لا تزال تسمح للشخص الطبيعي من ممارسة الوساطة في الأوراق المالية، كالتشريع الأمريكي مثلا ، التونسي، البحريني، كذلك نجد من التشريعات قصرت مجال ممارسة الوساطة في الأوراق المالية بالنسبة للأشخاص المعنوية لشركات الأموال دون الأشخاص، وذلك لاعتبارات عدّة.

[11] عبد الباسط كريم مولود ، تداول الأوراق المالية دراسة قانونية مقارنة ، مرجع سابق ، ص 201 .

[12] شعبان أحمد محمود ورجب عبد الحكيم سليم ، شرح أحكام قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1992 ولائحته التنفيذية طبقا لأحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص 1229 .

[13] نص على ذلك المشرع العماني صراحة في لائحة التنفيذية لقانون سوق الأوراق المالية رقم 53 لسنة 1988 الصادرة بالقرار الوزاري رقم 112 لسنة 1988 في المادة (30) على أنّه " *لا يجوز للوسيط أن يقبل أمر شراء أو بيع ورقة مالية معينة والصادرة عن أي عميل، إذا كان يعلم أنّ هذا العميل قد فوّض وسيطا آخر بنفس الأمر ويتم تنفيذه خلال جلسة تداول واحدة*"، أنظر الحمراني صالح راشد، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، مرجع سابق، ص211.

[14] تنص المادة 06 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 على *أنّه " يمكن أن يمارس عمل الوسيط في عمليات البورصة، بعد اعتماد من اللجنة، أشخاص طبيعيين أو شركات ذات أسهم تنشأ خصيصا لهذا الغرض".*

[15] يقدر عدد الوسطاء المعتمدين ضمن بورصة الجزائر ب 06 وسطاء يتمثلون في البنوك العمومية التالية :
CPA, BEA, BDL, CNEP Banque, BNA, BADRE .

[16] المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 94-176، المؤرخ في 13 جوان 1994، المتضمن تطبيق المادة 61 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، جريدة رسمية عدد 41، صادر في 26 جوان 1994.

[17] المادة 04 من نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 15-01، مؤرخ في 15 أفريل 2015، يتعلق بشروط إعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقبتهم، جريدة رسمية عدد 55، صادر في 21 أكتوبر 2015.

[18] المادتان 4، 6 من نظام اللجنة رقم 96-03، المؤرخ في جويلية 1996 المتعلق بشروط اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة وواجباتهم ومراقباتهم، جريدة رسمية عدد 36، صادر في 1 جوان 1997(ملغى).

[19] BERTRAND Christine, L'agrément en droit public, LGDJ, Paris, 1999, p.45

[20] المادة 10 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01 ، مرجع سابق.

[21] المادة 11 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 15-01، مرجع سابق.

[22] المادة 15 من نظام اللجنة رقم 15-01، مرجع سابق.

[23] يجب على الهيئات الأخرى غير البنوك والمؤسسات المالية التي تلتمس الإعتماد لممارسة نشاط وسيط في عمليات البورصة:

- إمتلاك رأسمال إجتماعي أدنى قدره عشرة ملايين دينار(10.000.000دج)، يدفع كليا ونقدا، غير أنه يمكنها الخضوع لمقاييس رؤوس أموال خاصة تحددها اللجنة.
- حيازة محلات ملائمة لضمان أمن مصالح زبائنها
-وجود مقرها الإجتماعي بالجزائر
- أن يكون لها مسير مسؤول مكلف بالإدارة العامة للشركة تتوفر فيه شروط الكفاءة والتأهيل

[24] المادة 17 من نظام اللجنة رقم 15-01، مرجع سابق.

[25] MANSOURI Mansour, La bourse des valeurs mobilières d'Alger, Editions Houma, Alger, 2002, p . 50

[26] المادتان 18 و 19 من النظام رقم 15-01، مرجع سابق

[27] المواد 20، 21، 22، من النظام رقم 15-01، مرجع سابق.

[28] المواد 25، 26، 27 من النظام رقم 15-01 مرجع سابق.

[29] المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

[30] صالح راشد الحمراني ، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية دراسة قانونية، مرجع سابق ، ص 141.

[31] المادة 28 من النظام رقم 15-01، مرجع سابق.

[32] لا تعتبر التوصيات غير المشخصة التي تنشر حصرا عبر قنوات التوزيع أو الموجهة للجمهور جزءا من الإرشاد في التوظيف

[33] المادة 43 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، يتعلق ببورصة القيم المنقولة ، مرجع سابق.

[34] المادة 8/2 من نظام اللجنة رقم 15-01 ، مرجع سابق .

[35] المادة 34 من النظام رقم 15-01، مرجع سابق.

[36] أهم إلتزام يمكن ذكره في هذا المجال هو الإلتزام بالإعلام حسب أحكام المادة 48 من النظام رقم 15-01 ، مرجع سابق.

[37] يلتزم الوسيط تجاه الزبائن بالحرص على تنفيذ الأوامر في أحسن ظروف السوق، مسك سجلات الشكاوي، إرسال إشعار بالتنفيذ للزبائن...إلخ

[38] من بين الإلتزامات ذات الطابع العام نذكر الإشارة إلى صنف الإعتماد الممنوح لهم ، مسك دفاتر إجبارية متعلقة بنشاطاتهم.

مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا "النيباد": تحقيق التنمية أم تكريس التبعية؟ *

د. بطاطاش أحمد،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. BETATACHE Ahmed,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

صادق رؤساء الدول والحكومات الإفريقية على مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا من أجل إخراج القارة الإفريقية من التخلف ولتحقيق النمو والازدهار لشعوب القارة، وتم تحديد أهداف هذه المبادرة ووضعت آليات لإنجاحها وسبل لتنفيذها.

واجهت النيباد انتقادات شديدة من طرف معارضيها، حيث اعتبروها وسيلة لتكريس التبعية نحو الغرب، وقد تجلى ذلك من خلال سيطرة إيديولوجية الليبرالية الجديدة على مفاهيم هذه المبادرة، لذا ارتفعت العديد من الأصوات لإسقاطها.

الكلمات المفتاحية:

مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا، النيباد، التنمية، إفريقيا، الحكم الراشد، التبعية.

The new partnership for africa's development « NEPAD »: achieving development or dedication?

Abstract:

The presidents of States and Governments in Africa endorsed the New Partnership for Africa's Development (NEPAD) initiative to bring Africa out of underdevelopment and to achieve growth and prosperity for the peoples of the continent.

NEPAD has been severely criticized by its opponents as a way of perpetuating dependence on the West. This has been demonstrated by the neo-liberal ideology's control over the concepts of this initiative, and so many voices have risen to bring it down.

Keywords:

New Partnership for Africa's Development, NEPAD, Development, Africa, Governance, Dependency.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/27 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/05/18 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Le Nouveau Partenariat pour le développement de l'Afrique « NEPAD »: Réalisation du développement ou consécration de la dépendance?

Résumé:

Les chefs d'Etats et de gouvernements africains ont adopté le nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique «NEPAD » afin sortir le continent du sous-développement, et pour réaliser la croissance et la prospérité des peuples du continent. Les objectifs de cette initiative et les mécanismes de sa réussite ainsi que les moyens de sa mise en œuvre sont identifiés par avance.

Le NEPAD a fait face à de vives critiques par ses opposants en le considérant comme un moyen de perpétuer la dépendance envers l'occident, conséquence directe de la domination de l'idéologie new libérale sur les concepts et contours de cette initiative. Des voix s'élèvent alors pour son abandon.

Mots clés :

Nouveau Partenariat pour le développement de l'Afrique, Le NEPAD, Le développement, L'Afrique, La bonne gouvernance, La dépendance.

مقدمة

تأسست منظمة الوحدة الإفريقية سنة 1963 عقب استقلال معظم دول القارة الإفريقية، وانصب اهتمامها في البداية إلى استكمال تحرير البلدان التي مازالت تأن تحت وطأة الاستعمار وأنظمة الفصل العنصري. ومع بداية الثمانينات عزمت المنظمة النهوض بتنمية قارة أنهكتها قرون الاسترقاق والاستعمار والتخلف واستنزاف الموارد الطبيعية.

أطلقت منظمة الوحدة الإفريقية عدة مبادرات طموحة من شأنها وضع حد للتخلف والتبعية والتهميش الذي تعانيه لإفريقيا، أهمها خطة عمل لا غوس (1980) ومعاهدة أبوجا المؤسسة للجماعة الاقتصادية الإفريقية (1993)، اصطدمت كل المبادرات المطروحة بعراقيل وضعتها القوى الاقتصادية العظمى والمؤسسات المالية العالمية المتحكمة في دواليب الاقتصاد العالمي والتي تسعى إلى إبقاء العالم الثالث في حالة تبعية له، وذلك عبر فرض سياساته الاقتصادية، كبرامج التكيف الهيكلي التي لم تزد القارة الإفريقية إلا تخلفا وفقرا .

شهدت السنة الأخيرة من عمر منظمة الوحدة الإفريقية (2001) مولد مبادرة جديدة تنطوي على رؤية جديدة بشأن مستقبل القارة الإفريقية بهدف وضعها في مسار من النمو المطرد والتنمية المستدامة، والمشاركة في نفس الوقت بصورة فعالة في الاقتصاد العالمي والتخلص من الضيق الناجم عن التخلف والإقصاء في عالم يتسم بالعولمة. تمت المصادقة على هذه المبادرة في قمة أبوجا (23 أكتوبر 2001) وأخذت تسمية الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا المعروفة اختصارا بـ "النيباد". وأصبحت هذه المبادرة هي الخطة التنموية للاتحاد الإفريقي الذي حل محل منظمة الوحدة الإفريقية في السنة الموالية (2002)[1].

تباينت المواقف الداخلية والخارجية من النيباد، فقد دافع عنها بشراسة قادة الدول المبادرين بها (جنوب إفريقيا، نيجيريا، الجزائر والسنغال) في المحافل الإفريقية والعالمية باعتبارها الفرصة التاريخية لإفريقيا للالتحاق بالركب العالمي، ورحبت بها الدول والتكتلات

الاقتصادية الكبرى ووعدت بتقديم الدعم لها، لكن من جهة أخرى ارتفعت أصوات من داخل إفريقيا منتقدة لها وداعية لإسقاطها في بعض الأحيان.

وسنحاول دراسة المبادرة والسبل التي رسمتها من أجل تنمية القارة الإفريقية وإخراجها من التخلف(أولا)، وأهم الزوايا التي هوجمت من خلالها النيباد واعتبرت وسيلة من وسائل الليبرالية الجديدة لتكريس تبعية إفريقيا للغرب(ثانيا).

أولا: خطة النيباد لتحقيق التنمية في إفريقيا

تختلف الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا عن المبادرات التنموية الإفريقية السابقة من حيث الرؤية والأهداف والآليات، فالنيباد تتضمن رؤية جديدة للتنمية في إفريقيا حيث تم تحديد أهداف يتم الوصول إليها وفقا لبرنامج عمل يتضمن شروط وأولويات المبادرة، و الموارد التي يجب توفيرها ، وتم وضع الأجهزة التي من شأنها إدارة هذه المبادرة.

1- الرؤية الجديدة للتنمية في إطار النيباد

ظلت القارة الإفريقية، خلال أربعين سنة من استقلالها، تبحث عن الموارد المالية لتمويل مشاريعها التنموية، إلا أن ضعف بنيتها الاقتصادية الموروثة عن الاستعمار، جعلها تعتمد على ثنائية القرض والمساعدة التي شكلت منطق التنمية الإفريقية، غير أنه، كما يشير إلى ذلك الرئيس السنغالي السابق "واد"، لم نر من قبل أي دولة تطورت بواسطة المعونات أو القروض أو كلاهما معا، حيث أثبتت هذه الثنائية حدودها ... وهذه القروض هي التي أنتجت مشكلة المديونية التي يتحتم على الأجيال القادمة أن تدفعها[2]. لذا تدعو الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا إلى عكس هذا الوضع الشاذ عن طريق تغيير العلاقة التي تعززه، وإن الإفريقيين لا يطلبون استمرار المزيد من التبعية عن طريق المعونات، ولا الحصول على الامتيازات الهامشية[3].

يؤمن أصحاب مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا أن هذه الأخيرة فرصة تاريخية تعرض نفسها لإنهاء التخلف الذي تعاني منه إفريقيا، وأن الموارد موجود بوفرة والمطلوب من أجل حشدها واستخدامها بصورة سليمة، هو وجود قيادة جريئة وواسعة التصور وملتزمة التزاما حقيقيا ببذل الجهود التنموية البشرية المستدامة والقضاء على الفقر، علاوة على شراكة عالمية جديدة تقوم على أساس مسؤولية مقتسمة واهتمام متبادل[4].

ما يميز النيباد عن المبادرات السابقة هو عزم الأفارقة أخذ زمام مستقبلهم بأيديهم، حيث أن القادة الأفارقة قد أخذوا العبر من تجاربهم الماضية، لذا فهم يعتبرون اليوم أن السلم و الأمن والديمقراطية والحكم الراشد واحترام حقوق الإنسان عناصر لا غنى عنها لتحقيق تنمية مستدامة[5]. كما أن أصحاب المبادرة لا يحملون مسؤولية تخلف وإفقار القارة الإفريقية إلى الاستعمار والحرب الباردة ودواليب النظام الاقتصادي الدولي لوحدهم،

بل إن الحكومات الإفريقية التي انتهجت سياسات فاشلة، وأقصت شعوبها في مسارات التنمية، تتحمل بدورها جزء كبير من المسؤولية[6].

ترى النيباد أن الظروف الحالية للقارة بامكانها إحداث انطلاقة حقيقية للقارة فعلى المستوى الداخلي بدأت تتكرس تقاليد ديمقراطية وثقافة حقوق الإنسان، حيث يجب أن يتم تعزيزها. أما على المستوى الدولي فإن إعلان الأمم المتحدة للألفية (2000) يؤكد استعداد المجتمع الدولي لدعم جهود إفريقيا لمعالجة التخلف والتهميش في القارة.

تعتمد الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا أساسا على القناعة والإرادة السياسية الجديدة للقادة الأفارقة، وتتمركز حول الملكية والإدارة الإفريقية لها، حيث أن هذه المبادرة يتم تصورها على أنها رؤية طويلة المدى لبرنامج تملكه وتقوده إفريقيا[7].

ترمي إستراتيجية النيباد إلى تحقيق نمو وتنمية اقتصادية وعمالة متزايدة، وإلى تخفيف حدة الفقر والحد من الظلم، وتنويع الأنشطة الإنتاجية، وتعزيز القدرة التنافسية الدولية وزيادة حجم الصادرات، وزيادة التكامل الأفريقي[8].

2- أهداف النيباد

ميزت النيباد بين الأهداف طويلة الأجل غير محددة زمنيا، والأهداف المحددة بإطار زمني.

تتمثل الأهداف طويلة الأجل، والتي لم يوضع لها إطار زمني، في القضاء على الفقر، ووضع الدول الإفريقية فرديا و جماعيا في طريق النمو المستمر والتنمية، وإنهاء تهميش إفريقيا، والارتقاء بوحدة كاملة ومفيدة في الاقتصاد العالمي، وتجاوز إقصاء المرأة وعزلها[9].

تشمل الأهداف المحددة بإطار زمني تحقيق نمو في الناتج المحلي الإجمالي بمعدل 7% سنويا على الأقل لمدة 15 سنة تقريبا، وضمان تحقيق القارة لـ "أهداف الألفية" المتفق عليها من قبل الأمم المتحدة[10]، و المتعلقة بتخفيف الفقر، والتعليم والصحة و البيئة وغيرها[11].

3- برنامج عمل النيباد

سطرت مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا برنامجا واعدا للوصول للتنمية المنشودة عبر وضعها لمجموعة من الشروط يجب تحقيقها تحديدها لأولويات قطاعية تحظى بالأولوية وكيفية تعبئة الموارد لتجسيدها.

أ- شروط تحقيق التنمية

يتوقف نجاح النيباد، لتحقيق أهدافها، على شروط أساسية عبارة عن عدد من المبادرات التي يلتزم القادة الأفارقة فرادى ومجتمعين بالعمل على تنفيذها، كشروط لنجاحها وهي:

1- مبادرة السلام و الأمن

2- مبادرة الديمقراطية و الإدارة السياسية
3- مبادرة الإدارة الاقتصادية وإدارة المنشآت[12].

واحتلت مسألة الحكم الراشد حيزا هاما في وثيقة النيباد باعتباره أحد شروط التنمية المستدامة، فقد اعتبرت أن هدف هذه المبادرة هو دعم أطر سياسية وإدارية تقوم على مبادئ الديمقراطية والشفافية والمساءلة والنزاهة واحترام حقوق الإنسان وحكم القانون في الدول الإفريقية.

وقد فصلت الدول الإفريقية مبادئ الحكم السياسي والاقتصادي في وثيقة خاصة تسمى "إعلان عن الديمقراطية والحكم السياسي والاقتصادي، والحكم في مجال الشركات الخاصة"[13]. حيث يعترف القادة الأفارقة بموجب هذا الإعلان بأنه لا يمكن تحقيق التنمية في غياب ديمقراطية حقيقية واحترام حقوق الإنسان والسلم والحكم الراشد، ويلتزمون باحترام المعايير العالمية في مجال الديمقراطية التي تمثل التعددية السياسية والحزبية والنقابية، وتنظيم دوريا انتخابات ديمقراطية حرة، والعدالة والشفافية مكونات أساسية لها، من أجل السماح للشعوب بالاختيار الحر لقياداتهم[14].

ب- تحديد الأولويات القطاعية

تسعى النيباد إلى إعطاء دفع جديد للتنمية في القارة الإفريقية وذلك لسد الفجوة الحالية في مجال القطاعات ذات الأولوية لتمكين إفريقيا من اللحاق بباقي المناطق المتقدمة من العالم[15]، لذا حددت المجالات التالية كقطاعات ذات أولوية:

1- البنى التحتية
2- الموارد البشرية
3- الزراعة
4- البيئة
5- الثقافة
6- العلوم والتكنولوجيا[16].

ج- تعبئة الموارد

سطرت النيباد خطة بشأن تعبئة الموارد اللازمة لوضع برامجها موضع التنفيذ تتمثل في:
1- مبادرة تدفقات رأس المال: و قد تضمنت تقديرا للموارد المالية المطلوبة لتمويل برامج النيباد، حيث قدرتها الوثيقة بنحو 64 مليار دولار أمريكي سنويا (لمدة 15 سنة تقريبا).
2- مبادرة النفاذ إلى الأسواق: تعتبر النيباد تحسين قدرة الصادرات الإفريقية على الوصول إلى الأسواق العالمية، جانبا رئيسيا لعملية تعبئة الموارد. وتلخص المبادرة السبيل إلى ذلك في مبدأ واحد هو تنويع الإنتاج [17].

4- إدارة النيباد

نصت المبادرة على إنشاء لجنة تنفيذ تابعة لرؤساء الدول الإفريقية، تتكون من رؤساء 15 دولة (تم توسيعها إلى 20 دولة بعد ذلك)منها بينها الدول الخمس المؤسسة للنيباد (وهي الجزائر، جنوب إفريقيا، نيجيريا، السنغال ومصر المكلفين بالترويج للمبادرة). و تتمثل مهام لجنة التنفيذ في تحديد المسائل الاستراتيجية التي تحتاج إلى إجراء البحوث والتخطيط والإدارة، وتشكيل آليات لاستعراض التقدم المحرز في تحقيق الأهداف المتفق عليها، ومدى التقدم المحرز في تنفيذ المقررات السابقة، واتخاذ الخطوات الملائمة لمعالجة المشاكل والتأخيرات[18].

تم الاتفاق، بشكل منفصل، على إنشاء آلية مراجعة النظراء الإفريقية، ترتكز على أساس الانضمام الطوعي. و تسعى الآلية إلى تعزيز التقيد بالالتزامات المتضمنة في هذا الإعلان والوفاء بها. و تحدد الآلية المؤسسات و الإجراءات التي ستوجه المراجعات المستقبلية من جانب النظراء، استنادا إلى مواثيق و معايير متفق عليها للديمقراطية و إدارة الحكم السياسي و الاقتصادي و إدارة المؤسسات.

ترتبط مراجعة النظراء كطريقة عمل ارتباطا وثيقا بمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وتقدم المنظمة تعريفا لمراجعة النظراء باعتبارها في الأساس عملية تمحيص لأداء الدولة أو ممارستها في مجال معين عن طريق دول أخرى. ويتمثل الهدف من الممارسة في مساعدة الدولة التي تخضع للمراجعة في تحسين عملية صنع القرار فيها، وتبني أفضل الممارسات والالتزام بالمعايير والمبادئ المقررة.

وتعتبر مراجعة النظراء بمثابة مناقشة بين جهات متساوية، وليست استجوابا من قبل هيئة عليا ستصدر حكما أو عقابا، وهو ما يجعل المراجعة أداة أكثر مرونة، إذ تكون الدولة أكثر استعدادا لقبول النقد في ظل إدراك الأطراف أن ذلك لا يقود إلى الالتزام بموقف صارم أو مسار عمل إجباري[19].

تمثل الآلية الإفريقية لمراجعة النظراء مركز تعميق الديمقراطية وترويج الممارسات الجيدة بين الدول الأعضاء في الاتحاد الإفريقي التي تترجم عزمها تحسين الحكامة على مستوى جميع الأصعدة، وإلى غاية 2015 انخرطت 35 دولة عضو في للاتحاد الإفريقي في هذه الآلية، وتم تقييم 17 دولة من طرف النظراء[20].

ثانيا: تكريس التبعية للغرب من خلال مبادرة النيباد

بالرغم من الحملة الدعائية الكبيرة التي قام بها القادة الأفارقة للترويج للنيباد قاريا وعالميا والترحيب الدولي لها، إلا أن أصواتا عديدة من القارة الإفريقية، خاصة من الأكاديميين والمجتمع المدني، رفضت هذه المبادرة ودعت إلى إسقاطها فقد شككت أولا في

مدى صحة الملكية الإفريقية لهذه المبادرة، واتهام هذه الأخيرة بأنها تتبنى دون تحفظ الأطر الفكرية النيولبرالية، وأنها وسيلة لمواصلة الاستغلال الرأسمالي للقارة الإفريقية.

1- مدى صحة الملكية الإفريقية للنيباد

رغم أن النيباد وصفت نفسها بأنها رؤية طويلة المدى لبرنامج تنمية تملكه وتقوده إفريقيا[21] إلا أن الكثير من الأصوات داخل القارة الإفريقية شككت في مدى صحة هذه الملكية، وأكدت على أن هذه المبادرة مفروضة من طرف الغرب على إفريقيا، فقد تساءل البعض عن توقيت إعلانها الذي يتزامن مع ميلاد الاتحاد الإفريقي الذي حل محل منظمة الوحدة الإفريقية، فهل هذه المبادرة جاءت لتتجاوز الاتحاد الإفريقي؟ وحتى مقر النيباد (بريتوريا-جنوب إفريقيا) تم إبعاده عن مقر الاتحاد الإفريقي (أديس أبابا-إثيوبيا). لذا يعتقد الكثير من المراقبين أن مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا كانت بإيعاز من القوى العظمى لكبح جماح الزعيم الليبي معمر القذافي الذي كان وراء تأسيس الاتحاد الإفريقي. هذا التساؤل يعيدنا إلى الوراء، إلى مخطط عمل لاغوس الذي صاغه القادة الأفارقة سنة 1980 من أجل بعث اقتصاد كان يعاني أزمة، هذا المخطط عرقل من طرف المجموعة الدولية عبر مبادرة غربية هي "التنمية المتسارعة لإفريقيا جنوب الصحراء" والتي أفرزت برامج التكيف الهيكلي الذي ظلت القارة الإفريقية تعاني من نتائجه الوخيمة إلى يومنا هذا[22].

كما أن النيباد تتجاهل تماما معاهدة أبوجا المؤسسة للجماعة الاقتصادية الإفريقية (1991) كإطار للتنمية في القارة الإفريقية[23]، الأمر الذي أكده فيما بعد القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي الذي أعرب عن الاقتناع الكامل بالحاجة إلى التعجيل بعملية تنفيذ المعاهدة المؤسسة للجماعة الاقتصادية الإفريقية، ذلك بغية تعزيز التنمية الاجتماعية و الاقتصادية في أفريقيا، ومواجهة التحديات التي تفرضها العولمة بصورة أكثر فعالية[24]، وهذا يؤكد وجود تضارب بين نصين صادرين عن منظمة الوحدة الإفريقية في نفس الفترة، وهما القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي ومبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا، مما يعزز الأطروحات القائلة بعدم ملكية الأفارقة للنيباد، وأن هذه الأخيرة كانت مفروضة من قبل القوى الاقتصادية العالمية لفرض نموذج تنموي على مقاسها، وعرقلة أي مبادرة إفريقية ترمي إلى اعتماد الأفارقة على أنفسهم للخروج من التخلف.

2- تبني النيباد للأطر الفكرية النيولبرالية

تجاهل النيباد الحق في التنمية، و هو الحق الذي لعب الأفارقة دورا كبيرا في ظهوره فهم أول من نادوا به، ووضع أسسه الفقيه الإفريقي كيبا مباي، و كان الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب أول اتفاقية دولية تعترف به. و قد كان من المفروض أن يكون

هذا الحق هو الهدف الأساسي الذي تسعى المبادرة الإفريقية من أجل تحقيقه[25]. لكن مقابل ذلك حل محله مصطلح جديد في القاموس الإفريقي وهو الحكم الراشد الرائج في أدبيات المؤسسات المالية الدولية المانحة منذ نهاية الثمانينات و بداية التسعينات، ليكون حجر أساس هذه المبادرة.

اعتبر بعض المحللين الأفارقة و بعض المنظمات غير الحكومية الإفريقية أن تضمين هذا مبدأ الحكم الراشد في وثيقة النيباد ما هو إلا نوع جديد من المشروطية التي فرضتها الدول الإفريقية على نفسها، فهو مبدأ نقل من أدبيات البنك الدولي و صندوق النقد الدولي و خطاب الدول الغربية المانحة إلى وثيقة النيباد دون التفكير في خصوصية الواقع الإفريقي، فبدلا من أن تسعى المبادرة إلى المراجعة النقدية للنماذج والمفاهيم الغربية للتنمية، و وضع صياغة بديلة اكتفت بقبول النموذج الغربي للتنمية بمفرداته، و منها الحكم الراشد. كذلك فإن هذا المبدأ لن يؤدي إلى تحقيق التنمية الإفريقية، إذ أنه يمثل إطارا يجعل العوامل السياسية عنصرا تابعا في الإطار الأوسع للسياسات الليبرالية الجديدة، بينما لابد أن تعتمد التنمية الإفريقية المستدامة على إطار يجعل الأبعاد السياسية جزءا لا يتجزأ من العملية التنموية[26].

ويستغرب البعض في ترك الدول الإفريقية مسألة التفصيل في مؤشرات ومعايير الحكم الراشد إلى لجان فنية مدعومة من المؤسسات الدولية، ولم يتم اللجوء إلى حوار مشترك إفريقي يضبط مفهوم الحكم الراشد، مما يطرح التساؤل حول جدية وخصوصية المبادرة للواقع الإفريقي أم أن الأمر يتعلق بتكريس نمط من التبعية الفكرية لجذب الدعم الدولي للمبادرة[27].

يذهب المفكر سمير أمين إلى أبعد من ذلك، حيث يؤكد أن دعاوي الحكم الراشد يمكن أن تفسر في إطار ما أسماه بالمرحلة الثالثة للاستعمار الرأسمالي، والتي تقترن بخطاب إيديولوجي جديد يحافظ على مبدأ التدخل لمبررات الديمقراطية والحكم الراشد، وهذه الدعاوي مجرد أدوات سياسية للإدارة الليبرالية الجديدة، مما يجعل الحكم الراشد مجرد اقتراب لتدشين مرحلة جديدة من سياسات المشروطية وتعبير عم نمط جديد من التبعية[28].

وهناك من يعتبر أن النيباد منضوية تحت لواء "توافق واشنطن" والإطار الفكري لبرامج التكيف الهيكلي التي شوهت مسار التنمية الإفريقية، وتبنت نموذجا للتراكم لا يلائم ظروف التنمية في القارة الإفريقية، لذلك هناك قلق من أن تسفر المبادرة عن تفاقم وترسيخ تبعية إفريقيا[29].

إنتقد المجلس الإفريقي لتنمية البحوث الاجتماعية "كوديسريا" وشبكة العالم الثالث- إفريقيا النيباد باعتبارها تعزز اندماجا غير مناسب لاقتصاديات إفريقيا في النظام العالمي، كما نظرا إلى النيباد بوصفها إطارا للسياسات الاقتصادية النيولبرالية، يتم من خلاله تكرار حزم التكييف الهيكلي التي استغرقت من إفريقيا عقدين وأحدثت الآثار الكارثية المعروفة. كما رفضت الكثير من منظمات المجتمع المدني وحقوق الإنسان الإفريقية مبادرة نيباد كلية لأنها تقبل بأسس الفكر النيولبرالي الذي يشكل أساس برامج التكيف الهيكلي، وتنسجم وتوافق واشنطن ومن ثم فهي على الأرجح تعمل على توطيد وتعزيز إخضاع إفريقيا في النظام العالمي[30].

3- النيباد: استمرار الاستغلال الرأسمالي الغربي للقارة الإفريقية

لم تتحل النيباد بالواقعية، حين افترضت أن الرأسمالية الغربية سوف تمد يد العون لإفريقيا لانتشالها من براثن التخلف و الفقر، و إدماجها في الاقتصاد العالمي على أساس علاقة "شراكة" متكافئة و عادلة، فهذه القوى الغربية ما هي إلا القوى الاستعمارية نفسها التي قامت بنهب الموارد الإفريقية في العهد الاستعماري، و مازالت تفعل ذلك في ظل آليات النظام السياسي والاقتصادي العالمي الراهن و هياكله. و ما علاقة "الشراكة الجديدة" التي تدعو إليها النيباد إلا ترسيخا "للمشروطية" التي تفرضها الدول الغربية و المؤسسات المالية الدولية على إفريقيا. بل وتعميقا لتلك المشروطية في ظل علاقة غير متكافئة بين الطرفين، تجعل عبء تصحيح " نظام القرون الاستعمارية الغابرة"، يقع أساسا على عاتق الدول الإفريقية، لا على الأطراف التي استفادت من علاقات الاستغلال من الماضي و الحاضر[31].

يعكس الواقع الدولي تنافسا اقتصاديا شرسا بين الدول الصناعية الكبرى على موارد القارة الإفريقية، وقد امتد ذلك إلى المجال السياسي بدليل دور بعض الأطراف الدولية في العديد من بؤر التوتر في القارة، كما تسعى الشركات الكبرى ومن ورائها الدول الصناعية الكبرى إلى التوسع في الأسواق الإفريقية بل والسيطرة عليها، الأمر الذي يؤدي إلى استنزاف موارد القارة والتأثير على أبعاد التنمية المستدامة في المنطقة[32].

خاتمة

رغم الجهود المبذولة من طرف القادة الأفارقة من أجل إخراج القارة الإفريقية من التخلف عبر تبنيهم لمبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا "النيباد"، إلا أن هذه الأخيرة لم تكن في مستوى التطلعات والآمال المرجوة، رغم الأهداف المسطرة والآليات الموضوعة، ذلك لأن هذه المبادرة ارتبطت منذ بدايتها بوهم دعم العالم المتقدم لها، لكن التاريخ والواقع أثبتا أن القوى الرأسمالية الكبرى لديها عملة واحدة وهي استغلال ثروات العالم الثالث دون مقابل. فالشراكة التي سطرتها النيباد بين الشمال والجنوب شراكة غير متكافئة ونتيجتها

محسومة مسبقا فالرابح بالتأكيد سيكون الشمال الذي يتحكم في دواليب الاقتصاد العالمي والخاسر سيكون الجنوب الذي عانى ويعاني من قرون الاستغلال.

لن يكون مصير النيباد أفضل من مصير المبادرات الإفريقية السابقة التي باءت بالفشل، لأن مقومات النجاح لم تتوافر فيها، وكل الظروف الداخلية والخارجية كانت ضدها. إن أي مبادرة لتنمية إفريقيا يجب أن تكون نابعة من الواقع الإفريقي وواعية بالواقع الاقتصادي والسياسي العالمي، لذا يجب على القارة الإفريقية أن تعتمد على نفسها للخروج من التبعية والتخلف، ذلك لأنها تملك كل المؤهلات البشرية والمادية للرقي والازدهار، فأي خطة تنموية مستقبلية يجب أن تكون مستقلة تماما لضمان نجاحها.

الهوامش:

(1) للتفصيل في مراحل نشأة النيباد أنظر: عراقي عبد العزيز الشربيني، المشاركة الجديدة لتنمية أفريقيا، سلسلة دراسات مصرية أفريقية، جامعة القاهرة، القاهرة، ماي 2002، ص5.

(2) أنظر:

Abdoulay WADE, Le financement entre nécession économique et crise des projets politiques, in : Le NEPAD et les enjeux du développement en Afrique, Maisonneuve et larose, Paris,2002, p10.

(3) أنظر النقطة 5 من مبادرة الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا "النيباد"، صادرة عن لجنة التنفيذ التابعة لرؤساء دول و حكومات منظمة الوحدة الإفريقية بشأن "الشراكة الجديدة" في أبوجا، بتاريخ 23 أكتوبر 2001..

(4) أنظر النقطة 6 من النيباد.

(5) أنظر:

Martin OUKOUDA, Le NEPAD, un nouvel espoir pour l'Afrique, in : Le NEPAD et les enjeux du développement en Afrique,op-cit, p 21.

(6) فصلت النيباد أسباب الافقار التاريخي للقارة الإفريقية في النقاط من 18 إلى 23.

(7) أنظر النقاط من 45 إلى 47 من النيباد.

(8) أنظر النقطة 6 من النيباد.

(9) فوزية خدا كرم عزيز، النيباد: توجه جديد للتنمية في إفريقيا، مجلة الأستاذ، العدد 201 لسنة 2012، جامعة بغداد ص427. متوفر على الموقع: http://alustathiq.com/LionImages/News/201-22.pdf

(10) حول أهداف الألفية أنظر الصفحة الالكترونية الخاصة بها على موقع الأمم المتحدة:
http://www.un.org/ar/millenniumgoals

(11) أنظر النقطة 68 من النيباد.

(12) أنظر النقاط من 71 إلى 89 من النيباد.

(13) راوية توفيق، الحكم الرشيد والتنمية في إفريقيا، معهد البحوث والدراسات الإفريقية، جامعة القاهرة، القاهرة، 2005، ص 113.

(14) أنظر:

Fouda Séraphin MAGLONE, Le NEPAD et la bonne gouvernance: Premiere radiographie, premiere enseignement, in: Le NEPAD et les enjeux du développement en Afrique,op-cit, p 153.

(15) أنظر:

Bruno BEKDO-EBE, Le NEPAD et la reflexion sur le développement, in : Le NEPAD et les enjeux du développement en Afrique, op-cit, p 145.

(16) فصلت النيباد القطاعات ذات الأولوية في النقاط من 96 إلى 173.

(17) فصلت النيباد خطة تعبئة الموارد في النقاط من 144 إلى 170.

(18) أنظر النقطتين 200 و 201 من النيباد.

(19) نشوى مختار حسين محمد، الآلية الإفريقية لمراجعة النظراء في إطار النيباد ودور المجتمع المدني الأفريقي، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات الإفريقية، جامعة القاهرة، 2014، ص 107.

(20) أنظر:

NEPAD, Principaux résultats en matiere de développement, Rapport d'activités exercice 2015, Johannesburg , 2015 , p 08.

(21) أنظر النقطة 16 من النيباد.

(22) أنظر:

John IGUE, « Le NEPAD : initiative de la derniere chance ? », in : Revue international et strategique,2002/2, n° 46, p103.Disponible sur le site : https://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RIS_046_0103.

(23) حول الجماعة الاقتصادية الإفريقية أنظر: مصطفى سلامة حسين، الجماعة الاقتصادية الإفريقية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثالث، جامعة الإسكندرية، 1991، وأنظر أيضا: أحمد بطاطاش، جدلية التنمية وحقوق الإنسان في إفريقيا، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص146.

(24) أنظر ديباجة القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي، وأنظر: فرج عبد الفتاح فرج، إمكانية التعجيل بتنفيذ الجماعة الاقتصادية الإفريقية في ظل الإتحاد الإفريقي، الإتحاد الإفريقي و مستقبل القارة الإفريقية، معهد البحوث و الدراسات الإفريقية، جامعة القاهرة، 2001، وأنظر أيضا أحمد بطاطاش، المرجع السابق ص 177.

(25) أنظر: أحمد بطاطاش، الحق في التنمية: المساهمة الإفريقية في منظومة حقوق الإنسان، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، عدد 02-2015، ص 420.

(26) راوية توفيق، المرجع السابق، ص 16.

(27) عبد الناصر نونة، حوكمة التنمية في مبادرة النيباد بين رهانات العمل المحلي وتحديات التفكير العالمي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، العدد 8، جانفي 2016، ص 341.

(28) المرجع السابق، ص 343.

(29) فلاح أمينة، دور النيباد في تفعيل الحكم الراشد والتنمية المستدامة في إفريقيا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قسنطينة، دون ذكر سنة المناقشة، ص 116.

(30) دجيني أريدو،آفاق وتحديات مبادرة الشراكة الجديدة من أجل التنمية الأفريقية،مختارات منظمة العلوم الاجتماعية لشرق وجنوبي أفريقيا"أوسريا"، مركز البحوث العربية والأفريقية، القاهرة، الطبعة العربية، العدد الأول، مارس 2004، ص21.

(31) عراقي عبد العزيز الشربيني، نيباد و إستراتيجية التنمية الإفريقية، استراتيجيات التنمية الإفريقية في ظل الليبرالية الجديدة، مركز دراسات و بحوث الدول النامية، جامعة القاهرة، 2003، ص 60.

(32) عبد الناصر نونة، المرجع السابق، ص 342.

الاستثمار في القطاع السمعي البصري ما بين النصوص والواقع *

د. أوباية مليكة،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

Dr. OUBAYA Malika,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou, 15000 Tizi Ouzou, Algérie.

الملخص:

كان القطاع السمعي البصري وما يزال مجال شبه ممنوع علي الاستثمار الخاص في الجزائر. فرضت الدولة عليه في البداية الاحتكار القانوني لسنوات عديدة، وأسندت استغلاله لمؤسساتها بدون منازع.

رغم وضع القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام حدا لهذا الاحتكار القانوني، بأن سمح للاستثمار الخاص بإنشاء محطات إذاعية وقنوات تلفزيونية، إلا أن ذلك لم يتحقق أبدا من الناحية العملية، فدخل القطاع تحت مظلة الاحتكار الفعلي لأكثر من 22 سنة أخرى.

لكن بظهور مجموعة من القنوات الخاصة خارج إطار الدائرة الرسمية، أعتمد القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام والقانون 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري، للتأكيد مجددا على رفع الدولة الاحتكار عن القطاع، ودعوة الاستثمار الوطني الخاص للالتحاق به مرة أخرى، في ظل ضوابط صارمة جدا يصعب على هذا الأخير التأقلم معها، وفي إطار حدود ضيقة مقارنة بمجال تدخل مؤسسات السمعي البصري التابعة للقطاع العمومي.

الكلمات المفتاحية:

القطاع السمعي البصري، الاحتكار، الإذاعة والتلفزيون، القطاع الخاص، الرخصة، القنوات الموضوعاتية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/10/08 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Investment in audiovisual sector between texts and reality

Abstract:

The audiovisual sector was still an almost unregulated area of private investment in Algeria. The state had initially imposed legal monopoly on it for many years, and its exploitation of its institutions was undisputed.

Although Law N° 90-07 on the Information Law limits this law, private investment is permitted to establish radio stations and television channels, but this has never been achieved in practice; the sector has been under the monopoly of more than 22 years.

However, with the emergence of a series of private channels outside the formal framework, organic law N° 12-05 on information and law N° 14-04 on audiovisual activity was adopted to reaffirm the state's monopoly on the sector, and to invite the private national investment to join it again, under very strict controls difficult to adapt to the latter, and within the narrow limits compared to the field of interference of audiovisual institutions of the public sector.

Keywords:

Audio visual sector, monopoly, Radio and television, The private sector, Authorization, Thematic channels.

L'investissement dans le secteur de l'audio-visuel entre textes et réalité

Résumé :

En Algérie, le secteur de l'audio-visuel fût et demeure un secteur quasi interdit à l'investissement privé. L'Etat en a pris le monopole depuis longtemps en réservant son exploitation à des entreprises sans concurrent.

Malgré la promulgation de la loi n°90-07 relative à l'information, qui avait pour objectif de permettre à l'investisseur privé de créer des stations radios et des chaines de télévisions et de mettre fin au monopole étatique, concrètement rien n'a été réalisé ce qui a engendré de *facto* la mise réelle de ce secteur sous le monopole de l'Etat et pour plus d'une vingtaine d'années.

Néanmoins, l'émergence de certaines chaines privées en dehors de la sphère officielle a relancé la nécessité de l'abandon effectif du monopole sur le secteur de l'audio-visuel, et ceci grâce aux dispositions de la loi organique n° 12-05 relative à l'information et la loi n° 14-04 relative à l'activité audio-visuelle, autorisant ainsi l'investissement privé dans le dit secteur, mais à des conditions strictes et difficiles à remplir et dans un champs très limité en comparaison au champs d'intervention des entreprises publiques dans le même domaine.

Mots clés :

Secteur audio visuel, monopole, Radio et télévision, Le secteur privé, Autorisation, chaînes thématiques.

مقدمة

يعتبر القطاع السمعي البصري قطاعا اقتصاديا إستراتيجيا وحساسا في الوقت ذاته، يتميز بتأثيره الكبير على عدة مجالات، فهو يساهم في تنمية قطاعات اقتصادية كثيرة، كما يلعب دورا فعالا في الرفع من مستوى الوعي الاجتماعي والسياسي للأفراد وتشجيع الإبداع الثقافي وحماية التراث الحضاري، كما يرتبط القطاع بممارسة حرية من الحريات الأساسية للفرد وهي حرية التعبير[1].

لهذا اهتمت الدولة منذ الاستقلال به ففرضت هيمنتها عليه، مباشرة عقب استرجاع السيادة على محطتي الإذاعة والتلفزة في 28 أكتوبر 1962، فجعلت مؤسسة راديو وتلفزيون

الجزائر (RTA) تنفرد بتوفير خدمة الراديوفوني التلفزي على كامل التراب الوطني[2] في ظل مناخ قانوني غامض وغير محدد المعالم.

رغم اعتماد القانون رقم 82-01 المتعلق بالإعلام، والذي وحد ولأول مرة الإطار العام لنشاط الإعلام إلا أنه تناول جملة من القضايا المتعلقة بكيفيات ممارسته ضمن المبادئ التي كرسها دستور 1976 والخطوط العامة للميثاق الوطني، لذلك اعتبر القطاع السمعي البصري من قطاعات السيادة الوطنية، يعبر بقيادة حزب جبهة التحرير الوطني عن إرادة الثورة ومطامع الجماهير الشعبية[3]، فأكد بشكل صريح على مبدأ احتكار الدولة لكل الوسائل المسموعة والمرئية وتكفلها بتوفير إعلام عام وموضوعي من خلال المؤسسات الوطنية التي انبثقت عن إعادة هيكلة مؤسسة راديو وتلفزيون الجزائر[4].

لكن بعد اعتماد التعددية الحزبية، اعتمد في سنة 1990 أول قانون للإعلام وفقا للمبادئ اللبرالية، والذي ألغي في سنة 2012 وعوض بقانون عضوي جديد، كما وضع في سنة 2014 أول نص قانوني خاص ينظم القطاع السمعي البصري.

تم التراجع من خلال هذه النصوص عن المنطق القاضي باعتبار قطاع الإعلام من قطاعات السيادة، وأصبحت تعتبره قطاع اقتصادي قابل للاستغلال من طرف القطاع العام والقطاع الخاص، سواء في فرعه المتعلق بنشاط الصحافة المكتوبة من خلال إصدار جرائد وصحف، أو في فرعه المتعلق بالنشاط السمعي البصري من خلال فتح محطات إذاعية وتلفزيونية.

عليه عرف الفرع الأول ظهور منافسة حادة بين القطاعين العام والخاص، بينما لم يسجل في الفرع الثاني أي مشروع خاص في إطار الدائرة القانونية والرسمية، في وقت ظهرت فيه عدة قنوات خاصة استطاعت أن تصنع لنفسها مكانة وتنافس مؤسسات القطاع العام بشكل كبير.

في ظل غياب التجانس ما بين النصوص المؤطرة للقطاع السمعي البصري والواقع الذي وصل إليه، فإلى أي مدى استطاعت تلك النصوص أن ترفع احتكار الدولة عن القطاع السمعي البصري وتقر بحق القطاع الخاص في الالتحاق به وتقاسم فرص الاستثمار فيه مع مؤسسات القطاع العمومي التي لطالما تربعت على القطاع بدون منازع؟

كان ينبغي على النصوص المنظمة للقطاع السمعي البصري والمعتمدة في ظل الإصلاحات الاقتصادية أن تعيد رسم خريطة جديدة للناشطين في القطاع وتفتح آفاقا واعدة أمام القطاع الخاص لاستغلاله. لكن تحقيق هذه الغاية تعطل واقعيا أمام تردد الدولة في رفع احتكارها عن القطاع (المبحث الأول)، وكذا فرضها على القطاع الخاص شروط وإجراءات مبالغ فيها من أجل الالتحاق بالقطاع واستغلاله (المبحث الثاني).

المبحث الأول:التردد في رفع الاحتكار عن القطاع السمعي البصري

يعد القطاع السمعي البصري، من أول القطاعات الاقتصادية التي أعلنت من خلالها الدولة عن رغبتها في الانسحاب من المجال الاقتصادي وخوصصة[5]، فاعتمد بشأنه القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام[6]، وهو أول نص سمح للقطاع الخاص بالاستثمار في نشاطات الإعلام من خلال أي سند كتابي إذاعي صوتي أو تلفزي.

رغم إنهاء هذا القانون احتكار الدولة لكل وسائل الإعلام من الناحية القانونية، إلا أنه من الناحية الواقعية أنهاه فقط بشأن وسائل الإعلام المكتوبة، بينما تمسكت الدولة بالإذاعية والتلفزية منها، وأصرت على إبقائها محتكرة، كما فشلت كل المبادرات التي جاءت من أجل تغيير الوضع، وهو ما أدخل القطاع السمعي البصري تحت مظلة الاحتكار الفعلي لسنوات عديدة (المطلب الأول).

لكن أمام تطور وسائل الاتصال، وظهور عدة قنوات جزائرية خاصة خارج إطار القانون الجزائري، اضطرت الدولة للتأكيد مرة أخرى على رفع الاحتكار عن النشاط السمعي البصري من خلال نصوص جديدة كرست بشكل محتشم حق القطاع الخاص بالاستثمار في القطاع السمعي البصري (المطلب الثاني).

المطلب الأول:فرض الاحتكار الفعلي في القطاع السمعي البصري

بعد احتكار قانوني للقطاع السمعي البصري لأكثر من 28 سنة وضع القطاع اعتبارا من سنة 1990 وإلى غاية 2012 تحت طوق الاحتكار الفعلي رغم فتحه أمام القطاع الخاص من الناحية القانونية، بسبب عرقلة تطبيق أحكام القانون رقم 90-07 (الفرع الأول)، وفشل كل مشاريع قوانين الإعلام التي اعتمدت في تلك الفترة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عرقلة تطبيق أحكام قانون رقم 90-07

اعتمد القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام استجابة للمطالب الشعبية التي نادت بالديمقراطية وحرية التعبير وتماشيا مع مبدأ التعددية الحزبية التي كرّسها دستور 1989، وما يحتاج إليه من تعددية إعلامية[7]، لذلك أقر لأول مرة في تاريخ الجزائر بحرية ممارسة الحق في الإعلام في ظل احترام كرامة الشخصية الإنسانية ومقتضيات السياسة الخارجية والدفاع الوطني[8].

حدد الوسائل التي يمارس من خلالها هذا الحق بمقتضى المادة 4 منه كما يلي « *يمارس الحق في الإعلام خصوصا من خلال ما يأتي:*

- عناوين الإعلام وأجهزته في القطاع العام.

- العناوين والأجهزة التي تمتلكها أو تنشئها الجمعيات ذات الطابع السياسي.

- العناوين والأجهزة التي ينشئها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الخاضعون للقانون الجزائري.

- ويمارس من خلال أي سند اتصال كتابي أو إذاعي صوتي أو تلفزي ».

شكّل هذا النص مكسبا هاما في تاريخ الإعلام الجزائري ونقطة تحول في سياستها الاقتصادية، حيث أرسى نهاية قانونية لاحتكارها للقطاع السمعي والبصري ولقطاع الإعلام المكتوب وبداية عهد جديد للاحترافية ولمشاركة الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الخاضعون للقانون الجزائري للاستثمار في هذا القطاع الاقتصادي الحساس، وفرصة أمام الأحزاب السياسية لاستغلال القطاع الذي لطالما كان يعتبر من قطاعات السيادة للتعبير عن آرائها، من خلال إنشاء محطات إذاعية أو تلفزية أو إصدار نشريات دورية.

استطاع هذا القانون أن يغير هيكلة قطاع الإعلام في شقه المتعلق بالصحافة المكتوبة، بشكل جعل الدولة التي لطالما أبدت حذرها من القطاع الخاص، تظهر استعدادها الكبير لتشجيعه خاصة في ظل حكومة السيد "مولود حمروش"، وتوفر له كل الإمكانيات الضرورية، تسهيلات مالية كثيرة من بينها دفع راتب سنتين مسبقا[9] للصحافيين الذين يرغبون في ترك القطاع العام من أجل إنشاء مشاريعهم الخاصة.

لكن لم يمتد أبدا هذا التشجيع إلى الشق الآخر لقطاع الإعلام، فرغم أهمية ما جاء في المادة 4 سالفة الذكر حتى بالنسبة للقطاع السمعي البصري، إلا أنّها لم تغير كثيرا من واقع الاستثمار الخاص فيه، نتيجة التركيز والاهتمام في باقي أحكام القانون على أجهزة السمعي البصري التابعة للقطاع العام، وعلى تنظيم الاستثمار في مجال إصدار الصحف والنشريات الدورية، والاكتفاء بالإشارة للقطاع السمعي البصري بشكل محتشم عند تحديد الوسائل، وبشكل عام في الأحكام المتعلقة بالنشر والتوزيع وكذا تلك المتعلقة بصلاحيات المجلس الأعلى للإعلام[10].

اعتبر القانون رقم 90-07 النشاط السمعي البصري شكل من أشكال الاستغلال الخاص للأملاك التابعة للدولة، لذلك أخضع استغلاله من قبل الخواص للنظام الرخص ولدفتر شروط تعدّه الإدارة بعد استشارة المجلس الأعلى للإعلام[11]، وأوكل لهذا الأخير باعتباره السلطة الإدارية الضابطة للقطاع سلطة اقتناء المستثمرين المؤهلين للالتحاق بالقطاع وتسليمهم رخصة استغلاله وإعداد دفتر الشروط المتعلقة باستعمال التواترات الإذاعية الكهربائية والتلفزية[12]، لكن من دون تحديد لشروط وإجراءات الحصول على هذه الرخص ولا كيفيات إعداد دفتر الشروط.

تولت السلطة التنفيذية توضيح هذه الأحكام العامة وبينت آليات وضعها حيز التنفيذ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-137، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط العام...[13]،

الذي حددت من خلاله شروط وإجراءات الحصول على رخصة الاستغلال والخصائص التقنية المتعلقة باستغلال القطاع.

لكن أمام عدم صدور أي إعلان عن ترشح لإدخال هذه النصوص حيز التنفيذ الفعلي، وبقي حق القطاع الخاص في الاستثمار في القطاع السمعي البصري حبيس هذه النصوص، لتظل بذلك المؤسسات العمومية للبث الإذاعي والتلفزي المستثمر الوحيد في القطاع بدون منافس.

هذا وكما زادت التعديل الذي أدخل على القانون رقم 90-07 بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-13[14] من اختلال لتوازن أدبيات النص أكثر وتعقيد الأمور بشكل أوسع أمام القطاع الخاص بحل المجلس الأعلى للإعلام ونقل صلاحياته إلى أجهزة إدارية غير محددة بشكل صريح. الأمر الذي اعتبره البعض بمثابة إلغاء للقانون في حد ذاته خاصة إذا ما أخذ بعين الاعتبار المسؤوليات والمهام الموكلة، وتراجع عن رفع احتكار الدولة للقطاع السمعي البصري[15].

الفرع الثاني: فشل عدة مشاريع لقوانين الإعلام

اعتبر قانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام من أهم المكتسبات التي حققتها الجزائر بعد أحداث أكتوبر 1988، لممارسة الديمقراطية والتعددية الإعلامية، غير أنّ إجراء تقييم على الصعيد العملي لتنفيذ هذا القانون قد سمح بالكشف عن وجود تناقضات والتباسات وغياب تصور واضح لنظام الإعلام التعددي المرجو[16]، كما أن التجاوزات التي تعرض لها جعلته لا يعطي القطاع السمعي البصري حقه. الأمر الذي دفع بأطراف كثيرة للمطالبة بإعادة النظر في قواعده لاسيما ما تعلق منها بتنظيم القطاع السمعي البصري.

لتحقيق ذلك تم إعداد خلال الفترة الممتدة ما بين 1990 – 2012 عدة مشاريع قوانين الإعلام، اتفقت على ضرورة فتح القطاع أمام الاستثمار الخاص، ولكنها اختلفت في نطاق تدخله وآليات رقابته، ومن أهم هذه المشاريع:

1 – مشروع القانون العضوي المتعلق بالإعلام لسنة 1998:

أكد هذا المشروع التمهيدي للقانون العضوي المتعلق بالإعلام لسنة 1998[17] على مبدأ تحرير قطاع الإعلام برمته من خلال نص المادة الأولى منه على ما يلي « *يحدد هذا القانون العضوي مبادئ وقواعد ممارسة الحق في الإعلام وحرية الصحافة والاتصال السمعي البصري* »[18]، بعده مباشرة حدد ولأول مرة مفهوم الاتصال السمعي البصري[19].

بعد هذه الإشارة الهامة ضمن الأحكام العامة، خصص هذا المشروع للقطاع السمعي البصري الباب الثالث بأكمله ضمن فصلين نظم في الأول القطاع العمومي للاتصال السمعي البصري وفي الثاني الشركات الإذاعية الصوتية والتلفزيونية المرخصة، واللذان ظهر من خلالهما

بقاء نظرة الدولة على حالها وأن الرغبة في إبقاء السيطرة على القطاع السمعي البصري ما تزال تشكّل إحدى أولوياتها.

لذلك أكد المشروع أنه لا يعترف بحق استغلال الأنشطة المتعلقة بالتغطية الوطنية للبث الإذاعي والتلفزي سوى للمؤسسات العمومية المختصة[20]، لكنه من جهة أخرى أشار في عدة مواد إلى إمكانية فتح القطاع للاستثمار الخاص، في حدود ضيقة وتتوقف على إرادة المؤسسات العمومية.

سمح للمؤسسات العمومية المختصة بأن تفتح رأسمالها وتدعو القطاع الخاص للشراكة معها[21]، ثم تولى الفصل الثاني تحديد الشروط والإجراءات التي يتعين على القطاع الخاص استيفائها للالتحاق بالقطاع التابع للدولة.

أعتبر استغلال النشاط السمعي البصري نمط من أنماط الاستعمال الخاص للأملاك العمومية، لذلك خضع كل إرسال إذاعي صوتي وتلفزي يقوم به القطاع الخاص إلى ترخيص المجلس الأعلى للاتصال ولأحكام هذا القانون وشروط الدفتر العام للأعباء الذي يعد عن طريق التنظيم وبعد استشارة المجلس الأعلى للاتصال[22].

بعد أن يقوم المجلس بالإعلان عن نداء الترشحات وقائمة الذبذبات الموضوعة للمنافسة، ويحدد العناصر المكونة لملف الترشح تستطيع المؤسسات الخاصة المهتمة إيداع طلباتها لدى المجلس الذي يتولى دراستها[23]، ثم اتخاذ القرار بشأن منحها الترخيص ومدة هذا الترخيص[24]، ينشر هذا الأخير في الجريدة الرسمية[25].

كما يتعين على المؤسسات التي حصلت على الترخيص أن تبرم اتفاقية مع المجلس الأعلى للاتصال والتي يتحدد فيها بشكل دقيق الالتزامات الخاصة بكل مؤسسة[26].

بهذا استطاع هذا المشروع أن يتجاوز كثيرا القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام، فنظم لأول مرة بشكل مستفيض القطاع السمعي البصري فحدد طبيعته وسائله وطرق النشاط والاستثمار فيه[27]، إلا أنه لم يستطع كسر طوق الاحتكار الفعلي المفروض عليه ولا أن يرقى بمنزلة القطاع الخاص فيه لكونه بقي مجرد مشروع ولم يتحول أبدا إلى قانون.

2 - مشروع القانون العضوي المتعلق بالإعلام لسنة 2002:

وضعت وزارة الاتصال والثقافة مشروع قانون عضوي آخر للإعلام في سنة 2002[28]، حاولت من خلاله تدارك النقائص التي تضمنها المشروع السابق وتجاوز الانتقادات التي وجهت لقانون رقم 90-07، لهذا بدأت الوزارة هذا المشروع بعرض الأسباب والدوافع من وراء إعداده، أكدت من خلالها على الدور الكبير الذي لعبه القانون رقم 90-07 في وضع أسس التعددية الإعلامية في مجال الصحافة المكتوبة. لكنه بعد أكثر من عشرية كاملة من تطبيقه، اعتبرته غير مساير لتطور مجتمعنا، لذلك يحتاج للإثراء والتعديل حتى يستطيع رسم الخريطة الجديدة

للإعلام الوطني وينسجم مع المحيط القانوني والمؤسسات ويحافظ على المكاسب التي حققتها الصحافة.

وضع هذا المشروع الجديد بهدف ضمان احترام حرية الصحافة والاتصال السمعي البصري على حد سواء[29] لذلك نظم القطاع السمعي البصري بشكل أكثر تفصيلا من القانون رقم 90-07 وبقواعد أكثر انفتاحا من مشروع 1998، فخصص الباب الثالث للتنظيم هذا القطاع من خلال عنوان عام هو « النشاط الإعلامي عن طريق الاتصال السمعي البصري »، في إطار فصلين خصص الأول لممارسة الاتصال السمعي البصري بصفة عامة دون تمييز واضح ما بين مؤسسات القطاع العامة والقطاع الخاص، فيما خصص الثاني للمجلس الأعلى للسمعي البصري باعتباره الجهاز المكلف بضبط القطاع ومراقبة الناشطين فيه.

بعد ضبط مفهوم الاتصال السمعي البصري في المادة 39 [30] أكد هذا المشروع على رفع احتكار الدولة عن القطاع السمعي البصري واعتبره نشاط حر يمكن ممارسته من قبل كل من[31]:

- مؤسسات وهيئات القطاع العام.
- المؤسسات والشركات الخاصة الخاضعة للقانون الجزائري.

أخضع تنظيم وضبط نشاط الفئة الأولى للتنظيم[32] فيما أخضع نشاط الفئة الثانية للترخيص المسبق من المجلس الأعلى للسمعي البصري[33].

اعتبر هذا المشروع وعلى غرار سابقه، نشاط الاتصال السمعي البصري شكل من أشكال استعمال الأملاك العمومية التابعة للدولة، لذلك أخضع كل نشاط تقوم به المؤسسات الخاصة إلى جانب الرخيص المسبق إلى ضرورة احترام قواعد القانون العضوي للإعلام وشروط الدفتر العام للأعباء الذي يعده المجلس الأعلى للسمعي البصري بعد أخذ رأي وزير الإعلام[34].

سوى هذا المشروع ما بين المؤسسات العامة والخاصة، ففرض عليها بعد حصولها على الترخيص، إبرام اتفاقية مع المجلس الأعلى للسمعي البصري بصفته المتصرف باسم الدولة[35]، فيما أحال بشأن مضمون هذه الاتفاقية وشروط الحصول على الترخيص ومدته وسحبه وإجراءاته، وكذا تنظيم هذا المجلس إلى القانون الخاص بالاتصال السمعي البصري. الأمر الذي انتقده البعض واعتبره غير مبرر، إذ كان من الأفضل أن ينص المشروع على مثل هذه الأمور مادام المشروع في عرض أسبابه تحدث عن ضرورة الإسراع في مسايرة العولمة والدخول في عصر المجتمع الإعلامي[36].

رغم الأحكام المشجعة التي تضمنها هذا المشروع للاستثمار الخاص في المجال السمعي البصري، إلا أنه وعلى غرار المشروع السابق لم يرَ النور، لذلك بقي القانون رقم 90-07 رغم كل مساوئه الإطار القانوني الوحيد المنظم للقطاع.

لذلك غالبا ما حظي ملف السمعي البصري في الجزائر بفقرات في تقارير منظمات حقوقية دولية من بينها منظمة فريدوم هاوس (Freedom house) التي استغربت بشأن نجاح الجزائر في فتح مجال قطاع الإعلام المكتوبة، ولو من الناحية العددية مقابل الغلق الكامل للقطاع السمعي البصري دون تقديم أدنى ضمانة لتحريره[37].

المطلب الثاني:الفتح الحذر للقطاع السمعي البصري

أمام كل التحولات الوطنية والدولية التي عرفها مجال الاتصال السمعي البصري في السنوات الأخيرة، ومع إصرار المستثمرين الجزائريين على اقتحام القطاع بالحصول على حقوق البث من خارج الوطن لاسيما من الأردن ولبنان. أقرت السلطات العمومية بعجز القانون رقم 90-07 على احتواء الوضع وبات من الضروري جدا إصدار قانون جديد يتماشى مع طموحات هذه المبادرات، خصوصا في ظل العولمة والعصرنة التي شهدها مجال الإعلام والاتصال، والتي لا تعتبر الجزائر في منأى عنها[38]، ويستجيب لتوصيات المنظمات الحقوقية لذلك اعتمد المشرع الجزائري في سنة 2012 القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام[39]، وبعده بقليل اتخذ لأول مرة قانون خاص بالقطاع السمعي البصري هو القانون رقم 14-04[40].

أكد المشرع الجزائري من خلالهما على فتح القطاع السمعي البصري للمنافسة ودعوة القطاع الخاص الوطني للالتحاق به بأسلوب طغى عليه الحذر والتريث، فاعترف له بحق الاستثمار في القطاع بشكل محتشم (الفرع الأول)، وحصر نطاق تدخله في حدود ضيقة مقارنة مع نطاق تدخل القطاع العمومي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التكريس المحتشم لحرية الاستثمار في القطاع السمعي البصري

بعد 22 سنة كاملة من الإقصاء غير القانوني للقطاع الخاص من المجال السمعي البصري، جاء القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام لإنهاء هذا الإقصاء، فاعتبر نشاط الإعلام نشاط اقتصادي يدرج في إطاره إصدار النشريات الدورية والنشاط السمعي البصري ويمارس من خلال نشر أو بث لوقائع، أحداث أو رسائل أو أراء أو أفكار أو معارف، عبر أية وسيلة مكتوبة أو مسموعة أو متلفزة أو إلكترونية، تكون موجهة للجمهور أو لفئة منه[41].

اهتم هذا القانون العضوي بفرعي نشاط الإعلام، فتناول في الباب الثاني والثالث نشاط الإعلام عن طريق الصحافة المكتوبة، وخصص الباب الرابع للنشاط السمعي

البصري، حدد من خلال مواده التسعة القواعد العامة للاستثمار فيه والهيئة المكلفة بمراقبة ومتابعة الأعوان الناشطين فيه.

كرست المادة 1/2 من هذا القانون لأول مرة حرية ممارسة نشاط الإعلام في الجزائر من خلال نصها على أن « *يمارس نشاط الإعلام بحرية في إطار احترام هذا القانون العضوي والتشريع والتنظيم المعمول بهما...* »، إلا أنها مباشرة أكدت على كون هذه الحرية نسبية ومؤطرة بشكل صارم[42]، ولا تمارس إلا في إطار احترام الضوابط التالية: الدستور وقوانين الجمهورية، الدين الإسلامي وباقي الأديان، الهوية الوطنية والقيم الثقافية للمجتمع، السيادة والوحدة الوطنية، متطلبات أمن الدولة والدفاع الوطني، متطلبات النظام العام، المصالح الاقتصادية للبلاد، مهام والتزامات الخدمة العمومية، حق المواطن في إعلام كامل وموضوعي، سرية التحقيق القضائي، الطابع التعددي للآراء والأفكار، كرامة الإنسان والحريات الفردية والجماعية.

كما أكدت المادة 2 من القانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري على حرية ممارسة النشاط السمعي بشكل خاص، ولكن في إطار احترام الضوابط نفسها وضوابط أخرى[43].

عند تحليل نطاق ممارسة هذه الحرية من حيث المستفيدين منها نلمس تردد كبير لدى المشرع في رفع الاحتكار عن القطاع السمعي البصري وفتحه للمنافسة، ورغبة واضحة في إبقائه تحت سيطرة المؤسسات العمومية وتهميش القطاع الخاص، لذلك كرّس حق هذا الأخير في الالتحاق بالقطاع من خلال عبارات عامة دون ذكر فيها مصطلح "الخاص" بشكل صريح، إذ جاءت المادة 61 من القانون العضوي رقم 12-05 بما يلي: « *يمارس النشاط السمعي البصري من قبل:*

- *هيئات عمومية.*
- *مؤسسات وأجهزة القطاع العمومي.*
- *المؤسسات أو الشركات التي تخضع للقانون الجزائري...* ».

سارت المادة 3 من القانون رقم 14-04 في الاتجاه نفسه، فوضحت أكثر الأشخاص المذكورين في المادة 61 أعلاه كما يلي: « *يمارس النشاط السمعي البصري من طرف:*

- *الأشخاص المعنوية التي تستغل خدمة للاتصال السمعي البصري التابعة للقطاع العمومي.*
- *مؤسسات وهيئات وأجهزة القطاع العمومي المرخص لها.*
- *المؤسسات والشركات التي تخضع للقانون الجزائري المرخص لها* ».

بهذا يكون قانون الإعلام قد حرر القطاع السمعي البصري من دون حرية[44]، والقانون المتعلق بالقطاع السمعي البصري قد كرّسا بشكل محتشم حق القطاع الخاص في الاستثمار في

القطاع السمعي البصري، كما أنهما قد حصرا ممارسة هذا الحق في الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الجزائري دون الأشخاص الطبيعية.

الفرع الثاني:تضييق مجالات تدخل القطاع الخاص

وسع قانون الإعلام من مفهوم النشاط السمعي البصري[45]، ليشمل كل ما يوضع تحت تصرف الجمهور أو فئة منه عن طريق الاتصال اللاسلكي، أو بث إشارات أو علامات أو أشكال مرسومة أو صور أو أصوات أو رسائل مختلفة لا يكون لها طابع المراسلة الخاصة[46]. تولى القانون المتعلق بالنشاط السمعي البصري توزيع فرص ممارسة هذا النشاط بشكل غير متكافئ وتميزي، فتح فيه مجالا واسعا أمام مؤسسات القطاع العام[47]. فسمح لها باستغلال القطاع من خلال إنشاء قنوات عامة تحتوي تشكيلتها برامج تلفزيونية أو سمعية موجهة إلى الجمهور الواسع، وتحتوي على حصص متنوعة في مجالات الإعلام والثقافة والتربية، وقنوات موضوعاتية "Chaînes thématiques" تقدم برامج تلفزيونية أو سمعية تتمحور حول موضوع أو عدة مواضيع[48]. بينما حصرت المادة 05 من القانون نفسه نطاق تدخل القطاع الخاص في إطار القنوات الموضوعاتية فقط. الأمر الذي جعل منها قنوات ذات تأثير محدود على الرأي العام تخاطب فئة محدودة منه فقط.

هذا وكما قيد المشرع من حق هذه القنوات الموضوعاتية الخاصة فيما يتعلق بالحجم الساعي الخاص بالأخبار والحصص الإخبارية التي تبثها، فسمح لها أن تدرج حصص وبرامج إخبارية في إطار الحجم الساعي المحدد لها في رخصة الاستغلال[49]، وليس وفقا لحاجات القناة، لذلك يتعذر عليها تخصيص ساعات إضافية لبرامج إخبارية حتى في الحالات الاستثنائية.

الأمر الذي جعل الانفتاح الذي كرّسه القانون الجزائري بعيدا كثيرا على ما هو معمول به في القانون الفرنسي، الذي سمح للقطاع الخاص بمنافسة القطاع العام على كل الأصعدة من خلال قنوات عامة وقنوات موضوعاتية[50]، وبعيدا حتى عن درجة الانفتاح الذي كرّسته العديد من القوانين العربية، كالقانون المغربي[51].

المبحث الثاني:إخضاع الاستثمار الخاص في القطاع السمعي البصري لضوابط صارمة

يعد القطاع السمعي البصري من القطاعات التي يخضع الاستثمار فيها لنظام الترخيص أو الموافقة المسبقة في كل الدول حتى الليبرالية منها لارتباطه باستعمال الدومين العام وتوافر الترددات، لذلك أجمعت مختلف القوانين على فرض شروط معينة في المترشحين للالتحاق بهذا القطاع[52].

لم يخالف القانون الجزائري هذا المبدأ، إذ أخضع الاستثمار في هذا القطاع الحيوي لمجموعة من الشروط، ولكنه تجاوز الأنظمة الليبرالية وتجاوز حتى العديد من الأنظمة

العربية، فبالغ في فرض شروط الالتحاق به، بشكل جعل القطاع السمعي البصري، القطاع الأكثر فرضا للشروط، إذ جمع بين شروط تشبه شروط الالتحاق بأكثر النشاطات المالية تنظيما وبشروط الترشح لأهم منصب في الدولة (المطلب الأول)، كما أنه تعدى أسلوب الموافقة أو الترخيص المسبق بفرضه لمجموعة من الإجراءات الإدارية المعقدة، تلزم المستثمرين بالحصول على موافقة السلطة التنفيذية مباشرة قبل إنشاء أي نوع من أنواعه الاستثمار في القطاع رغم إنشاء سلطة ضبط مستقلة في القطاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول:التشديد في شروط الالتحاق بالقطاع السمعي البصري

أظهر المشرع الجزائري من خلال المادة 19 من القانون رقم 14-04 رغبة واضحة في إبقاء سيطرة الدولة على القطاع السمعي البصري بالتشديد في شروط الالتحاق به، بشكل تجاوز الاعتبارات الاقتصادية والتقنية التي يقوم عليها القطاع إلى شروط تهدف بالدرجة الأولى إلى الحد من الالتحاق به[53]، فاعتمد الصرامة في فرض شروطه سواء فيما تعلق بالشروط الخاصة بالمشروع (الفرع الأول)، والشروط الخاصة بالمساهمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول:في الشروط الخاصة بالمشروع

حصر القانون العضوي للإعلام والقانون المتعلق بالنشاط السمعي البصري حق القطاع الخاص في الاستثمار في المجال السمعي البصري في إطار المؤسسات والشركات التي تخضع للقانون الجزائري، فأقصيا بذلك الأشخاص الطبيعية والجمعيات ذات الطابع السياسي التي سمح لها بالتدخل في إطار قانون الإعلام الملغى[54] واشترطا في هذه الأشخاص المعنوية مجموعة الشروط التالية:

-خضوع الشخصية المعنوية للقانون الجزائري: لم يشترط شكل معين في الشركات والمؤسسات التي تقدم خدمات اتصال سمعي بصري موضوعاتية، وإنما اكتفى باكتسابها الشخصية المعنوية وفقا للقانون الجزائري، مما يفتح المجال أمام المساهمين لاختيار الشكل القانوني الذي يرغبه لمشروعه في إطار الأشكال المحددة في قانون التجاري، هذا عكس القانون المغربي مثلا الذي فرض اعتماد شكل شركة المساهمة في هذا النوع من المشاريع[55].

- أن يكون رأسمال الاجتماعي وطنيا خالصا: أي مملوك بأكمله لأشخاص طبيعية من جنسية جزائرية أو أشخاص معنوية خاضعة للقانون الجزائري.

- إثبات مشروعية مصدر الأموال: قصد التصدي لولوج الأموال المشبوهة إلى القطاع السمعي البصري، والحيلولة دون تحوله إلى أداة لتطهيرها فرض القانون إقامة الدليل على مشروعية مصدر الأموال المستثمرة فيه مسبقا، بإثبات أنها أموال مشروعة امتلكها المساهمين بطرق قانونية بعيدا عن مصادر الشبهة[56].

إضافة إلى هذه الشروط أقر المرسوم التنفيذي رقم 16-220 المحدد شروط وكيفيات تنفيذ الإعلان عن الترشح...[57] شروط أخرى ينبغي استيفائها عند تقديم ملف الترشح تتمثل أساسا في:

- امتلاك مقر شركة بموجب عقد ملكية رسمي أو عقد إيجار توثيقي تتوافق مدته مع مدة الرخصة الملتمسة.

- امتلاك القدرات التقنية والمالية اللازمة لتجسيد إنشاء خدمة الاتصال المرتقبة.

الفرع الثاني:في الشروط الخاصة بالمساهمين

اهتم المشرع كثيرا بالمساهمين في المشاريع التي تنشأ في القطاع السمعي البصري، لذلك اشترط فيهم مجموعة من الشروط بعضها يشبه الشروط التي يخضع لها المساهمين في البنوك والمؤسسات المالية، وبعضها الآخر لا نجدها سوى عن الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:

- الجنسية الجزائرية: حفاظا على بقاء المشاريع المنشئة في القطاع السمعي البصري جزائرية بحتة، فرض إلى جانب خضوع الشخص المعنوي للقانون الجزائري، حيازة جميع المساهمين فيها للجنسية الجزائرية، كما يجب أن يتمتع بالجنسية الجزائرية كل متصرفي ومسيري هذا الشخص المعنوي[58].

- شرط النزاهة والشرف: نظرا للدور الاجتماعي الذي تلعبه المنشآت السمعية البصرية وتأثيرها على الرأي العام، حرص على ضرورة إنشائها من قبل أشخاص يتمتعون بالنزاهة والشرف، ولذلك لا يمكن منح الترخيص لأي مشروع حكم على المساهمين فيه بعقوبة مخلة بالشرف والنظام العام، وأمام عدم تحديد الجرائم المقصودة بدقة تؤول للجهة المانحة للترخيص السلطة التقديرية الواسعة عند تقديرها لهذا الشرط.

- الاحترافية: لضمان مصداقية واحترافية المشاريع الخاصة فرضت المادة 19 من القانون رقم 14-04 ضرورة أن يكون ضمن المساهمين فيها صحافيون محترفون وأشخاص مهنيون، ولكن من دون تحديد لعدد هؤلاء ولا لنسبة مساهمتهم في المشروع، إلا أن المرسوم التنفيذي رقم 16-220 قد خفف من حدة هذا الشرط، بفرض وجود صحفيين محترفين فقط ضمن المساهمين وهذا من دون تحديده لنسبة مساهمتهم أيضا[59]، في حين نجد القانون المغربي لا يفرض سوى وجود مساهم واحد تكون له تجربة جلية في المجال، والذي يجب أن يمتلك على الأقل 10% من رأسمال وحقوق التصويت فيها[60].

- عدم سلوك المساهمين سلوك معادٍ للثورة: يعد هذا الشرط غريب من نوعه في مجال الاستثمار لا وجود له في أي نشاط اقتصادي آخر. ولا نجد له مثيل سوى في المادة 87 من

الدستور المحددة لشروط الترشح لمنصب رئيس الجمهورية[61]، مفاده أن يثبت المساهمين المولودين قبل يوليو 1942 أنهم لم يسلكوا أي سلوك معادٍ لثورة نوفمبر 1954.

- عدم امتلاك أسهم في خدمة أخرى للاتصال السمعي البصري، على عكس مؤسسات القطاع العام التي فتح لها المجال لإنشاء قنوات عامة وموضوعاتية والمساهمة في الرأسمال الاجتماعي للأشخاص المعنويين الذين يستغلون خدمات الاتصال السمعي البصري المرخص لها[62]، فإنّه تشدد مع مؤسسات القطاع الخاص وحرص على الحيلولة دون وضع وسائل الاتصال السمعي البصري تحت تأثير مالي أو إيديولوجي معين، فمنع المساهمين الخواص من امتلاك أسهم أو حصص اجتماعية في أكثر من خدمة واحدة للاتصال السمعي البصري[63].

- الابتعاد عن السياسة: رغم كون رفع الاحتكار عن القطاع السمعي البصري ما جاء إلا نتيجة للتعددية السياسية التي عرفتها الجزائر بعد أحداث أكتوبر 1988، وفرض التعددية الإعلامية إنشاء قنوات خاصة جديدة قادرة على تأمين برامج تضمن التعبير لتيارات مختلفة وفقا لأحكام مبدأ النزاهة في الإعلام[64]. إلا أن القانون السمعي البصري قطع علاقة التلازم هذه، فكرس شرط إبعاد المساهمين عن السياسة، لذلك فرض عليهم التعهد بعدم الانتماء إلى هيئة مسيرة لحزب سياسي كما منعهم من إسناد إدارة وتسيير المشروع لمسير حزب سياسي[65].

المطلب الثاني:تعقيد إجراءات إنجاز الاستثمار الخاص في القطاع السمعي البصري

أنشأت سلطة الضبط السمعي البصري "Autorité de Régulation de l'Audiovisuel"[66] لتتولى ضبط القطاع السمعي البصري وتشرف عليه بوصفها ضامنة لحرية ممارسة النشاط وحارسة للموضوعية والشفافية فيه[67]، كان يتعين أن يستجيب هذا الإنشاء لنفس المتطلبات التي استجابت لها السلطات الإدارية المستقلة الأخرى في القطاعات التي تضبطها[68]، فيمنح لهذه الهيئة كل الصلاحيات التي تتمتع بها باقي السلطات الإدارية المستقلة، بما في ذلك صلاحية رقابة الدخول إلى السوق بواسطة منح التراخيص ومراقبة السوق لاحقا وإقصاء منه كل من لا يمتثل للقواعد المفروضة فيه.

لكن أمام خصوصيات القطاع السمعي البصري الجزائري والرغبة الجامحة للسلطات العمومية في إبقاء السيطرة عليه، حرمت سلطة الضبط فيه من صلاحية رقابة الدخول إلى السوق ومنح الرخص لذلك، واكتفى بإسنادها دور ثانوي، يقتصر في التحضير للإجراءات ومتابعتها[69]. ولا يعدو أن يكون إعداديا في مرحلة تنفيذ إجراء الإعلان عن الترشح واستشاريا في مرحلة دراسة طلبات تجديد الترخيص[70]، عليه فرض على القطاع الخاص قصد إنشاء أي خدمة موضوعاتية سواء استعملت البث عبر الأقمار الصناعية أو الهرتز الأرضي أو الكابل، سواء كان البث مفتوحا أو عبر وسيلة تشفير أو عبر أي وسيلة بث أخرى، إجراءات إدارية معقدة تبدأ بإصدار ممثل السلطة التنفيذية إعلان عن الترشح (الفرع الأول)، ثم

الحصول على رخصة من هذا الممثل بموجب مرسوم (الفرع الثاني) وبعدها توقيع اتفاقية مع سلطة ضبط السمعي البصري (الفرع الثالث).

الفرع الأول:الإعلان عن الترشح

نظرا لاعتبار النشاط السمعي البصري مهمة ذات خدمة عمومية[71]، وارتباط استغلاله بمعطيات تقنية تتوقف على توافر الترددات الهرتزية hertziennes Fréquences[72]، فإنّ مجرد الترشح للالتحاق بالقطاع لا يتم إلا بعد أن تأذن بذلك السلطة التنفيذية ممثلة في وزير الإعلام والاتصال، فيصدر إعلان عن الترشح[73].

يبلغ الوزير هذا الإعلان إلى رئيس سلطة الضبط السمعي البصري، ثم يتولى هذا الأخير نشره وبثه في وسائل الإعلام الوطنية وعلى موقع سلطة الضبط[74]، ويستمر نشر الإعلان وبثه لمدة 30 يوما كاملا[75].

بعدها فقط يفتح المجال أمام الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الجزائري المعنية بالإعلان سحب قائمة الوثائق المكونة لملف الترشح من المصالح المختصة لدى سلطة ضبط السمعي البصري، وكذا نسخة من دفتر الشروط العامة، ويخضع تسليم هذه الوثائق لدفع مصاريف يحدد مبلغها وكيفيات دفعها بمقرر من سلطة الضبط[76].

الفرع الثاني:الحصول على الرخصة

لم يعرف القطاع السمعي البصري نفس المصير بالموازاة مع مظاهر الاستبدال والحلول الطارئة على مهام السلطة التنفيذية لفائدة سلطات الضبط المستقلة[77]، فلم تضطلع فيه سلطة ضبط القطاع السمعي البصري بصلاحية منح الترخيص للالتحاق بالقطاع، وإنما ظلت هذه الصلاحية في يد السلطة التنفيذية، إذ يرسل طلب الحصول على رخصة الالتحاق بالقطاع السمعي البصري مرفق بملف إداري يتضمن جميع الوثائق المحددة في المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 16-220 إلى سلطة ضبط السمعي البصري في الآجال القانونية[78]، تتولى هذه الأخيرة دراسة الترشيحات وتقييمها في غضون 15 يوما من انتهاء أجل إيداع ملفات الترشح.

بعد أن تتخذ سلطة الضبط مقرر بشأن الترشحات المقبولة، يخضع القطاع السمعي البصري لإجراء إداري آخر لا نظير له في أي قطاع اقتصادي آخر يتمثل في الاستماع العلني للمترشحين[79]، الذين استوفوا الشروط والذين يتعين عليهم خلاله الدفاع عن مشاريعهم وتبريرها من خلال تقديمهم والإجابة على كل الأسئلة التي يطرحها عليهم أعضاء سلطة الضبط. بعدها فقط تبت سلطة الضبط في الترشيحات المقبولة ويحرر بشأنها محضر، يرسل إلى الوزير المكلف بالإعلام والاتصال بغرض التقدير.

تتخذ الرخصة من قبل الوزير المكلف بالاتصال بموجب مرسوم ينشر في الجريدة الرسمية، وتشكّل هذه الرخصة العقد الذي من خلاله تنشأ خدمة الاتصال السمعي البصري الموضوعاتية[80].

تحدد مدة الرخصة بـ 12 سنة لاستغلال خدمة بث تلفزيوني وب6 سنوات لاستغلال خدمة بث إذاعي[81]. وتترتب على الحصول على هذه الرخصة دفع مبلغ مالي لصالح الخزينة العمومية وفقا لما هو محدد في المرسوم التنفيذي رقم 16-221 المؤرخ في 11 أوت 2016[82].

تستعمل الرخصة من طرف المستفيد منها دون سواه، والذي يتعين عليه الشروع في استغلال الخدمة المرخص له في غضون سنة بالنسبة لخدمة البث التلفزيوني، وستة أشهر بالنسبة لخدمة البث الإذاعي، في حال عدم احترام المستفيد لهذه الآجال تسحب منه الرخصة تلقائيا[83].

إذا كان تدخل السلطة التنفيذية بهذا الشكل المفرط رغم أنه تناقص مع قواعد الضبط الاقتصادي ووجود سلطة ضبط قطاعية، كان يجد تبريره في ندرة الترددات وضرورة التحكم في توزيعها خاصة عندما تكون المشاريع المرخص بها تستعمل الهرتز الأرضي، فإنّ هذه التبريرات ستضعف مصداقيتها وستفقد قوة إقناعها أمام التطور التكنولوجي وظهور طريقة البث عبر الكابل وعبر الأقمار الصناعية، وكذا ظهور البث عبر الانترنت والتي لا تتأثر بندرة الترددات[84]، رغم ذلك تعرقل السلطات الجزائرية طريقة البث عبر القمار الصناعية، وتجبر القنوات الخاصة للجوء إلى الدول الأخرى للحصول على حقوق البث[85]. في حين كان ينبغي التخفيف من حدة هذه العراقيل الإدارية وإعفاء هذه الطرق الجديدة للبث من نظام الرخصة وإخضاعها فقط للتصريح المسبق[86]. لكن أمام أسرار السلطات العمومية على التمسك بالقطاع السمعي البصري وألاّ ينشط فيه القطاع الخاص إلا في حدود ضيقة سوى في المعاملة الإدارية التي تلقاها كل أشكال خدمات الاتصال السمعي البصري الموضوعاتية أيا كانت الطريقة التي نستعملها في البث وأيا كان نوع البث.

تجدر الإشارة إلى أن وزارة الاتصال قد سبق لها أن منحت رخصة الاستغلال لـ 5 قنوات خاصة وهي: قناة النهار، الشروق تي في، الجزائرية، الجزائري تي في، الهقار، لكن خارج إطار القواعد والشروط المقررة في القانون السمعي البصري وقبل اعتماده، معتبرة إياها مكاتب تمثيل لقنوات أجنبية[87].

فيما تنشط عشرات القنوات الأخرى على مرأى ومسمع السلطات الجزائرية خارج إطار القانون الجزائري بحقوق بث تحصلت عليها من دول عربية أو أوروبية. استطاعت بعض هذه القنوات أن تستقطب المشاهد الجزائري وتنافس القنوات العمومية بشكل كبير، إلا أنّ غالبيتها تعمل في ظل غياب الشفافية في التسيير الإداري والمالي والاقتصادي والجبائي. وهو

ما شجع على انتشار الفوضى في القطاع السمعي البصري وظهور العديد من التجاوزات لأخلاقيات المهنة والمساس بالحياة الخاصة لبعض الأشخاص[88].

الفرع الثالث:إبرام اتفاقية مع سلطة ضبط السمعي البصري

يتعين على المستفيد من الرخصة إبرام اتفاقية مع سلطة ضبط السمعي البصري، تحدد من خلالها شروط استعمال الرخصة الممنوحة في إطار القانون الخاص بالسمعي البصري وبنود دفتر الشروط العامة[89]، والذي حددت بنوده بموجب مرسوم[90] أظهرت من خلاله السلطة التنفيذية صرامة كبيرة تجاه مؤسسات القطاع الخاص، أرادت من خلاله وضع لها خطوط حمراء وقواعد إنذار أكثر منه وضع لضوابط تحمي المشاهد والمستمع من الفوضى والتجاوزات التي قد ترتكبها المؤسسات الخاصة في القطاع.

بعد اجتياز كل هذه العقبات الإدارية يفرض على هذه المؤسسات الخاصة عند وصولها لهذا المستوى عقبة تقنية أخرى هامة تتمثل في حيازة نظام نهائي لبث البرامج عبر التراب الوطني، مهما كان تصميمه ووسيلة التوزيع المستعملة، وهو ما قد يعيق هذه المؤسسات الخاصة لمزاولة النشاط، ويعتبر عاملا إيجابيا للمؤسسات العمومية يفتح لها المجال واسعا للاستمرارية في احتكار القطاع عمليا نظرا لقدراتها العالية في التغطية.

خاتمة

يظهر من خلال هذه الدراسة أن القطاع السمعي البصري كان وما يزال من القطاعات التي هيمنت عليها الدولة وأحاطتها بحصن منيع، حرم القطاع الخاص من تخطيه، اختلفت فيه فقط آليات بسط هذه الهيمنة من مرحلة إلى أخرى.

فرضت الدولة بعد الاستقلال احتكارها القانوني على القطاع لأكثر من 28 سنة، أقصت خلالها بشكل صريح الاستثمار الخاص منه، وأسندت فرص استغلاله للمؤسسات العمومية بدون منازع.

تمكن القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام من إنهاء هذا الاحتكار القانوني وفتح القطاع السمعي البصري أمام الخواص، فسمح لهم بإنشاء محطات إذاعية وتلفزيونية، إلا أنه لم يستطع إنهاء سيطرة الدولة على القطاع، بل غيّر فقط من شكل الاحتكار فجعله احتكار فعلي لما يقارب من 22 سنة كاملة أخرى.

لكن أمام التطور التكنولوجي الهائل الذي عرفه مجال الإعلام والاتصال في السنوات الأخيرة، وظهور عدة مشاريع خاصة خارج إطار القانون الجزائري، اضطرت السلطات الجزائرية إلى اعتماد القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام والقانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري، لوضع القواعد العامة والضوابط الأساسية لهيكلة القطاع، بغية جعله يواكب هذه المتغيرات ويحتضن تلك المبادرات الخاصة.لذلك جاء بمبادئ جديدة قديمة أكدت

مرة أخرى على رفع الاحتكار عن القطاع السمعي البصري ودعوة القطاع الخاص للالتحاق به، لكن في إطار ضوابط صارمة يصعب جدا الخضوع لها.

رغم الوعود المتكررة لإدخال هذه النصوص حيز التنفيذ، لكن في ظل تمادي السلطات في تعطيل تجسيد الانفتاح الفعلي للقطاع السمعي البصري، ومع محدودية قدرات الدولة في توفير الترددات، خاصة أمام وجود 5 قنوات تلفزيونية عمومية، و7 محطات إذاعية وطنية عمومية و48 محطة عمومية محلية، في ظل غياب إرادة سياسية جادة لخلق قطاع سمعي بصري حر، يبقى حق الاستثمار الخاص في الالتحاق بالمجال السمعي البصري في إطار قواعد القانون الجزائري مجرد حلم.

الهوامش:

(1) ZOUAIMIA Rachid, "L'Autorité de régulation de l'audiovisuel en droit algérien : L'indépendance confisquée?", https//legavox.fr/blog/zouaimia-rachid.

(2) انظر كل من:

- Décret N° 63-284 du 1 Août 1963 portant organisation de la radiodiffusion Télévision algérienne, J.O N° 57 du 16 Août 1963.

- أمر رقم 67-234 مؤرخ في 9 نوفمبر 1967، يتضمن تنظيم الإذاعة والتلفزيون الجزائرية، ج ر عدد 94، صادر في 17 نوفمبر 1967.

(3) قانون رقم 82-01 مؤرخ في 6 فيفري 1982، يتضمن قانون الإعلام، ج ر عدد 06، صادر في 9 فيفري 1982 (ملغى).

(4) ترتب عن هذه العملية إنشاء 4 مؤسسات هي: مؤسسة الإذاعة الوطنية، مؤسسة التلفزة الوطنية، المؤسسة الوطنية للبث الإذاعي والتلفزي، المؤسسة الوطنية للإنتاج السمعي البصري.

(5) ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, Berti Edition, Alger, 2006, pp 7, 8.

(6) قانون رقم 90-07 مؤرخ في 3 أفريل 1990، يتعلق بالإعلام، ج ر عدد 14، صادر في 04 أفريل 1990 (ملغى).

(7) انظر: وزارة الاتصال والثقافة، عرض أسباب مشروع القانون العضوي للإعلام لسنة 1998، ص 1، وثيقة غير منشورة. انظر كذلك:

CHERIF Dris, "La nouvelle loi organique sur l'information de 2012 en Algérie : vers un ordre médiatique néo-autoritaire ?", L'Année du Maghreb, VIII, 2012, p 304.

(8) المادة 3 من القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

(9) CHERIF Dris, "La nouvelle loi organique sur l'information…", op.cit, pp 306 - 307.

(10) المادة 48 من القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

(11) المادة 56 من القانون نفسه.

(12) المادة 61 من المرجع نفسه.

(13) مرسوم تنفيذي رقم 92-137 مؤرخ في 7 أفريل 1992، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط العام الذي يحدد الشروط التقنية المتعلقة بالتوترات الراديو كهربائية للإذاعة بموجات هرتزية للبرامج الإذاعية الصوتية و/أو التلفزية وكذا التوزيع بالأسلاك للبث الصوتي و/أو التلفزي، ج ر عدد 26، صادر في 8 أفريل 1992.

(14) مرسوم تشريعي رقم 93-13 مؤرخ في 26 أكتوبر 1993، يخص بعض أحكام القانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام، ج ر عدد 69، صادر في 27 أكتوبر 1993.

(15) شطاح محمد، السمعي-بصري في التشريع الإعلامي الجزائري قراءة في القوانين والمشاريع، ص12، منشور على الموقع: wgaza.edu.ps/jdolou تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/12/15.

(16) انظر وزارة الاتصال والثقافة، عرض الأسباب لمشروع قانون عضوي متعلق بالإعلام، 9 أكتوبر 2002، ص 2.

(17) مشروع تمهيدي للقانون العضوي المتعلق بالإعلام، مارس 1998، وزارة الاتصال والثقافة.

(18) لم ترضَ بعض الأطراف بهذه الصياغة ولذلك اقترحت عند المناقشات التي فتحت بشأن هذا المشروع ضرورة حذف عبارة "الاتصال السمعي البصري" الواردة في هذه المادة وصياغتها على النحو التالي « يكفل القانون الحالي حرية الإعلام والاتصال ». انظر مديرية الاتصال للصحافة المكتوبة، تقرير الاقتراحات والآراء التي وردت في النقاش العام في الملتقى حول مشروع قانون الإعلام بالجزائر، 19 مارس 1998، نادي الصنوبر، ص 17 (وثيقة غير منشورة).

(19) واعتبره: « *كل ما يوضع بواسطة أحد أساليب الاتصال السلكي واللاسلكي في متناول الجمهور أو فئات من الجمهور من رموز وإشارات وحروف خطية وصور وأصوات أو أي إرسال باستثناء المراسلات الخاصة* ». انظر: المادة 3/2 من المشروع التمهيدي للقانون العضوي المتعلق بالإعلام لسنة 1998، مرجع سابق.

(20) المادة 1/27 من المشروع التمهيدي للقانون العضوي المتعلق بالإعلام لسنة 1998، المرجع السابق.

(21) انظر المادة 2/27 من المشروع التمهيدي للقانون العضوي...، المرجع نفسه.

(22) المادة 28 من المشروع التمهيدي للقانون العضوي...، المرجع نفسه.

(23) يتمتع المجلس بسلطة تقديرية واسعة عند دراسته لطلبات الترخيص إذ يقدر الأهمية التي يكتسيها كل مشروع، جدوى البرامج، تنوع المتعاملين فيه، حتمية تفادي التمركز، مشروعية مصدر الأموال المستثمرة فيه، وأنها ملك في غالبيتها لأشخاص من جنسية جزائرية. انظر: المادة 25 من المشروع التمهيدي للقانون العضوي المتعلق بالإعلام لسنة 1998، المرجع السابق.

(24) تحدد مدة صلاحية الترخيص بـ5 سنوات بالنسبة للمؤسسات التي تقدم خدمات إذاعية أو تلفزيونية ذات التغطية المحلية أو الجهوية بعشر سنوات بالنسبة للمؤسسات التي تقدم خدمات إذاعية أو تلفزية ذات التغطية الوطنية.

(25) المادة 35 من المشروع التمهيدي للقانون العضوي المتعلق بالإعلام لسنة 1998، مرجع سابق.

(26) بشأن مضمون الالتزامات التي تحدد في الاتفاقية، انظر المادة 39 من المرجع نفسه.

(27) الشطاح محمد، "السمعي-بصري في التشريع الإعلامي الجزائري..."، مرجع سابق، ص 15.

(28) Avant projet de loi organique relative à l'informations, Ministère de la Communication et de la Culture, 9 Octobre 2002.

(29) إذ جاء في المادة الأولى منه ما يلي:

« La présente loi organique a pour objet de fixer, dans le respect de la liberté de presse et de communication audiovisuelle les principes et les règles d'exercice de l'activité d'information ».

(30) تنص المادة 39 منه على ما يلي:

« Il est entendu par communication audiovisuelle, au sens de la présente loi, toute mise à disposition du public ou catégories de publics par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, de caractères graphiques, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ».

(31) Article 40 de l'avant-projet de loi organique…, op.cit.

(32) Voir l'article 41 du l'avant-projet de loi organique…, op.cit.

(33) Voir l'article 43 du l'avant-projet de loi organique…, op.cit.

(34) Article 45 du l'avant-projet de loi organique…, op.cit.

(35) Article 46 du l'avant-projet de loi organique…, op.cit.

(36) انظر الشطاح محمد، السمعي-بصري في التشريع الإعلامي الجزائري...، مرجع سابق، ص 20.

(37) أطلع على تقارير المنظمة على الموقع التالي: https//freedomhouse.org

(38) عبد المؤمن بن صغير، التنظيم القانوني لنشاط القطاع السمعي البصري في ظل التشريع الإعلامي الجزائري لما بعد الاستقلال، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، منشور على الموقع: www.democraticac.de/

(39) قانون عضوي رقم 12-05 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالإعلام، ج ر عدد 02، صادر في 15 جانفي 2012.

(40) قانون رقم 14-04 مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج ر عدد 16، صادر في 23 مارس 2014.

(41) المادة 03 من القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

(42) BRAHIMI Mohamed, Droit de l'information, Berti Edition, Alger, 2014, p 5.

(43) من خلال نصها على أن: « *يمارس النشاط السمعي البصري بكل حرية في ظل احترام المبادئ المنصوص عليها في أحكام المادة 2 من القانون العضوي رقم 12-05... وأحكام هذا القانون وكذا التشريع والتنظيم الساري المفعول* ».

(44) CHERIF Dris, "La nouvelle loi organique sur l'information…", op.cit, pp 310 - 311.

(45) المادة 25 من القانون العضوي رقم 12-05، مرجع سابق.

(46) يقترب هذا المفهوم كثيرا من المفهوم الذي اعتمده القانون المغربي، انظر بشأن ذلك القانون رقم 77.03 يتعلق بالاتصال السمعي البصري، المنفذ بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-04-257 ج ر صادر بتاريخ 3 فبراير 2005، منشور على الموقع: www.mincom.gov.ma

(47) المادة 4 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(48) المادة 7 من القانون نفسه.

(49) المادة 18 من القانون نفسه.

(50) Loi N° 86-1067 du 30 Septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée complétée. www.legigrance.gouv.fr

(51) انظر القانون المغربي رقم 77.03، يتعلق بالاتصال السمعي البصري، مرجع سابق.

(52) ZOUAIMIA Rachid, "L'autorité de régulation de la presse écrite", Revue Académique de la Recherche Juridique, N° 01, 2014, p 16.

(53) AIT EL DJOUDI Mourad, "L'étendue de la liberté de communication audiovisuelle en Algérie", Revue Académique de la Recherche Juridique, N° 02, 2016, p 36.

(54) انظر المادة 4 من القانون رقم 90-07، المتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

(55) انظر المادة 18 من القانون المغربي رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، مرجع سابق.

(56) بشأن مصادر الأموال غير المشروعة انظر: قانون رقم 05-01 مؤرخ في 6 فيفري 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج ر عدد 11، صادر في 9 فيفري 2005، معدل ومتمم.

(57) مرسوم تنفيذي رقم 16-220 مؤرخ في 11 أوت 2016، يحدد شروط وكيفيات تنفيذ الإعلان عن الترشح لمنح رخصة إنشاء خدمة اتصال سمعي بصري موضوعاتي، ج ر عدد 48، صادر في 17 أوت 2016، المادة 8 منه.

(58) المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 16-220، المحدد شروط وكيفيات تنفيذ الإعلان...، المرجع نفسه.

(59) المادة 18 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(60) المادة 18 من القانون المغربي رقم 77.03، المتعلق بالاتصال السمعي البصري، مرجع سابق.

(61) قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

(62) المادة 9 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(63) المادة 23 من القانون نفسه.

(64) طاهري حسين، الإعلام والقانون، دراسة مقارنة، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 183.

(65) المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 16-220، المحدد شروط وكيفيات تنفيذ الإعلان...، مرجع سابق.

(66) المادة 64 من القانون العضوي رقم 12-05، المتعلق بالإعلام، مرجع سابق.

(67) المادة 54 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(68) ZOUAIMIA Rachid, "L'autorité de régulation de l'audiovisuel…", op.cit.

(69) خرشي إلهام، "سلطة ضبط السمعي البصري في ظل القانون 14-04: بين مقتضيات الضبط ومحدودية النص"، مجلة العلوم الاجتماعية، جامعة سطيف 2، على الموقع: https:dspace.univ-setif2.dz

(70) عيدن رزيقة، "ملاحظات نقدية حول التأطير القانوني لسلطة ضبط السمعي البصري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02، 2016، ص 376.

(71) المادة 59 من القانون العضوي رقم 12-05، المتعلق الإعلام، مرجع سابق.

(72) AIT EL DJOUDI Mourad, "L'étendue de la liberté de communication…", op.cit, p 37.

(73) والذي يحدد فيه ما يلي: القدرات المتوفرة للبث الأرضي و/أو عبر الساتل و/أو عبر الكابل، طبيعة خدمة الاتصال السمعي البصري المزمع إنشاؤها، المنطقة الجغرافية المغطاة، اللغة أو لغات البث، كل المعلومات الأخرى والمواصفات التقنية المكملة، القواعد العامة للبرمجة والقواعد المطبقة على الإشهار والدعاية والمبلغ المالي الواجب دفعه وكيفيات دفعه. انظر: المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 16-220، المحدد شروط وكيفيات تنفيذ الإعلان...، مرجع سابق.

(74) على الموقع التالي: www.arav.dz

(75) المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 16-220، المحدد شروط وكيفيات تنفيذ الإعلان...، مرجع سابق.

(76) المادة 20 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(77) عيدن رزيقة، "ملاحظات نقدية حول التأطير القانوني..."، مرجع سابق، ص 373.

(78) أي في أجل 60 يوما ابتداءً من تاريخ أول نشر أو بث للإعلان عن الترشح في وسائل الإعلام الوطنية.

(79) المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 16-220، المحدد شروط وكيفيات تنفيذ الإعلان...، مرجع سابق.

(80) المادة 20 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(81) المادة 31 من القانون نفسه.

(82) مرسوم تنفيذي رقم 16-221 مؤرخ في 11 أوت 2016، يحدد مبلغ وكيفيات دفع المقابل المالي المرتبط برخصة إنشاء خدمة اتصال سمعي بصري موضوعاتي، ج رعدد 48، صادر في 17 أوت 2016.

(83) المادة 31 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(84) كامران محمد قادر، عقد البث الإذاعي والتلفزيوني عبر الأقمار الصناعية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2015، ص ص 19 – 22.

(85) MERAD Abderezak, "Audiovisuel : Les calcules mesquins du pouvoir", El Watan, du 29 Juin 2017, http://www.elwatan.com .

(86) AIT EL DJOUDI Mourad, "L'étendue de la liberté de communication…", op.cit, p 37.

(87) حسب لقاء أجريته مع الأمين العام لسلطة الضبط بتاريخ 13 فيفري 2017.

(88) MERAD Abderezak, "Audiovisuel : Les calcules mesquins du pouvoir", op.cit.

(89) المادة 40 من القانون رقم 14-04، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، مرجع سابق.

(90) مرسوم تنفيذي رقم 16-222 مؤرخ في 11 أوت 2016، يتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني أو للبث الإذاعي، ج رعدد 48، صادر في 17 أوت 2016.

التحكيم الداخلي في القانون الجزائري: مقتضيات تشجيعه وتفعيله*

د. تعويلت كريم،
قسم قانون الاعمال،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. TAOUILT Karim,
Département de Droit des Affaires,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

على عكس القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي أخذ فيها المشرّع الجزائري بأحدث ما توصل إليها القانون المقارن من مبادئ لتشجيعه وتحرير إرادة الطراف فيه، لم تعرف القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي تطورًا كبيرا في اتجاه تشجيع هذه الوسيلة، فلم يأخذ المشرّع الجزائري بالحلول المعمول بها في القانون المقارن، والتي من شأنها أن تشجع على اعتماد هذه الو سيلة في حل النزاعات الخاصة ذات الطابع الداخلي، رغم أنّ اعتماد هذه الحلول من شأنه أن يخفف العبء الملقى على الجهات القضائية التي تعرف اكتظاظا غير مسبوق في القضايا المطروحة أمامها.

فقد حان الوقت لتكريس تلك المبادئ المعمول بها في مجال التحكيم التجاري الدولي على النزاعات الداخلية، وبالتالي تعميم المزايا التي تحققها، خاصة منها فعالية هذا النظام في حسم النزاعات، وكل ذلك مع مراعاة خصوصيات النزاعات الداخلية من حيث أنّها لا تثير تنازع القوانين والتنازع القضائي الدولي، وعليه فإنّ هذه الدراسة تهدف إلى تسليط الضوء على النقائص الموجودة في القواعد المنضمة للتحكيم الداخلي واقتراح الحلول المناسبة لمعالجتها قصد تشجيع اللجوء إلى هذا الطريق البديل.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم الداخلي، تشجيع التحكيم الداخلي، فعالية التحكيم الداخلي، قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/04/18 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Internal arbitration under Algerian law:
The requirements of its promotion and effectiveness

Abstract:

In contrast to the provisions of the Code of Civil and Administrative Procedure governing international commercial arbitration, by which the Algerian legislator has devoted the principles developed in comparative law to encourage this mode of dispute settlement and release the will of the parties involved, the provisions governing internal arbitration have not developed to the same extent and have remained far from the developments experienced by comparative law in this area. As a result, recourse to this alternative mode of dispute resolution has not had the desired enthusiasm to contribute to the decongestion of the State's courts, which suffer from the ever-increasing number of disputes brought before them.

Indeed, in order to generalize their benefits, and to ensure efficiency in the settlement of disputes in particular, we believe that it is time to integrate the principles in force in international commercial arbitration in the provisions relating to internal arbitration, while of course taking into account the nature of internal disputes that do not raise the issue of conflicts of laws and jurisdictions. The purpose of this study is to demonstrate the limits of the current provisions and propose the necessary adjustments to remedy this to make this alternative mode attractive.

Keywords:
Internal arbitration, Promotion of internal arbitration, Effectiveness of internal arbitration, Law of civil and administrative proceedings.

L’arbitrage interne en droit algérien :
Les exigences de sa promotion et de son efficacité

Résumé :

A l’opposé des dispositions du code de procédure civile et administrative régissant l’arbitrage commercial international, par lesquelles le législateur algérien a consacré les principes développés en droit comparé pour encourager ce mode de règlement des différends et libérer la volonté des parties en cause, les dispositions régissant l’arbitrage interne n’ont pas connu le même essor et sont restés loin des développements qu’a connu le droit comparé en la matière. De ce fait le recours à ce mode alternatif de règlement des litiges n’a pas connu l’engouement souhaité pour contribuer au désengorgement des juridictions qui souffrent du nombre sans cesse croissant de litiges portés devant elles.

En effet, dans le but de généraliser leurs avantages, et pour assurer l’efficacité dans le règlement des litiges notamment, nous pensons qu’il est temps d’intégrer les principes en vigueur en matière d’arbitrage commercial international dans les dispositions relatives à l’arbitrage interne, tout en prenant en compte bien sûr la nature des litiges internes qui ne posent pas la question des conflits de lois et de juridictions. Cette étude a pour but de démontrer les limites des dispositions actuelles et de proposer les ajustements nécessaires pour y remédier et rendre ce mode alternatif plus attractif.

Mots clés :
Arbitrage interne, Promotion de l'arbitrage interne, Efficacité de l'arbitrage interne, Droit des procédures civiles et administratives.

مقدمة

نظّم المشرّع الجزائري التحكيم بموجب الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان "في التحكيم"، وقد أفرد الفصل السادسوالأخير من هذا الباب للتحكيم التجاري الدولي تحت عنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري

الدولي"، وعليه يفهم أنّ ما جاءت به الفصول الخمسة الأخرى من هذا الباب تعتبر أحكامًا عامة وتطبق على التحكيم التجاري الدولي في حالة غياب نص خاص في الفصل السادس، فمن هذه الزاوية يمكن القول أنّ القانون الجزائري يأخذ بوحدوية التنظيم القانوني للتحكيم (Régime moniste).

غير أنّ التمعن في مضمون الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، يسمح بالقول أنّ القانون الجزائري للتحكيم يدخل ضمن القوانين التي اختارت أن تميّز بين القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي والقواعد المنظمة للتحكيم الدولي[1](Régime Dualiste)، ويظهر ذلك جليا في التباعد الكبير بين النوعين من حيث التشجيع واللبرالية وفي تنظيم هذه القواعد الخاصة المطبقة على التحكيم التجاري الدولي مسائل تتخطى تلك التي تنبثق من دولية التحكيم، حيث نجد مثلا أنّ حرية الأطراف والمحكمين تأخذ حيزاً كبيراً في التحكيم التجاري الدولي ولا نجد لها إلا حيزا صغيرا بالنسبة للتحكيم الداخلي.

كما أنّ فعالية اللجوء إلى التحكيم، التي تقتضي تحقيق النتيجة المنتظرة من ولوجه، غير مضمونة في إطار التحكيم الداخلي، فعلى عكس القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، لم تكرّس القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي المبادئ التي تضمن هذه الفعالية، خصوصًا عندما يتعلق الأمر بتلك المبادئ التي تصدّ الإجراءات التسويفية ووسائل المماطلة،والتي من الممكن أن تلجأ إليها الأطراف سيئة النّية لإهدار جدوى اللجوء إليه. يضاف إلى ذلك الاختلاف الكبير للتنظيم القانوني لنوعي التحكيم من حيث طرق الطعن ضد أحكام التحكيم الصادرة في ظلها.

فإذا ما سلّمنا بأنّ تشجيع التحكيم الداخلي من شأنه أن يجعل منه طريقا بديلا يساعد في معالجة أزمة العدالة[2]، ويساهم في تخفيف العبء المفروض على الدولة لموجهة الكم المتزايد القضايا المطروحة أمام القضاء، فإن ذلك يمر حتما عبر إعادة النظر في القواعد المنظمة له في اتجاه تحرير إرادة أطرافه ومواجهة ما يعرقل فعاليته، لذلك سنحاول من خلال هذا البحث الإجابة عن الإشكالية التالية: ما هي القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي في القانون الجزائري التي تقتضي إعادة النظر فيها؟ وما هي المبادئ التي يجب تكريسها من أجل تحقيق الهدف من جعل هذا النظام طريقا بديلاً لحل النزاعات والتشجيع على اللجوء إليه؟

المبحث الأول: ضرورة تكريس المبادئ الحديثة التي تحكم اتفاق التحكيم وإجراءاته

تقتضي فعالية التحكيم إحاطة الاتفاق عليه بالضمانات الكفيلة بوضع هذا الأخير حيّز التنفيذ وترتيبه لكامل آثاره التي من أجلها التزم به الأطراف،وتتحقق هذه الفعالية من خلال توسيع حالات صحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل والموضوع، وتحصينه من كل ما

من شأنه أن يحول دول وضعه حيز التنفيذ، وذلك بصد أبواب المماطلة ومنع كل تعطيل غير مبرر ناتج عن سوء نية أحد الأطراف الذي لا يكون التحكيم في صالحه (**المطلبالأول**)، وكذا تحصينه من الآثار السلبية التي يمكن تتسبب فيها الإجراءات الموازية أمام القضاء، والتي يهدف من خلالها بعض الأطراف من أجل انكار اختصاص محكمة التحكيم أو عرقلة إجراءاته قصد إطالة أمد الفصل في النزاع (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: ضرورة تدعيم فعالية اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم نقطة بداية نظام التحكيم، فتشجيع اللّجوء إليه يقتضي تبسيط القيود الشكلية التي يشترطها القانون لصحة هذا الاتفاق من خلال توسيع مفهوم كتابته (**الفرع الأول**)، خاصة في ظل التطورات الحاصلة في مجال وسائل الاتصال في العصر الحالي وانتشار التجارة الالكترونية.

إلى جانب ذلك، فأيّ دفع أو تصرف يصدر عن أحد الأطراف ويستهدف صحة أو وجود هذا الاتفاق سيهدد وضعه حيّز التنفيذ أو يعطله بما يحول دون الفصل في النزاع بالسرعة التي اقتضت استبعاد القاضي الوطني، لذلك وجب حماية هذا الاتفاق وتحصينه من الدفوع التي تثار عادة بسوء نية والمستمدة من العقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به (**الفرعالثاني**).

الفرع الأول: ضرورة تخفيف القيود الشكلية لاتفاق التحكيم

إذا كان تحرير اتفاق التحكيم من القيود الشكلية يهدف إلى ضمان فعالية هذا الاتفاق ومسايرته لما يتطلبه نظام التحكيم من فعالية، خاصة مع التطور الكبير الذي عرفته وسائل الاتصال الحديثة، فإنّ التحرير الكامل والليبرالية المطلقة يمكن أن يهدّدان الأمن القانوني من خلال توسيع أثار اتفاق التحكيم إلى أطراف لم تلتزم به، لأن التعبير عن إرادة الالتزام به غير مقيدة بشكل معيّن، كما يمكن أن يجسّد اللجوء الانفرادي للتحكيم، مما يفقده طبيعته الاتفاقية وما ينتج عن ذلك من اعتداء على إرادة الأطراف، وهي نتيجة عكسية للفعالية المنشودة التي تهدف إلى حماية إرادة الأطراف.

إذا كانت كتابة اتفاق التحكيم ضرورية، ذلك أن الهدف منها هو تفادي النزاع مستقبلاً بين الأطراف حول محتويات اتفاق التحكيم، فإنّ الكتابة المقصودة ليست تلك الكتابة الكلاسيكية التي تسجل على ورقة ممهورة بتوقيع الأطراف مثل ما كان الوضع عليه من قبل، وإنّما الكتابة بالمفهوم الحديث الذي يستوعب كل أشكال الكتابة، بما فيها تلك الناتجة عن التطورات الراهنة في وسائل الاتصال الحديثة، كالفاكس والتلكس والبريد الالكتروني...إلخ، لأن هذه الوسائل تجيز الإثبات بالكتابة.

من هذا المنطلق، يبدو من الضروري أن يقوم المشرّع الجزائري بتوسيع مفهوم الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم الداخلي، سواء كان في صورة شرط أو في صورة مشارطة، وذلك على غرار ما فعل في مجال اتفاق التحكيم التجاري الدولي، لأن الصياغة الحالية لنصي المادتين 1008 و1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية توحي بتقييد اتفاق التحكيم بالكتابة التقليدية.

للإشارة، أوجب المشرّع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم التجاري الدولي كتابة[3]. واشترط تقديمها مع أصل حكم التحكيم لإثبات وجود هذا الأخير وتنفيذه وفقا لما جاء في المادة 1052 من نفس القانون.

لكن حتى وإن كان شرط الكتابة وفقا لهذه النصوص ركنًا من أركان وجود هذا الاتفاق من الأساس وليس مجرّد شرط لإثباته، إلا أنّ المشرّع، وبغرض التخفيف من حدّة هذا الشرط، وسّع من مفهوم الكتابة ليشمل كل الوسائل الحديثة للاتصال كالرسائل الإلكترونية والفاكس والتلكس أو أية وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة[4]، ويكون المشرّع الجزائري بذلك قد تبنى التوصية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في سنة 2006 بخصوص تفسير نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها[5].

الفرع الثاني: تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، من المبادئ العامة والمهمة التي يقوم عليها نظام التحكيم في القوانين الحديثة[6]، ذلك أنّ توافر شروط صحة اتفاق التحكيم في حد ذاته لا تضمن فعاليته وترتيب آثاره، إذا اعتبرنا هذا الاتفاق مرتبطا في مصيره بالاتفاق الأصلي الذي يحدد التزامات أطراف العلاقة التعاقدية[7].

لقد ثبت في عدة مناسبات أنّه حتى وإن كان اتفاق التحكيم صحيحا إلا أن الأطراف سيئة النية يحاولون تفادي آثار الالتزام به عن طريق إثارة عوامل البطلان أو الانقضاء المتعلقة بالعقد الأصلي، من أجل تمديد هذا البطلان أو الانقضاء إلى اتفاق التحكيم، وبالتالي إنكار اختصاص محكمة التحكيم. لذلك ظهرت الحاجة إلى ضرورة فصل هذا الأخير عن العقد الوارد فيه أو المتعلق به عن طريق تقرير استقلاليته عنه.

إذا كانت بداية هذا المبدأ اقتصرت على التحكيم التجاري الدولي[8]، فإن المزايا التي يحققها والفعالية التي يضمنها جعلت الأنظمة القانونية تُعممه ليُطبّق في مجال التحكيم الداخلي[9]، لكن تطبيقه في هذا المجال يستوجب مراعاة خصوصيات هذا النوع من

التحكيم، أي الاقتصار على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بمفهومه الكلاسيكي الذي يتطابق مع فكرة الفصل بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يرد فيه أو يتعلق به[10].

يسمح تطبيق هذا المبدأ بتجنب المماطلة والإجراءات المعطلة التي من الممكن أن يلجأ إليها الطرف السيئ النية، الذي يحاول بكل الطرق عرقلة إجراءات التحكيم من خلال إثارة الدفوع المتعلقة بالعقد الأصلي من أجل إبطال مفعول اتفاق التحكيم الذي ارتضاه بإرادته، فتطبيق هذا المبدأ يؤدي إلى فصل مصير اتفاق التحكيم عن مصير العقد الأصلي.

المطلب الثاني: ضرورة تدعيم سلطات محكمة التحكيم الداخلي

من بين الوسائل التي يلجأ إليها الطرف الذي يرغب في عرقلة إجراءات التحكيم وتعطيله، لجوئه إلى إثارة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، بما يعيد الأطراف من جديد إلى رحاب القضاء للفصل في هذه الدفوع، فسدّ الباب أمام هذه الوسائل في مجال التحكيم الداخلي يقتضي تكريس مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" الذي يسمح بتفعيل هذا النظام (**الفرع الأول**).

إلى جانب ذلك، قد يكون اتفاق الأطراف على التحكيم يهدف إلى الفصل في النزاع بالشكل الذي سيسمح باستمرار العلاقات بينهم، بغض النظر عما يقرّره القانون من حلّ، ويعتبر ذلك من المميزات الأساسية لهذه الوسيلة مقارنة بالقضاء، لذلك نرى أنّ منح محكمة التحكيم سلطة الفصل كمفوض بالصلح من شأنه التشجيع على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات الداخلية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تخويل محكمة التحكيم الداخلي سلطة الفصل في اختصاصها

بيّنت الممارسة أنّ أغلب هذه الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص محكمة التحكيم تثار من باب سوء النيّة، لهذا وضعت القوانين الحديثة مبدأ تمنح بموجبه محكمة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفوع، وهو المبدأ الذي لا نجد له أثراً في القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي في القانون الجزائري.

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه، أو ما يعبّر عنه بمبدأ "الاختصاص-بالاختصاص"، من المبادئ الأساسية والحيوية لنظام التحكيم[11]، فإعمال هذا المبدأ يسمح باستمرار المحكم أو محكمة التحكيم في أداء مهمتها رغم إثارة الدفع بعدم اختصاصها أو الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم أو إثارة الشّك حول صحته.

فإذا دفع أحد الأطراف أمام محكمة التحكيم بعدم اختصاصها، فإنّه يمكن لهذه المحكمة أن تنظر الدفع وتبحث سببه. فإن كان مبنيًا على بطلان الاتفاق على التحكيم، فيدخل في سلطتها البحث في صحة الاتفاق أو بطلانه. وإذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام، كان لمحكمة التحكيم أن تبحث مدى تعلق المخالفة بالنظام العام وأثر ذلك على

صحة الاتفاق، وبالتالي تحديد ما يُعدّ متعلقًا بالنظام العام وما لا يعد كذلك، وهذا دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم وعرض ذلك الدفع على قضاء الدولة للفصل فيه[12].

إنّ عدم تكريس مبدأ "الاختصاص- بالاختصاص" في مجال التحكيم الداخلي يجعل من القاضي الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في كل منازعة تتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو وجوده أو شموله على النزاع المطروح، وهذا يُفقد اتفاق التحكيم فعاليته بالنظر إلى أنّ الأطراف يضطرون للرجوع أمام القاضي الذي أرادوا تجنب اللجوء إليه باتفاقهم على التحكيم، والعودة إلى القاضي معناه العودة إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة لحل النزاع[13].

لم يكرّس المشرّع الجزائري هذا المبدأ في القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي، بل اقتصر على تكريس أثره الإيجابي في إطار القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وبالتحديد في المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا لا يخدم تطور التحكيم الداخلي في الجزائر.

للإشارة، ينطوي مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" على جانبين: جانب إيجابي يهدف إلى الاعتراف لمحكمة التحكيم بسلطة الفصل في مسألة اختصاصها؛ وجانب سلبي يمنع القضاء الوطني من النظر في مسألة اختصاص محكمة التحكيم حتى تفصل فيها هذه الأخيرة بالأولوية. غير أنّ الجانب السلبي يشكّل إلى حد الساعة خصوصية فرنسية كرستّه محكمة النقض قبل أن تنص عليه المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية بصيغته المعدلة في 2011 ويطبّق على التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا[14].

الفرع الثاني: في منح محكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح

تمنح أغلبية الأنظمة القانونية الحديثة للأطراف حرية الاتفاق على إعطاء محكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح[15]، وفي هذا النوع من التحكيم تطلق سلطة محكمة التحكيم بالفصل في النزاع وفقا لما تراه محققًا للعدالة والإنصاف، وبالتالي التحرّر من أحكام القانون[16].

على عكس التوجه العام في القانون المقارن، استبعد المشرّع الجزائري التحكيم بالصلح في التحكيم الداخلي صراحة، حيث نصّت المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّ محكمة التحكيم تفصل في النّزاع وفقا لقواعد القانون فقط.

للإشارة، يعتبر موقف المشرّع الجزائري من التحكيم بالصلح تراجعًا غير مبررًا عما نص عليه قانون الإجراءات المدنية الملغى، حيث كانت المادة 451 منه في فقرتها الأخيرة تنص على " ويفصل المحكمون والمحكم المرجح في التحكيم وفقا للقواعد القانونية إلاّ إذا كان اتفاق التحكيم قد خول لهم سلطة الفصل في النزاع كمحكمين مفوضين بالصلح"، كما أكّدت

على هذه السلطة في مجال التحكيم التجاري الدولي المادة 458 مكرر 15 التي أُدخلت إلى قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993.

يرى جانب من الفقه أنّ فصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح يُلجأ إليه أكثر في التحكيم الداخلي منه في التحكيم الدولي، وأنّ في هذا النوع من التحكيم تبقى محكمة التحكيم ملزمة باحترام قواعد النظام العام[17].

المبحث الثاني: ضرورة التخفيف من الرقابة القضائية على حكم التحكيم الداخلي

إذا كان تجسيد رقابة الدولة عن طريق قضائها على التحكيم أمر ضروري ويستلزمه التأكد من اتجاه إرادة الأطراف إلى إحداث هذا الأثر (وجود اتفاق التحكيم وصحته) من جهة، وعدم تقييد هذه الإرادة من قبل المشرّع (القابلية للتحكيم) من جهة أخرى[18]، فإنّ تشجيع التحكيم يتطلب التخفيف من الرقابة القضائية المفروضة عليه، وذلك قصد التوفيق بين الفعالية المرجوة من ولوج هذا الطريق البديل لحل النزاعات، وضرورة الرقابة القضائية عن طريق فتح باب الطعن كون هذا الأخير يجعل إحقاق الحق أكثر احتمالا[19].

إنّ الاطلاع على القوانين المقارنة يسمح بالتأكد من أنّ البلدان التي خفّفت من الرقابة القضائية على التحكيم، وبالتالي إلغاء الوصاية القضائية التقليدية على هذه الوسيلة البديلة لفض النزاعات، وسمحت بالتخفيض من حجم القضايا المعروضة على القضاء الذي يعاني أزمة الكم التي انعكست على نوعية العمل القضائي (**المطلب الأول**)، لذلك، لا يوجد في رأينا ما يحول دون تكريس هذا التوجه في القانون الجزائري (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الرقابة على حكم التحكيم الداخلي في القانون المقارن

اختلف القانون المقارن حول مسألة خضوع حكم التحكيم لرقابة القاضي، سواءً من حيث طرق الطعن التي يخضع لها، وسواءً من حيث أوجه الطعن التي يتأسس عليها، ففي حين يستبعد البعض طرق الطعن التقليدية تماما(**الفرع الثاني**)، نجد أنّ البعض الآخر يذهب إلى إخضاع حكم التحكيم لطرق الطعن التي يخضع لها الحكم القضائي(**الفرع الأول**).

الفرع الأول: الأنظمة القانونية التي تغلب الرقابة القضائية على فعالية التحكيم

تخضع هذه الأنظمة القانونية أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية، حيث تجيز الطعن في أحكام التحكيم بالاستئناف وبالتماس إعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، بالإضافة إلى الطعن بالبطلان،ومن بين القوانين التي أخذت بهذا التوجه نجد القانون الفرنسي قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في سنة 2011.

لقد كان القانون الفرنسي - قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية سنتي 1980 و1981 - لا يميّز بين حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي، حيث يخضعان لنفس طرق الطعن، وهي نفس طرق الطعن الموجهة ضد أحكام القضاء[20]. أمّا بعد التعديلين، أصبح القانون الفرنسي يميّز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وفرّق بين طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلي التي بقيت شبيهة إلى حد بعيد بما كان عليه الوضع في المرحلة السابقة، وأضاف طريق الطعن بالبطلان الذي وضعه القضاء الفرنسي، لكن لا يمكن الجمع بين هذا الطريق وطريق الاستئناف. بينما كرّس المشرّع الفرنسي طريق البطلان كطريق وحيدة للطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي مع تحديد حالاته تحديدًا حصريا(وهذا لا يدخل في دراستنا التي تقتصر على التحكيم الداخلي).

من بين ما استند إليه أصحاب هذا الاتجاه، كون الطعن في حكم التحكيم تمليه نفس المبررات التي وضعت من أجلها طرق الطعن ضد الأحكام القضائية[21]، والتي تهدف في مجملها إلى تدارك الخطأ المحتمل الذي يقع فيه القاضي أو المحكم، وأنّ وجود نظام الطعن يحفّز كل من المحكم والقاضي إلى بذل المزيد من الجهد لتجنب الخطأ حتى لا يكون حكمهما عرضة للإلغاء[22].

إلى جانب ذلك، يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الطعن يرفع أمام القضاء صاحب الولاية العامة في القيام بالوظيفة القضائية، فارتكاز التحكيم على اتفاق الأطراف، يجعل من إخضاع الأحكام الصادرة بناءً عليه إلى رقابة القضاء أمراً ضروريًا. وأنّ إخضاع حكم التحكيم لطرق طعن متعددة يعود لاختلاف أهداف الطعن بحد ذاته، فمنها ما يهدف إلى التمكين من إعادة الفصل تكريسا لضمان إقرار العدالة من خلال درجتي التقاضي، ومنها ما يهدف إلى إلغاء الحكم جملة وتفصيلا مثلا[23].

الفرع الثاني:الأنظمة التي تغلب فعالية التحكيم على الرقابة القضائية

تحظر هذه الأنظمة القانونية الوطنية الطعن في حكم التحكيم بصفة مطلقة، ولا تسمح إلاّ بدعوى البطلان الأصلية كما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري، الذي لا يميّز في ذلك بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، لقد منعت المادة 52 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الطعن في أحكام التحكيم بطرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وسمحت فقط برفع دعوى البطلان ضد هذا الحكم في الحالات الثمانية المحددة حصرياً في المادة 53 من نفس القانون.

لقد انتقد البعض موقف المشرّع المصري، وذلك على أساس أنّ استبعاد طرق الطعن التقليدية من شأنه أن يؤدي إلى صدور أحكام مبنية على مستندات مزورة أو وقائع غير سليمة قد لا تعالجها دعوى البطلان[24].

إلى جانب القانون المصري، جاء تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في نفس الاتجاه، حيث نصت المادة 1489 منه على أنّ حكم التحكيم لا يقبل الاستئناف إلاّ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، واعتبر هذا القانون أنّ حكم التحكيم يمكن الطعن فيه بطريق البطلان فقط وفي الحالات المحددة حصرياً في نص المادة1492 من نفس القانون، كما أنّه لا يمكن الجمع بين دعوى البطلان والطعن بالاستئناف، غير أنّ المادة 1501 من نفس القانون سمحت باعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

يرى جانب من الفقه[25] أنّ فعالية نظام التحكيم تبرر موقف القانون الفرنسي في هذا المجال، فإخضاع أحكام التحكيم لطرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية سيعرقل السرعة التي يتمتع بها نظام التحكيم كوسيلة لحسم النزاعات، لأنّ مجرّد وجود طريق للطعن ضد حكم التحكيم يعني عدم استقرار الحجية التي يكتسبها بمجرّد صدوره.

يضاف إلى ذلك أنّه عادة ما تكون طرق الطعن موقفة للتنفيذ، وبالتالي سوف يتأخر الحصول على سند صالح للتنفيذ، هذا إضافة إلى كون القضاء مثقلا بالقضايا، وهو ما يؤدي إلى تأخّر الفصل في الطعون المقدمة ضد أحكام التحكيم.

إلى جانب ذلك، فإنّ اعتماد طريق الاستئناف سيؤدي إلى إعادة النظر في ما وصل إليه المحكم في حكمه، لأن القاضي له سلطة إعادة النظر في النزاع من حيث الواقع والقانون، مما يجعل التحكيم عديم الجدوى خاصة إذا اتفق الأطراف على إعطاء المحكم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح[26].

المطلب الثاني: في ضرورة تخفيف الرقابة على حكم التحكيم الداخلي في القانون الجزائري

يحتاج التنظيم الذي حظيت به طرق الطعن ضد حكم التحكيم في النزاعات الداخلية إلى إعادة النظر ليتماشى مع ما هو معمول به في القانون المقارن في العصر الحالي، وذلك في اتجاه تبسيط نظام التحكيم وتفعيله لكي يصبح طريقا عاديا لحل النزاعات، يساهم في التخفيف عن كاهل القضاء من حجم القضايا المطروحة أمامه، فالوضع الحالي يمتاز بالرقابة المشدّدة على حكم التحكيم التي من شأنها أن تجعل نزام التحكيم تحت وصاية القضاء، وبالتالي إهدار جدوى اللجوء إليه (**الفرع الأول**)، لذلك فمن الضروري التوجه نحو تخفيف هذه الرقابة بشكل يسمح بالتوفيق بين ضرورة الرقابة القضائية ومقتضيات الفعالية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: واقع طرق الطعن ضد حكم التحكيم الداخلي في القانون الجزائري

حاول المشرّع الجزائري، من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن يوفّق بين الاتجاهين السابقين بغرض إيجاد حل وسط يوازن بين الفعالية الضرورية التي يبنى عليها

نظام التحكيم الحديث، وضرورة الرقابة القضائية التي تضمن التأكد من احترام المحكم لإرادة الأطراف والمهمة المسندة إليه، من أجل ذلك، ذهب المشرّع الجزائري إلى إجازة الطعن في حكم التحكيم أمام القضاء، غير أنّه حصر طرق الطعن في الاستئناف واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، بينما نص صراحة على استبعاد المعارضة والطعن بالنقض.

لقد نصت المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن حكم التحكيم يقبل الاستئناف مبدئيًا في أجل شهر واحد من تاريخ النطق به، وذلك أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم، غير أنّ هذه المادة سمحتبتنازل الأطراف عن حق الاستئناف صراحة في اتفاق التحكيم[27].

إلى جانب الطعن بالاستئناف، سمح المشرّع الجزائري بالطعن في حكم التحكيم الداخلي باعتراض الغير الخارج عن الخصومة،الذي يعتبر من طرق الطعن غير العادية ويهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الذي فصل في أصل النزاع، ويؤدي إلى الفصل من جديد في النزاع من حيث الوقائع والقانون[28]. فقد نص المشرّع الجزائري على هذا الطعن في الفقرة الثانية من المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،وجعلت الاختصاص بالنظر فيه للمحكمة المختصة أصلا بالنظر في موضوع النزاع لو لا الاتفاق على التحكيم.

للإشارة، لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية آجالا خاصة لرفع اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على حكم التحكيم، وهو ما يؤدي بنا إلى العودة إلى الآجال المنصوص عليها في المادة 384 من نفس القانون والخاصة بالاعتراض على الحكم القضائي والمقدرة بـ 15 سنة من تاريخ صدور الحكم أو شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للغير.

الفرع الثاني: في ضرورة تفضيل الطعن بالبطلان على طرق الطعن التقليدية.

تقضي القاعدة العامة في مجال التحكيم بأن أحكام المحكمين نهائية لا تقبل الطعن فيها حتى تتحقق الحكمة من نظام التحكيم، وهي سرعة الفصل في المنازعات بين أطراف العلاقة القانونية، حتى لا تظل المشاكل معلقة بينهم، وحتى يتمكنوا من تحقيق استمرار علاقاتهم[29].

من هذا المنطلق، يتجلى لنا أن اعتماد المشرّع الجزائري على رقابة الاستئناف على حكم التحكيم لا يشجع على اختياره لحل النزاعات بدلا من الأطراف وكان من الأفضل تكريس رقابة البطلان فقط نظرا لاعتمادها في القانون المقارن، ونظرا كذلك لانسجامها مع طبيعة التحكيم والغرض من اختياره.

الطعن بالاستئناف ضد أحكام التحكيم لا يشجّع على ولوج طريق التحكيم للفصل في النزاعات، وذلك لأنّه يؤدي إلى إعادة النظر فيما توصل إليه المحكم من حل للنزاع المطروح بين الأطراف،كون قاضي الدرجة الثانية سيفصل من جديد من حيث القانون

والواقع،وإعادة النظر في حكم التحكيم بهذه الكيفية لا تتوافق مع طبيعة نظام التحكيم والغرض منه، لأنّ الخصوم قصدوا باتفاقهم على التحكيم استبعاد القضاء، بما يتضمنه من إجراءات معقدة وعلانية وأحكام تصدر طبقا للقانون، واللجوء إلى عدالة أخرى أكثر سرعة وتجرى في كنف السرية[30].

لا شك أنّ نفس الاعتبارات السابقة هي التي دفعت بالمشرّع إلى استبعاد هذا الطريق من طرق الطعن ضد حكم التحكيم التجاري الدولي،وقصد التالي تشجيع نظام التحكيم في هذا المجال وتخفيف رقابة القضاء التي من الممكن أن تكون عائقا أمام فعاليته في حل النزاعات[31]، لذلك لا نرى ما يمنع من استبعاد الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة في مجال التحكيم الداخلي أيضا حتى نشجعه ونضمن فعاليته.

للإشارة، فإن السماح للأطراف بالاتفاق على استبعاد طريق الطعن بالاستئناف في نص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يكفي لتفعيل هذا النظام، لكون الأطراف عادة ما لا ينظمون هذه المسائل في اتفاقاتهم، وكان من الأجدر على الأقل أن يكون المبدأ عدم قابلية الحكم للاستئناف والاستثناء إمكانية اتفاق الأطراف على قابليته للاستئناف.

إنّ تشجيع التحكيم الداخلي وضمان فعاليته يقتضيان حصر الطعن ضد الأحكام الصادرة في ظله في منازعة البطلان واستبعاد طرق الطعن الأخرى التي تهدف إلى إعادة النظر في مضمون هذه الأحكام[32]، فطريق البطلان يتماشى وطبيعة نظام التحكيم، لأنّ دعوى البطلان ليست طريقا للطعن في حكم التحكيم، كما أنّها ليست درجة ثانية من درجات التقاضي ضد هذا الحكم، وإنّما هي طريق خاص لمراجعة أحكام التحكيم قصد مواجهة ما يكمن أن يعتري الحكم من عيوب من شأنها أن تمس صحته بوصفه عملا قانونيا بصرف النظر عما قضى به في موضوع النزاع[33].

يهدف الطعن بالبطلان إذن إلى التحقق من تطابق إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ومدى احترام المحكم لهذه الإرادة، كما يهدف كذلك إلى التحقق من احترام محكمة التحكيم للمبادئ الأساسية للمحاكمة العادلة أثناء سير خصومة التحكيم وأثناء صدور الحكم، بالإضافة إلى مراقبة مراعاة هذا الحكم للنظام العام، لذلك فعادة ما يتم تحديد الحالات التي تقبل فيها دعوى البطلان تحديدا حصرياً كما هو الشأن في القانون المصري[34] و في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والخاصة بحالات الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم التجاري الدولي.

خاتمة

يمكن للتحكيم الداخلي أن يلعب دوراً كبيراً كطريق بديل لحل النزاعات، ومنه التخفيف من العبء الملقى على عاتق الجهات القضائية، وما ينتج عنه من طول مدة الفصل في النزاعات ونوعية الأحكام القضائية، وما يخلقه ذلك من شعور سلبي لدى المتقاضين، عادة ما ينتهي بالتشكيك في نزاهة وشفافية الجهاز القضائي. فاللجوء إلى التحكيم لا يحقّق مصلحة المتقاضين فحسب، بل يمكن أيضا أن يكون كوسيلة لتخفيف العبء عن المحاكم وفض المنازعات التي تثير مسائل فنية بحتة عن طريق المتخصصين، وهي غاية تمس بالصالح العام أيضا.

أضحى تشجيع التحكيم الداخلي أمراً ضروريًا أكثر من أي وقت مضى،لذلك فإنّ إعادة النظر في القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي بالشكل الذي يضمن له الفعالية التي تميّزه عن القضاء، سيشجّع أطراف النزاعات على ولوجه. ومن أجل ذلك، ينبغي على المشرّع أن يضع قواعد تجسّد حرية الأطراف بما يتماشى مع الطابع الاختياري الاتفاقي للتحكيم، وقواعد أخرى تضمن التزام الأطراف أنفسهم بمبدأ حسن النية، وذلك عن طريق تكريس المبادئ المعمول بها في القانون المقارن والتي تسمح بمحاربة المماطلة والتعطيل غير المبرر للإجراءات، على غرار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومبدأ "الاختصاص- بالاختصاص".

من جانب آخر، لاشكّ أنّ طرق الطعن في حكم التحكيم من المسائل التي تبيّن مدى القوة التي تتمتع بها أحكام التحكيم، وكذلك مدى السلطات التي يبيحها القانون للقضاء الوطني للرقابة على أحكام التحكيم، والتي تؤثر بشكل كبير ومباشر على فاعلية هذا النظام ومدى إقبال المتقاضين عليه، فإذا كان من الواجب فتح باب الطعن ضد أحكام التحكيم، فإنه ينبغي حصر هذه الطرق ما أمكن، مراعاة للطبيعة الخاصة لهذا النظام والغرض من اللجوء إليه، وبهذا يتحقق التوازن بين الاعتبارين.

الهوامش:

[1]- في جدوى هذا التمييز:

Pierre MAYER, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », Rev. Arb., *n°2, 2005, p.363.*

[2]- إذ من بين الأسباب التي ساعد على اللجوء إلى الطرق البديلة نجد أزمة العدالة، لتفصيل هذا الموضوع:

عيساوي عزالدين، "الطرق البديلة لتسوية النزاعات:جواب فكر ما بعد الحداثة لأزمة العدالة"، مداخلة مقدمة لأعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات في القانون الجزائري، الحقائق والتحديات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، أبوداو، يومي 26 و27 أبريل 2016 (غير منشورة).

[3]- تنص هذه المادة على أنه "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

[4]- جاء هذا النص استجابة لما طالب به الفقه الجزائري من ضرورة التوسيع في مفهوم الكتابة الوارد في هذه المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية الملغى لكي يستوعب الوسائل الحديثة في الاتصال بما يتماشى على الأقل مع ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.:عليوش قربوع كمال،التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2001، ص33و34.

[5]- اعتمدتهالجنةالأمم المتحدةللقانونالتجاريالدوليفي٧تموز/يوليه٢٠٠٦ بمناسبة دورتها التاسعة والثلاثين.

[6]-انظر:

ThomasCLAY, « « Liberté, Egalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage », JDI *, n°2, 2012, p.472.*

[7]-لمزيد من التفصيل في هذا المبدأ: تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي: دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2004.

[8]- قررته محكمة النقض الفرنسية بمناسبة الفصل في قضية "Gosset" المعروفة بتاريخ 7 ماي 1963 على الشكل التالي:

> « En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles …une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cette acte ».

[9]-فعلى سبيل المثال، طبقه القضاء الفرنسي في مجال التحكيم الداخلي حتى قبل النص عليه قانونا في المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية في صياغته الجديدة بعد تعديل سنة 2011.

[10]- وهي الفكرة التي دافع عنها الأستاذ "MAYER" حتى في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث يرى أنّ مصطلح الاستقلالية يؤدي إل حلول غير منطقية خاصة منها إدخال اتفاق التحكيم في فكرة العقد الطليق. في ذلك:

Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », Rev. Arb.*, 1998, p.360.*

[11]- يعرف هذا المبدأ على أنّه: "حق المحكم في تكوين عقيدته حول تحديد اختصاصه وتأكيد ذلك بحكم مع إعمال رقابة القضاء على هذا الحكم لاحقا".

أنورعليأحمدالطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 28.

[12]- انظر في ذلك: أحمدمحمدالهواري، "موقف التشريعات العربية من الاتجاهات الحديثة في التحكيم مع التركيز على قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات ومشروع القانون الاتحادي"، بحوث المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28-30 أبريل 2008، ص625. منشور على الرابط التالي:

http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/arabic_prev_conf2008.asp

[13]- لتفصيل أكثر في مبرّرات مبدأ "الاختصاص-بالاختصاص" وأسسه: تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017، ص 26 وما يليها.

[14]- في هذا الخصوص: تعويلت كريم، "الرقابة القضائية على اختصاص المحكم"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الخامسة، الجلد 10، عدد 02،-2014، ص199 و200.

[15]- راجع على سبيل المثال: المادة 1478 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي؛ المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994؛ الفصل 327-18 فقرة 3 من قانون المسطرة المدنية المغربي،

[16]- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص174.

[17]- انظر في ذلك:

ThomasCLAY, ""Liberté, Egalité, Efficacité": La devise du nouveau droit français de l'arbitrage", JDI *n° 2, 2012, p. 501.*

[18]- أحمد علي السيد خليل، "مدى إمكانية تعايش التحكيم والطعن معاً"، بحوث المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28-30 أبريل 2008، ص625.

بحث منشور على الرابط التالي: http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/arabic_prev_conf2008.asp

[19]- راجع: تعويلت كريم،" الرقابة القضائية على اختصاص المحكم"، مرجع سابق، ص198.

[20]- للتفصيل أكثر: علي بركات، الطعن في أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 18 وما يليها.

[21]- وذلك بالنظر للطبيعة القضائية للحكمين. في نفس المعنى: حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 1998، ص 7.

[22]- راجع في ذلك:أحمد علي السيد خليل، مرجع سابق، ص 880.

[23]- المرجع نفسه، ص882 و883.

[24]- راجع:حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، د. د. ن، الكويت، 1996، ص 480؛ رضوان إبراهيم عبيد ، " النظام القانوني لدعوى البطلان لحكم التحكيم وفق أحكام القانون الأردني والمقارن"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد 2، 2006، ص496 و497.

[25]-أحمد علي السيد خليل، نفس المرجع، ص 876 و877.

[26]-حيث جاءت المادة 1033 كما يلي: "يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في اجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم".

[27]- راجع نص المادة 380 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[28]- راجع المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[29]- محمود سمير الشرقاوي، " التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري"،مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والأبحاث القانونية،عدد 5، 1997،ص 30.

[30]-في نفس المعنى:علي بركات، مرجع سابق، ص 32.

[31]- وقد اكتفى المشرّع بالنص على طريق الطعن بالبطلان فقط في المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد حدّد حالاته على سبيل الحصر في المادة 1056 من نفس القانون.

[32]- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998، ص10.

[33]-علي بركات، مرجع سابق، ص39 و40.

[34]- راجع المادة 53 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994.

تغيير الطبيعة القانونية لعقد العمل من محدد المدة إلى غير محدد المدة على ضوء الأحكام القضائية *

د. بلميهوب عبد الناصر،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

Dr. BELMIHOUB Abdenasser,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou, 15000 Tizi Ouzou, Algérie.

الملخص:

كقاعدة عامة، لا يمكن أن يبرم عقد العمل إلاّلمدة غير محددة، أما تحديد مدة عقد العمل فلا يتحقق إلا فيبضع حالات استثنائية محددة قانونا، لذلك يعدّ عقد العمل محدّد المدّة عقدا استثنائيا قانونا. غير أنّ إبرام عقد العمل محدد المدة، يجب أن يكون وفقا لمجموعة من الشروط القانونية، وإلاّ يتم تغيير الطبيعة القانونية للعقد، من محدّد المدة إلى غير محدّد المدة.

الكلمات المفتاحية:

عقد العمل محدد المدة، تغيير الطبيعة القانونية لعقد العمل، إعادة تكييف عقد العمل.

Changing the legal nature of the Labour Contract from fixed to indefinite duration- according to judicial decisions

Abstract:

As a general rule, a labour contract can be concluded only for an indefinite duration, the determination of the working duration of the contract is not reached that in some particular cases.Thus Labour contract for term is regarded as an exptionel all contract.

However, the conclusion of the fixed-term contract, It must comply with a set of legal requirements, Otherwise its legal nature will be changed from a fixed-term contract to an indefinite period.

Keywords:

A limited labour contract, change of the legal nature of the contract of employment, the requalification of the contract of employment.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/09/10 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Changement de la nature juridique du contrat, de durée déterminée à durée indéterminée à la lumière de la jurisprudence

Résumé :

En règle générale, le contrat de travail ne peut être conclu que pour une durée indéterminée, la détermination de la durée du contrat de travail n'est envisageable que dans quelques cas particuliers ; le contrat à durée déterminée est donc un contrat exceptionnel. Cependant, la conclusion du contrat de travail à durée déterminée, doit être conforme à un ensemble de conditions juridiques, sous peine d'atteinte à sa nature juridique : d'un contrat à durée déterminée à une durée indéterminée.

Mots clés:

Contrat de travail à durée déterminée, changement de la nature juridique du contrat de travail, la requalification du contrat de travail.

مقدمة

تنص المادة 11 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، الذي يتعلق بعلاقات العمل[1]،على أنّ عقد العمل يبرم لمدّة غير محدودة إلاّ إذا نُص على غير ذلك كتابة. يتضح من نص هذه المادة أنّ إبرام عقد العمل،كقاعدة عامة، لا يمكن أن يكون إلاّ لمدة غير محددة، أما تحديد مدة عقد العمل فلا يتحقق إلا فيبضع حالات استثنائية محددة قانونا، لذلك يعدّ عقد العمل محدّد المدّة عقدا استثنائيا قانونا.

وتعود الحكمة في ذلك إلى أنّ تكريس المشرع ديمومة علاقة العمل يعد من أهم الضمانات التي اكتسبها العمال بعد نضال طويل، ويُجسد ذلك عن طريق التشغيل بعقود العمل غير محدد المدة، كما أنّ مناصب العمل الدائمة في المؤسسة يجب أن يشغلها عمال بعقود عمل غير محددة المدة لاعتبارات إنسانية مرتبطة بحياة وكرامة العامل الذي يعول في عيشه على المقابل الذي يتلقاه نظير الجهد الذي يبذله في أداء العمل المتفق عليه بموجب عقد العمل.

في المقابل،إذا كانت المؤسسة الاقتصادية تمر بأوضاع اقتصادية تقتضي، في بعض الأحيان، تقليص عددٍ من العمال لأسباب اقتصادية، فإن المشرع يمَكِّن صاحب العمل من ذلك. غير أن تعقيد[2] و/أو طول إجراءات تقليص عدد العمال، خاصة عن طريق التسريح لأسباب اقتصادية، والتعويضات التي يتحملها صاحب العمل، يجعلان صاحب العمل يفضل الارتباط بعقود عمل مؤقتة لتفادي كل هذه المشاكل.

كما أن صاحب العمل قد يحتاج إلى أيد عاملة بشكل ظرفي ومؤقت لمواجهة حاجته لتنفيذ أعمال غير مرتبطة بالنشاط العادي والدائم للمؤسسة، أو أنها أنشطة غير دائمة،وبالتالي مكّنَ المشرع صاحب العمل بأن يحدد مدة عقد العمل. غير أنّ ذلك يجب أن يكون محترما لمجموعة من الشروط القانونية وإلاّ يتم تغيير طبيعة عقد العمل من محدّد إلى غير محدّد المدة.

أولا:الشروط القانونية لتحديد مدة عقد العمل

كرس القانون رقم 90-11، المتعلق بعلاقات العمل، مبدأ ديمومة علاقة العمل، أمّا تأقيت العلاقة فيكون في حالات استثنائية محدّدة حصرا بموجب القانون. وعليه، فإن الاستثناء يتحقق فقط حين توفر الشروط القانونية الثلاثة التي حدّدها المشرع، وهي:

- وجوب أن يكون هناك سبب لتحديد مدة عقد العمل؛
- وجوب أن يتضمن العقد مدّةً معينة ملائمة لسبب تحديدها؛
- وجوب أن يكون العقد مكتوبا.

يبقى التساؤل عن مدى اشتراط أن يكون المنصب أو النشاط مؤقتا، بمعنى هل أن تحديد مدّة عقد العمل يجب أن لا يتم في حالة كون النشاط دائما.

بالعودة إلى القانون المقارن، نجد القانون الفرنسي القديم يقضي صراحة على أنه حين تحديد مدة عقد العمل لا يجب أن يتعلق موضوعه أو أثره بالنشاط العادي والدائم للمؤسسة[3]، بالتالي عقد العمل محدّد المدّة يجب ألا يتم إذا كان النشاط يتصف بالديمومة.

أما المشرع الجزائري فلم يدرج مثل هذا الحكم في القانون رقم 90-11، لذلك لا يجب النظر إلى طبيعة المنصب الذي يشغله العامل بعقد محدّد المدّة أهو دائم أو مؤقت للفصل فيما إذا كانت مدته محددة أم لا، بل يجب البحث في مدى توفر الشروط القانونية لتحديد مدّة عقد العمل من عدمها. وهذا هو الموقف الذي اتخذته الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في العديد من قراراتها، إذ قضت بأنه لا يكفي الاستناد إلى أن المنصب محل العقد منصب دائم لإعادة تكييف العقد من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة[4].

1- شرطوجود سبب لتحديد مدّة عقد العمل

اشترط المشرع بموجب المادة 12 من القانون رقم 90- 11على صاحب العمل الذي يريد إبرام عقد العمل محدّد المدّة أن يذكر بدقة سبب تحديده، كما يجب أن يكون هذا السبب مطابقا لإحدى الحالات الواردة في المادة 12[5] من هذا القانون، وهي خمس حالات يُسمح حين توفر أحدها بتحديد مدّة عقد العمل.

لكن، يمكننا في هذا الخصوص أن نبدي الملاحظتين الآتيتين:

-الملاحظة الأولي: إن المشرع قد وسع في عدد الحالات التي يسمح فيها بتحديد مدّة عقد العمل، إذ تضمنت المادة 12 من القانون رقم 90-11 المذكور أربع فقرات ثم استكملت بفقرة خامسة في تعديل 1996[6] حين أضاف النشاطات أو الأشغال ذات المدّة المحدودة أو المؤقّتة بحكم طبيعتها[7].

- الملاحظة الثانية: إن مفهوم الحالات التي يبرم خلالها عقد العمل محدّد المدّة جاء واسعا، إذ تقريبا لا يمكن أن نجد نشاطا لا يمكن إدراجه ضمن إحدى هذه الحالات. وبيان ذلك كما يأتي:

فمثلا بالنسبة إلى الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون رقم 90-11، سمح المشرع لصاحب العمل الذي يشتغل بعقود الأشغال بأن يكون جميع عماله يعملون بعقود عمل محدّدة المدّة، وهو أمر غير معقول، إذ للمؤسسة حجم نشاط عادي يجب أن تواجهه بتشغيل عمال بعقود عمل غير محدّدة المدّة.

الأمر نفسه، فيالفقرة الثالثة من المادة ذاتها، التي يسمح المشرع بموجبها لصاحب العمل بتحديد مدة عقد العمل عندما يتعلق الأمر بتزايد في العمل من دون أن يخصص أي نوع من التزايد، إذ هناك تزايد مؤقت واستثنائي للعمل وهو تزايد ظرفي يسمح بمواجهته بعقود عمل مؤقتة، أما التزايد الناتج عن قيام صاحب العمل باستثمارات جديدة، فالمفروض أنه لا يمكنه بصدده أن يبرم إلاّ عقودا عمل غير محدّدة المدّة، غير أن المشرع لم يبين كل هذه الحالات.

الحالة نفسها، بالنسبة إلى ما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 12 من القانون رقم 90-11، إذ يسمح المشرع الجزائري لصاحب العمل بتحديد مدة عقد العمل إذا كان الأمريتعلق بنشاطات محدودة أو مؤقتة بطبيعتها، لكن المشرعأغفل وضع قائمة بالنشاطات المؤقتة أو المحدودة بحكم الطبيعة[8]، ونرى أنه كان يتعين عليه، على الأقل، أن يحيلنا إلى التفاوض الجماعي لوضع قائمة بهذه النشاطات.

2- شرط تضمُّن العقد مدّةً وأن تكون ملائمة لسبب تحديدها

لم يحدد المشرع في القانون رقم 90-11 المدّة القصوى التي يُسمح خلالها بتحديد مدّة عقد العمل.وعليه لا يمكن التقيد بمدّةٍ لا يجوز تجاوزها حين تحديد مدّة عقد العمل. نتيجة لذلك، يمكن أن يكون عقد العمل محدّد المدّة لعدد من الساعات أو الأيام أو حتى السنوات.

فإن أرادت مؤسسة اقتصادية أن تنشئ شبكة داخلية للإعلام الآلي، يمكنها أن تبرم عقد عمل محدّد المدّة مع مهندس مختص في شبكات المعلومات، ويكون ذلك لمدّة قصيرة لا تتعدى بضعة أيام. وعلى عكس ذلك، لو أن مؤسسة اقتصادية فازت بعقد إنجاز سدّ، مثلا، يمكنها أن تبرم عقود عمل محدّدة المدّة مع عمال لمدّة المشروع، الذي قد يدوم لعدد من السنوات. بالتالي فإن القانون رقم 90-11 لم يهتم بتعيين مدّة قصوى لعقد العمل محدّد المدّة.

غير أن المشرع،لكي يوازن إلغاء شرط تحديد مدّة قصوى لعقد العمل محدّد المدّة،

وضع شرطا آخر هو أن تكون المدّة ملائمة لسبب تحديد مدّة عقد العمل، وذلك بموجب المادة 12 مكرر[9] من القانون رقم 90-11، التي تقضي بما يأتي: ((*يتأكد مفتش العمل المختص إقليميا، بحكم الصلاحيات التي يخولها إياه التشريع والتنظيم المعمول بهما، من أن عقد العمل لمدة محدودة أبرم من أجل إحدى الحالات المنصوص عليها صراحة في المادة 12 من هذا القانون، وأن المدة المنصوص عليها في العقد موافقة للنشاط الذي وظف من أجله العامل*)).

ومردّ ذلك أنّ تنفيذأي نشاط يفترض أنّ هناك مدّة مناسبة لتنفيذه، ويمكن الاستعانة بالخبرة التقنية لتحديد المدّة الضرورية لتنفيذ أي نشاط اقتصادي.وذلك ما جعل المشرع ينص، في المادة 12 مكرر المذكورة، علىأن المدّة التي اتفق الطرفان عليها، كمدّة لعقد العمل محدّد المدّة، يجب ألا تكون أكثر من المدّة الضرورية لتنفيذ العمل المتفق عليه في العقد، ولا يجوز الاتفاق على مدّة أطول لأن ذلك يؤدي إلى مخالفة القانون.

يتضح من نص هذه المادة أن الطرفين لا يتمتعان بحرية مطلقة حين تحديد مدّة للعقد، إذ يجب أن تكون المدّة المقررة هي المدّة اللازمة لتنفيذ سبب العقد.

كذلك، يصعب، في بعض الحالات،التحديد بدقة للمدّة اللازمة لتنفيذ نشاط معين، كما في حالة مشاريع البناء، إذ هناك عوامل عدّة تؤثر على إطالة أمد تنفيذ العقد أو تقليصها.لذلك يجوز أن تكون المدة قابلة للتحديد، بالنص في العقد على الواقعة المستقبلية التي بتحققها ينتهي عقد العمل محدّد المدّة،كالاتفاق على انتهاء العقد بمجرد الانتهاء من مشروع البناء، على أن يكون المشروع معينا بشكل ينفي الجهالة.

تحقيقا لذلك، نرى ضرورة أن يميز المشرع بين مختلف الحالات الواردة في المادة 12 من القانون رقم 90-11، فهناك حالات يجب أن تكون مدة العقد فيها معينة تعينا دقيقا وحالات أخرى يمكن فيها أن تكون مدة العقد قابلة للتعيين[10].

3- شرط الكتابة في عقد العمل محدد المدة

الأصل في العقد هو الرضائيةُ، إلاّ إذا اشترط القانون كتابته. وتُشترط الكتابة إمّا للانعقاد أو للإثبات، ففي الحالة الأولى لا ينعقد العقد صحيحا إنلم يكن مكتوبا، أما في الحالة الثانية فإن العقد صحيح غير أنه لا يمكن إثباته إلا بالكتابة، إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطرق إثباته[11]،وهذا التمييز ضروري لأن العقد الرضائي لما يشترط القانون إثباته بالكتابة، ينشأ صحيحا غير أنه تشترط الكتابة لإثباته [12]، فإنْ تخلفت يمكن حينئذ إثباته فقط بالإقرار أو اليمين[13]. ويُشترط لصحة الكتابة هنا كوسيلة لإثبات العقدأن يرد توقيع الطرفين عليها[14]، وأن يكون تاريخها ثابتا[15]، وأن تحرر في نسخ بعدد الأطراف[16]، وتسلم نسخة للعامل من تاريخ إبرامه[17].

بالرجوع إلى القانون رقم 90-11، نجده قد نص في المادة 08 منه على أن العقد قد يكون مكتوبا أو غير مكتوب، ويتم وفق الأشكال التي يتفق عليها الطرفان طبقا لنص المادة 09 من القانون نفسه. غير أن عقد العمل نوعان: محدّد المدّة وغير محدّد المدّة، والمشرع عندما لا يخُص بالذكر، في مادة، أيا من العقدين فإن ذلك معناه أن تلك المادة تطبق على كلا النوعين، وهو كلما أراد أن يخصص مواد في القانون لعقد العمل محدّد المدّة يذكره بشكل صريح.

ويلاحظ على نص المادة 11 من القانون رقم 90-11 التي تنص في فقرتين على أن ((*يعتبر العقد مبرما لمدّة غير محدودة إلاّ إذا نُص على غير ذلك كتابة.*

وفي حالة انعدام عقد عمل مكتوب، يفترض أن تكون علاقة العمل قائمة لمدّة غير محدودة)) أنها تتضمن نوعا من التناقض أو على الأقل نوعا من الغموض الذي جعل الكتاب يحجمون عن التصريح بما إذا كانت الكتابة في عقد العمل محدّد المدّة تعتبر شرطا لانعقاده أو لإثباته فقط.

فقد اعتبرت الفقرة الأولى من هذه المادة عقد العمل المبرم دون الكتابة غير محدّد المدّة، ويستفاد من لفظ "يعتبر" الذي استهل به المشرع نص هذه الفقرة أن الحكم الذي تتضمنه إنما يعد قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات عكسها، وهو ما من شأنه أن يعني، بمفهوم المخالفة، أن عقد العمل إن لم يكن مكتوبا لا يمكن اعتباره محدّد المدّة.

غير أن الفقرة الثانية من المادة نفسها أوردت قرينة قانونية بسيطة، حين استعمل المشرع مصطلح "يفترض"الذي يستفاد منه أن ما تنص عليه يعدُّ قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها، وترتيبا على ذلك، فإنه يُفترض من تخلف الكتابة في عقد العمل أنه أبرم لمدّة غير محدّدة.

بناء على ذلك، يمكننا تفسير نص المادة 11 من القانون رقم 90-11 بأن عقد العمل محدد المدة لا يكون صحيحا إلا إذ كان مكتوبا (الفقرة الأولى من النص)، وبأن هذا العقد يثبت فقط بالكتابة (الفقرة الثانية من النص).

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أكّد طبيعةَ القرينة القانونية المطبقة إذقرّر في المادة 14 من القانون رقم 90-11 أنها قاطعة حين غياب الكتابة، باستعماله مصطلح "**يعتبر**"، وذلك يعد دليلا على تطبيق البطلان حين غياب شرط من الشروط القانونية المطلوبة لتحديد مدّة عقد العمل، والكتابة هي أحد هذه الشروط وفقا للمادة 11 من القانون رقم 90-11.

بيد أنه مع ذلك، يرى أغلب الكتاب أن عقد العمل محدّد المدّة عقد رضائي يثبت بالكتابة[18].وبذلك فإنه عند تحديد مدّة عقد العمل لا يشترط لصحة العقد كتابته، بل تكون لإثباته فقط، بالرغم من صعوبة إثباته حين تخلف الكتابة[19].

أمام عدم دقة صياغة نص المادة 11 من القانون رقم 90-11، اقترح بن صاري ياسين[20]، تعديل نص الفقرة الأولى من هذه المادة لتصبح كالتالي: ((*يعتبر* عقد العمل المكتوب *مبرما لمدة غير محدودة إلاّ إذا نُص على غير ذلك كتابة*)). وعليه، فإن عدم تضَمُّن العقد المكتوب ما يفيد أنه أبرم لمدة محددة يعدّ دليلا قاطعا على أنه أبرم لمدّة غير محدودة.

لذلك، نرى أنه من الضروري التدخل لتعديل النص[21] لجعله يتوافق مع الطبيعة الاستثنائية لعقد العمل محدّد المدّة، وذلك ما لا يتأتّى إلا باعتبار الكتابة شرطا لانعقاد عقد العمل محدّد المدّة، وهو من شأنه أن يُسهل أمر التحقق من شرعية تحديد مدة عقد العمل.

إن المشرع، في المشروع التمهيدي لتقنين العمل المعروض للنقاش حاليا، تدارك الأمر إذ نصفي المادة 23 منهعلى اعتبار شرط الكتابة شرطا للانعقاد لا للإثبات[22]،وذلك ما تتضح منه نية المشرع في تكريس الطابع الاستثنائي والخاص لعقد العمل محدّد المدّة في قانون العمل الجزائري.

ثانيا:إعادة تكييف عقد العمل من محدّد المدة إلى غير محدّد المدة كجزاء لعدم احترام شروط تحديد مدّة عقد العمل

كأصل عام،لا يعدُ الاجتهاد القاضي في القانون الجزائري مصدرا للقانون[23]، لكنه يكتسي أهمية بالغة في قانون العمل[24]، فله دور أساسي في تفسير القانون[25] وتبني وتجسيد المبادئ العامة المتعلقة بقانون العمل.

يجب التمييز بين إعادة التكييف كجزاء يطبقه القاضي حين عدم احترام القواعد الخاصة بتحديد مدّة عقد العمل، بالتالي يستبعد اتفاق الطرفين ويطبق عليهما نظام قانوني أرادا استبعاده، وبين عملية التكييف حيث يضفي القاضي وصفا قانونيا لتصرف ما[26] دون التقيد بالوصف الذي يكون الطرفان قد أسبغاه عليه، إذ أن التكييف في الأصل مهمة القاضي طبقا لنص المادة 29 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

بالتالي، إذا كان التكييف المقدم من قبل طرفي العقد موافقا للقانون،وكانا قد تقبلا الآثار القانونية المترتبة على العقد الذي أقدما عليه، فلا حاجة لإعادة التكييف من قبل القاضي لأنه صحيح ومطابق للقانون. لكن، قد يعطي المتعاقدان وصفا مغايرا للعقد الحقيقي قصد تفادي بعض الآثار القانونية للعقد الحقيقي، فحينئذ لا يكون الوصف مطابقا لحقيقة العقد[27]،وبالتالي لا يقتصر دور القاضي على تقديم وصف للعقد بل يتعدى الأمر ذلك إلى إعادة الوصف الصحيح للعقد.

لذلك،تعد إعادة التكييف[28]جزاء لعدم مراعاة الشروط القانونية لتحديد مدة عقد العمل[29]، فهو يكون بمثابة وسيلة لضمان حسن احترام صاحب العمل للشكل المفروض

قانونا لتحديد مدّة عقد العمل،لأن المشرع قرّر شروطا استثنائية لإبرام عقد العمل محدّد المدّة، ورتّب على عدم مراعاتها من قبل صاحب العمل إعادة تكييف العقد من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة من قبل القاضي. وتشترك إعادة تكييف العقد مع البطلان، من حيثالنظر إليهما كجزاء لعدم احترام قواعد قانونية ذات طبيعة آمرة[30].

كما أنّ المشرع لم يخصص بالتحديد من له حق المطالبة بإعادة تكييف العقد، من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة، ولم يعين أجلا خاصا لتلك المطالبة، لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة في كل ما لم يوجد نص خاص في قانون العمل.

1- حق المطالبة بإعادة تكييف العقد

يتعلق الأمر هنا بمن له حق المطالبة بإعادة تكييف عقد العمل من محدّد المدّة إلى عقد غير محدّد المدّة، وقد كان قضاة الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا يطلقون على هذه المرحلة تسمية "تحول العقد" من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة[31].لكننا نرى أن الوصف الصحيح هو "إعادة تكييف العقد من قبل القاضي"[32]، الذي تثبت له هذه السلطة أوالصلاحية التي تخوله عدم الأخذ بتكييف الأطراف لأي تصرف قانوني،إذ هو الذي تقع على عاتقه مهمة إضفاء الوصف القانوني الصحيح للتصرف.

أ- القاضي من تلقاء نفسه: معلوم أن القاضي يتدخل من تلقاء نفسه كلما كان الأمر متعلقا بحماية المصالح العليا للأفراد في الجماعة، لأنه هو حامي الضمير العام الذي لا يجب على أطراف العقد مخالفته،بالتالي كلما كان أمرا متعلقا بالنظام العام فعلى القاضي أن يتدخل بتفحص إن كان العقد يخالف النظام العام فيبطله.

لقد قضت الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في قرارها رقم 181858، المؤرخ في 13 أكتوبر 1998، بما يأتي: ((*مراقبة شرعية العقود المحددة المدة من مدى مطابقتها للمادة 12 من القانون 90-11 من النظام العام يخضع لرقابة القاضي...*))[33].يتبين من ذلك أن المحكمة العليا تقر بكون فحص شرعية عقود العمل محدد المدة من النظام العام، وبالتالي فإن للقاضي إثارتها تلقائيا، بمعنى أنه حين النظر في نزاع يتعلق بعقد عمل محدد المدة، فإن أول ما يقوم به القاضي هو تفحص شرعية عقد العمل محدد المدة، لأن المسألة متعلقة بالنظام العام.

غير أننا لاحظنا، في قرارات لاحقة، أن قضاة الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا أهملوا هذه المسألة، بل أصبحوا يرفضون فحص مدى شرعية عقود العمل محدّد المدّة محل النزاع، إلا إذا طلب صاحب المصلحة ذلك، وذلك ما يتبين مثلا من قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الصادر تحت رقم 622703، المؤرخ في 02 جوان 2011، الذي قضت فيه بالآتي: ((... *في حين أنه لا يبين من وقائع الدعوى كما عرضها الحكم المطعون فيه أو من*

حيثياته أن المطعون ضده قد أثار مسالة مخالفة العقد لأحكام المادة 12 والتي يجب أن يثيرها الطرف ذي المصلحة[34] *ولا يمكن للقاضي أن يثيرها تلقائيا*))[35].

من خلال القرارين السابقين، نلاحظ أن قضاة الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا مرة اتفقوا على كون مسألة شرعية تحديد مدّة عقد العمل من النظام العام، ثم تراجعوا عن ذلك واعتبروها مسالة لا تتعلق بالنظام العام[36]، وهوالأمر الذي يحملنا على دراسة مسألة شرعية تحديد مدّة عقد العمل، فهل هيتتعلق بالنظام العام أم لا، وهل هي من النظام العام المطلق أم من النظام العام الاجتماعي[37].

فما هو قصْدُ المشرع من النص في المادة 11 من القانون رقم 90-11 على الطابع الاستثنائي لعقد العمل محدّد المدّة، فهل هو محاربة العمل المؤقت أم حماية العامل؟

فإن كان القصد هو محاربة العمل المؤقت حماية لمصلحة عليا، مما يجعل الأمر من النظام العام المطلق، فإنه يقع على كاهل القاضي واجب التدخل من تلقاء نفسه لإعادة تكييف أي عقد تم تحديد مدّته مخالفة للضوابط القانونية، أما إن قلنا أن ذلك جاء لحماية مصلحة شخصية للعامل، فمعنى ذلك أن القواعد حمائية من النظام الاجتماعي قررت لمصلحة العامل وهو الوحيد المخول له طلب إعادة تكييف العقد من محدّد المدةإلى غير محدّد المدّة.

فكان يتعين على قضاة الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الإجابة أوّلا عن هذا التساؤل قبل الفصل في مدى أحقية القاضي الاجتماعي في التدخل من تلقاء نفسه لإعادة تكييف عقد العمل من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة إن لم تراعَ الشروط القانونية.

إن القانون الجزائري، فيما أرى، يؤكد الطرح الأول، ويتجلى ذلك من وجهين:

الأول: إن المشرع يهدف إلى محاربة العمل المؤقت، لأنه يمكِّنُ مفتش العمل،بموجب نص المادة 12 مكرر من القانون رقم 90-11، من سلطة مراقبة مدى شرعية عقود العمل محدّدة المدّة.

الثاني: إن المشرعيرتب جزاء جنائياعلى مخالفة قواعد اللجوء إلى تحديد مدّة عقد العمل بموجب نص المادة 146 مكرر[38] من القانون ذاته، فكل ما يتعلق بأحكام تقنين العقوبات والقوانين المكملة هو من النظام العام.

ب- مفتش العمل حين مراقبة شرعية تحديد مدة عقد العمل: لمفش العمل في قانون العمل الجزائري صلاحيات رقابة حسن تطبيق التشريع والتنظيم المتعلقين بالعمل. وبالتالي خول له المشرع صراحة مراقبة شرعية تحديد مدّة عقد العمل، بموجب نص المادة 12 مكرر من القانون رقم 90-11[39]، التي تنص على ما يأتي: ((*يتأكد مفتش العمل المختص إقليميا بحكم الصلاحيات التي يخولها إياه التشريع والتنظيم المعمول بهما، من أن عقد*

العمل لمدة محدودة أبرم من أجل إحدى الحالات المنصوص عليها صراحة في المادة 12 من هذا القانون، وأن المدة المنصوص عليها في العقد موافقة للنشاط الذي وظف من أجله العامل)).

من خلال ذلك، حين ممارسة مفتش العمل لصلاحياته الرقابية في المؤسسة ويكتشف أن عقد عمل محدد المدة لم يتم وفق الشروط القانونية، يبلّغ صاحب العمل من أجل إصلاح الوضع، وإلا يمكنه أن يحرّر محضر مخالفة يحيله إلى وكيل الجمهورية قصد المتابعة الجزائية.

يكتشف مفتش العمل مثل هذه المخالفات لما يراقب سجل العمال، فقد ألزم القانون بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-98[40] بمسك مجموعة من السجلات، منها سجل العمال بعقد العمل محدد المدة. بالتالي على مفتش العمل أن يطلب من صاحب العمل نسخا من عقود العمل محدّدة المدّة في المؤسسة قصد مراقبتها وفق الصلاحيات التي تخولها إياه المادة 12 مكرر من القانون رقم 90-11.

فالملاحظ أن لمفتش العمل سلطة طلب تغيير الطبيعة القانونية لعقد العمل محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة، إصلاحا للوضع المخالف في المؤسسة[41].

ج- العامل المعني: لا ريب في أن العامل هو الشخص المعني بأي مخالفة ترتكب في المؤسسة من قبل صاحب العمل، فعليه دوما يقع الحرص على المطالبة بحقوقه والسعي من أجل فرض واجب احترامها من قبل صاحب العمل[42].

قد يحدث أن يبرم عقد عمل ويتم الاتفاق على تحديد مدّته، لكن ذلك يجب أن يكون مع احترام الشروط القانونية.فللعامل إن لاحظ أن تحديد مدّة عقد العمل لم يتم وفقالما ينص عليه القانون أن يطالب صاحبَ العمل بإصلاح الوضع وتغيير طبيعة عقد العمل من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة.

إن ذلك يعتبر، عمليا، خلافا[43] فرديا في العمل، بالتالي يجب السعي إلى تسويته باتباع طرق التسوية الداخلية للخلافات الفردية في العمل، ويكون ذلك وفق طرق التسوية المحددة في الاتفاقية الجماعية في المؤسسة[44]، وإن لم توجد طرق تسوية الخلافات الفردية في الاتفاقية الجماعية للمؤسسة، يتم ذلك عن طريقآليات التسوية المنصوص عليها قانونا في المادة 04[45] من القانون رقم 90-04، التي تقضي برفع الأمر إلى الرئيس المباشر للعامل المعني بحسب التسلسل الهرمي السلمي للسلطة داخل المؤسسة، الذي يلتزم بالرد عليه خلال ثمانية (08) أيام من تاريخ الإخطار.

إن لم يَرضَ العامل بالرد أو عند عدم تلقيه أي ردّ بعد ثمانية أيام من تاريخ الإخطار يحق له أن يلجأ إلى الهيئة المكلفة بتسيير المستخدمين إن وجدت، أو مباشرة إلى صاحب

العمل عند عدم وجودها.ويجب على الهيئة المكلفة بتسيير المستخدمين أو على صاحب العمل،بحسب الحالة،الردّ كتابيا على العامل في أجل خمسة عشرة (15) يوما على الأكثر من تاريخ الإخطار.

إذا فشلت كل طرق التسوية الودية للخلاف الفردي في العمل يتحول إلى نزاع فردي في العمل، يجب محاولة تسويته أيضا باتباع إجراءات تسوية نزاعات العمل الفردية، بأن يلجأ العامل إلى مفتش العمل طبقا لنص المادة 05 من القانون رقم 90-04، قصد محاولة الصلح أمام مكتب المصالحة[46]. وهنا يجب عليه أن يذكر في طلباته أمام مكتب المصالحة طلب تغيير طبيعة عقد العمل من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة. فإن لم يصل الطرفان أمام مكتب المصالحة إلى اتفاق صلح، يُحرّر محضر بعدم الصلح يدون فيه وجوبا طلب العامل المتعلق بتغيير طبيعة عقد العمل.

وبهذا المحضر يمكن العامل أن يرفع دعوى قضائية قصد تسوية النزاع عن طريق القضاء[47]،وبالتالي يطلب تغيير طبيعة عقد العمل، مع أن القانون يجبره على أن يحترم طرق التسوية الودية قبل الوصول إلى المطالبة بذلك أمام القاضي الاجتماعي.

2- وقت المطالبة بإعادة تكييف عقد العمل محدد المدة

تقتضي الحاجة إلى استقرار الأوضاع القانونية وجوب المطالبة بأيّ حق خلال وقت معين وإلا تحول إلى التزام طبيعي يفقد أي عنصر للإلزام[48].

إنّ المشرع الجزائري لم يحدّد في نصوص قانون العمل أي أجل خاص للمطالبة بتغيير طبيعة عقد العمل من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة. غير أنّ الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا تدخلت لتفرض وقتا للمطالبة بهذا التغيير، حيث اشترطتأن يكون خلال سريان أو تنفيذ العقد، وهو ما نراه مخالفا للقواعد العامة لسقوط الحق.

أ- خلال سريان العقد حسب قرارات الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا

قضت الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في العديد من القراراتبأن المطالبة بإعادة تكييف عقد العمل من محدّد المدّة إلى غير محدد المدة، يجب أن تتم خلال فترة تنفيذ أو سريان عقد العمل محدّد المدّة، أمّا بعد انقضاءمدّةُ العقد، فلا يحق للعامل المطالبة بإعادة تكييف العقد بأنه أبرم لمدّة غير محدودة إن رأى أنّ تحديد مدّته كان مخالفة للشروط المحددة قانونا.

فقد قضت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في قرارها رقم 476502، المؤرخ في 06 جانفي 2009، بما يلي: ((... *في حين أنه يبين من الحكم المطعون فيه أن علاقة العمل بين الطرفين انتهت في سنة 2003 والمطعون ضده لم يرفع دعوى الحال إلا في 22 أفريل 2006، وطالما أن طلب تكييف عقد العمل المحدد المدة جاء بعد تنفيذ آخر عقد وانتهاء مدته بدون*

تحفظ، وبالرجوع إلى أحكام المادة 14 من نفس القانون المذكور فإن دعوى إعادة تكييف العقد المحدد المدة إلى مدة غير محددة تكون أثناء سريان العقد ولما كان المطعون ضده قد رفع دعوى الحال بعد ثلاثة سنوات من تنفيذ العقد بدون تحفظ، فقاضي الدرجة الأولى لما استجاب لدعوى التسريح وإعادة تكييف العقد المحدد المدة إلى عقد غير محدد المدة يكون بقضائه كما فعل قد قصر في تسبيب حكمه وأخطأ في تطبيق المادة 14 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات))[49].

كما قضت في قرارين صادرين في اليوم نفسه بتاريخ 02 جوان 2011 بما يلي:((*حيث بالإضافة إلى ما سبق، فإن الاجتهاد استقر على أن المطالبة بتكييف عقد العمل المحدد المدة إذا جاء مخالفا لأحكام المادة 12، يجب أن تطرح على المحكمة خلال مدة سريان العقد أو تنفيذه. أما بعد انتهاء مدة العقد، وفي دعوى الحال بعد عدة سنوات، فإنه لا يمكن المطالبة بإعادة تكييف عقد عمل قد انتهى.وبقضائه كما فعل فإن الحكم المطعون فيه خالف القانون وتعرض للنقض والإبطال*))[50].

وقد تم تأكيد الأمر بموجب القرار الثانيبوجه للطعن أثارته المحكمة تلقائيا، جاء فيه: ((*حيث يبين من الحكم المطعون فيه أنه من جهة قضى بتحويل العقد المحدد المدة الرابط بين طرفي الدعوى والممتد من 01 جويلية 1998 إلى 30 جوان 1999 إلى غير محدد المدة طبقا للمادة 14 من القانون رقم 90-11 التي لا تجد مجالا للتطبيق في دعوى الحال طالما أن المطالبة بتحويل العقد المحدد المدة إلى غير محدد المدة تكون أثناء سريان العقد المحدد المدة وهذا غير متوفر في دعوى الحال سيما أن المطعون ضده، المدعي الأصلي أقام دعواه سوى بتاريخ 08 جويلية 2008*))[51].

يلاحظ أن المحكمة العليا، لما نقضت كل الأحكام التي أقرت بإعادة تكييف عقد العمل من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة في حالة حصول طلب العامل بعد انتهاء مدة عقد العمل المحدّد المدّة، استندت إلى نص المادة 14[52] من القانون رقم 90-11، غير أنها بذلك وكما فعلت تكون قد وضعت أجلا للتقادم وسقوط الحق في المطالبة بتغيير طبيعة عقد العمل من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة دون أن تستند في قضائها إلى أي أساس قانوني،إذلم تحدد المادة 14 سالفة الذكر أيَّ زمن للمطالبة بإعادة تكييف عقد العمل من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة.

كما أننا لا نجد في قانون العمل الجزائري أي نص خاص يحدّد الوقت الذي يجب فيه على العامل بعقد العمل محدّد المدّة المطالبة بإعادة تكييفهإلى غير محدّد المدّة، والواقع أن قرارات الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا منذ صدور القانون رقم 90-11 كانت تقضي بإعادة تكييف العقد من محدّد المدّة إلى غير محدّد المدّة من دون أن تشترط حصول ذلك

خلال تنفيذ أو سريان العقد.

إن مسألة المواعيد والآجال هي من اختصاص المشرع وحده، بالتالي لا يحق لقضاة الغرفة الاجتماعية أن يضعوا آجالا لرفع الدعوى غير تلك الآجال المحددة بنص القانون، لأن المواعيد وإجراءات التقاضي مسألة تتعلق بالنظام العام[53]، إذ بموجب تقنين الإجراءات المدنية والإدارية تم تقليص آجال الحق في رفع الدعوى إلى 6 أشهر من تاريخ تحرير محضر عدم الصلح طبقا لنص المادة 504 منه، فأي دعوى اجتماعية يجب أن ترفع خلال هذا الأجل وإلاّ لن تقبل من حيث الشكل.

ب- في أي وقت طبقا للقواعد العامة

بالاحتكام إلى نصوص قانون العمل الجزائري، خول المشرع للقاضي سلطة فحص مدى توفر ما يشترطه المشرع في قانون العمل من شروط لإمكان تحديد مدّة عقد العمل، وإلا اعتبر العقد المحدّد المدّة المخالف لتلك الشروط عقدا أبرم لمدّة غير محدودة.

إن المشرع لم يضع نصا خاصا بوقت إعادة تكييف عقد العمل محدّد المدّة بأنه أبرم لمدّة غير محدودة، لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في المادة 308 من التقنين المدني التي تنص على الآتي: ((*يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة(15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون ...*)).

بالتالي،فإنه عندما لا ينص المشرع على ميعاد تقادم للمطالبة بحق يجب العودة إلى تطبيق آجال التقادم الواردة في القواعد العامة، وهي خمسة عشرة سنة بحسب نص المادة السابقة. وذلك هو ما طبقته الغرفة الاجتماعية في قرار سابق في قضية تتعلق برفع دعوى الطرد التعسفي، حيث قضت بأنه ((*حيث علاوة على أن دعوى التظلم من الطرد لا تتقادم إلا في آجال القانون العام لانعدام النص المشار عليها صراحة في نص خاص...*))[54].

لقد ذهبت الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في القرار الصادر تحت رقم 608809 المشار إليه أعلاه إلى أبعد من ذلك حين أثارت مسألة وجوب المطالبة بإعادة تكييف العقد خلال تنفيذه وقبل انتهاء أجله من تلقاء نفسها، غير أنهلا شك في أن هذه المسألة تتعلق بالتقادم، بالرغم من أن المادة 1/321 من التقنين المدني الجزائري[55] لا تعتبر المسائل المتعلقة بالتقادم من النظام العام، وعليه فلا يمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، ولا يفصل فيها إلاّ إذا أثارها أحد أطراف الدعوى.

نتيجة لذلك، إذا تمت مخالفة قواعد اللجوء إلى تحديد مدّة عقد العمل، يمكن العامل المطالبة بإعادة تكييف العقد بأنه مبرم لمدّة غير محدودة في أي وقت وفق الأجل المحدّد في القواعد العامة المشار إليها[56]، ما لم يتدخل المشرع بالنص على أجل خاص للمطالبة بذلك.

خاتمة

في الأخير نلاحظ شيوع اللجوء إلى تحديد مدّة عقد العمل بالرغم من القيود القانونية المفروضة، فبحسب المادة 11 من القانون رقم 90-11 يعدّ عقد العمل محدّد المدّة عقدا استثنائيا، بمعنى أن اللجوء إليه يجب أن يكون محصورا في نطاق ضيق. بيد أن الواقع أظهر أن غالبية العقود المبرمة في المؤسسات الاقتصادية تكون محدودة المدّة.

ومع ذلك فإن قضاة الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا يتشددون في تفسير النصوص التي تؤدي إلى تصحيح الوضع،وهذا ما لاحظناه من خلال هذه الدراسة، حيث أن القاضي الاجتماعي لا يحق له إعادة تكييف عقد العمل من محدّد إلى غير محدّد المدّة من تلقاء نفسه، كما أن حق المطالبة بإعادة تكييف العقد يجب أن يكون خلال فترة تنفيذ العقد، وذلك مع العلم بأن العامل خلال تنفيذ العقد لا يهمه تغيير طبيعة العقد بقدر ما يهمه البقاء والمحافظة على منصب عمله، إذ يطمح إلى أن صاحب العمل هو من يقوم بتصحيح الوضع أو أنه يبادر إلى تجديد العقد، كما أن ذلك يشترط إلمام العمال بثقافة قانونية واسعة في مجال قانون العمل.

لذلك،نرى أنه يتعين على المشرع إدخال تعديلات على تشكيلة غرف المحكمة العليا من أجل الحصول على قرارات نوعية، وذلك مثلا عن طريق توسيع تشكيلة الغرف على مستوى المحكمة العليا لكفاءات علمية في مجالات قانونية متخصصة، إما كأعضاء يشاركون في التشكيلة عند الحكم، أو على الأقل كمستشارين يقدمون آراء ودراسات علمية على مواضيع القضايا المطروحة، وكذلك بتبني نظام تخصص القضاة سواء في مرحلة التكوين أوحين ممارستهم لعملهم، إذ يجب أن يكون القاضي متخصصا في المجال الذي يفصل فيه، وإلاّفلن تحقق الأحكام والقرارات التي يصدرها الغرضَ المنشودَ.

الهوامش:

[1] - قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، صادر في 25 أفريل 1990، معدل ومتمم بقانون 91- 29، مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68، صادر في 25 ديسمبر 1991؛ وبأمر 96-21، مؤرخ في 09 جويلية 1996، ج ر عدد 43، صادر في 1996؛ وبأمر97-02، مؤرخ في 11 جانفي 1997، ج ر عدد 03، صادر في 12 جانفي 1997.

[2] - إذ يجب على صاحب العمل أن يعد جانبا اجتماعيا يعرضه على العمال قصد التفاوض عليه، قبل البدء في تطبيقه، طبقا للمرسوم التشريعي رقم 94-09، المؤرخ في 26 ماي 1994، الذي يتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لاإرادية، ج ر عدد 34، صادر في 01 يونيو 1994.

[3] - غير أن هذا الحكم ألغي من تقنين العمل الفرنسي بموجب المادة 124 من القانون رقم 2002-73، المؤرخ في 17 جانفي 2002، المتعلق بالتجديد الاجتماعي، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية عدد 15، صادر في18 جانفي 2002.

[4]- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الصادر تحت رقم 242693، المؤرخ في 16 أكتوبر 2002، المجلة القضائية، عدد 01، 2004، ص 119.

[5]- تنص المادة 12 من القانون رقم 90-11على ما يلي: ((*يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة أدناه:*

- عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير متجددة،

- عندما يتعلق الأمر باستخلاف عامل مثبت في منصب تغيب عنه مؤقتا، ويجب على المستخدم أن يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه،

- عندما يتطلب الأمر من الهيئة المستخدمة إجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع،

- عندما يبرر ذلك تزايد العمل أو أسباب موسمية،

- عندما يتعلق الأمر بنشاطات أو أشغال ذات مدّة محدودة أو مؤقّتة بحكم طبيعتها)).

[6]- أضيفت الفقرة الخامسة من المادة 12 من القانون رقم 90-11 بموجب المادة 02 من الأمر رقم 96-21، المؤرخ 09 جويلية 1996، ج رعدد 43، صادر في 10 جويلية 1996.

[7]- تتضمن المادة 25 من المشروع التمهيدي لتقنين العمل الجزائري، المعروض حاليا للنقاش على الشركاء الاجتماعيين، حالتين إضافيتين (سبع حالات) يسمح فيها بتحديد مدة عقد العمل.

[8]- على خلاف المشرع الجزائري،وضَعنظيرُه الفرنسي قائمة بالنشاطات المؤقتة بحكم الطبيعة بموجب المادة D. 121-2 من تقنين العمل الفرنسي،لكن هذه المادة ألغيت بموجب المادة 09 من المرسوم رقم 2008-244، المؤرخ في 07 مارس 2008، جريدة رسمية للجمهورية الفرنسية عدد 61، صادر في 12 مارس 2008.

[9]- أضيفت المادة 12 مكرر إلى القانون رقم 90-11 بموجب الأمر رقم 96-21، المؤرخ في 09 جويلية 1996، سالف الذكر.

[10]- مثلا في حالة استخلاف عامل مثبت غائب عن منصبه بشكل مؤقت بسبب المرض، أو في حالة تحديد مدة عقد العمل للأسباب الموسمية، يجوز تحديد مدة عقد العمل دون الحاجة إلى التحديد الدقيق لأجل انتهائه، بل يذكر في الحالة الأولى أن العقد ينتهي بعودة العامل الغائب إلى منصبه أو بانتهاء الموسم.

[11]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 112.

[12]- يُقصد بالكتابة هنا إثبات العقد بالأوراق العرفية، طبقا للمادة 327 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون المدني، جر عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، ص 990،المعدل والمتمم.

[13]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 112، هامش رقم 01.

[14]- التوقيع يكون إما بكتابته أو بوضع إمضاء الطرفين أو وضع الختم أو البصمة على أصل الورقة (انظر المادة 327 من التقنين المدني).

وقد قضت الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا بأن العقد الخالي من توقيع أحد الأطراف لا ينتج آثار قانونية تجاه الغير، قرار صادر تحت رقم 0787568، مؤرخ في 02 ماي 2013، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2013، ص 235-237.

[15]- هذا شرط جوهري في عقد العمل محدد المدة، بما أن تنفيذه يكون خلال حقبة زمنية محددة، إذ أن تاريخ كتابة العقد يفترض أن يكون هو تاريخ سريانه ما لم يرد في العقد تاريخ سريان لاحق، وهذا ما يستفاد من نص الفقرة الأخيرة من المادة 12 من القانون رقم 90-11 التي تشترط أن يتم تحديد مدة علاقة العمل بدقة.

[16]- لم يشترط القانون الجزائري مثل هذا الشرط لا في القواعد العامة كما ورد في التقنين المدني الفرنسي (المعدل بموجب الأمر 2016-131، المؤرخ في 10 أكتوبر 2016، يتضمن إصلاح قانون العقود والنظام العام للإثبات

والالتزامات) بموجب المادة 1375 منه ولا في القانون المتعلق بعلاقات العمل،مع أننانرى ضرورة ذلك لكي يتحقق شرط العمل بطبيعة العقد من قبل الطرفين.

[17]- لوحظت خروق عديدة للقانون، إذ يتم إبرام عقد عمل محدّد المدّة يوقعه طرفان، لكن البند المتعلق بالمدة يبقى فارغا، ونسخ العقد يحتفظ بها صاحب العمل الذي، متى ما رغب في إنهاء العقد، يضع عليه التاريخ الذي يريده، ويسلم نسخة للعامل. ولتفادي ذلك، نرى ضرورة النص في القانون على تسليم نسخة للعامل حين التوقيع على العقد.

[18]- انظر مثلا: طربيت سعيد، النظام القانوني لعقد العمل محدد المدة، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 246؛ حمدي باشا عمر،القضاء الاجتماعي:منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية،دار هومه، الجزائر،2014، ص19؛ HAMDAN BORSALI Leila, Droit du travail, Berti éditions, Alger, 2014, p. 101.

[19] - KORICHE MahammedNasr-Eddine, Droit du travail, les transformations du droit Algérien du travail entre statut et contrat : T 1, relation d'emploi et de travail une contractualisation relative, OPU, Alger, 2009, p. 143-144.

[20]- بن صاري ياسين، عقد العمل محدد المدة: دراسة نظرية – تطبيقية – مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 22-23.

[21]- نقترح صياغة جديدة للمادة 11 من القانون رقم 90-11 كالتالي: ((*يعتبر عقد العمل المكتوب مبرما لمدة غير محدودة إلا إذا نص على غير ذلك كتابة.*

وفي حالة تحديد مدة عقد العمل، يجب أن يتم ذلك كتابة وإلا اعتبر مبرما لمدة غير محدودة))

[22]- Art. 23 de l'avant-projet de la loi portant code du travail stipule : ((Le contrat de travail estréputéconclu pour uneduréeindéterminéesaufs'il en estdisposéautrement par écrit. Lorsque le contrat de travail estconclu pour uneduréedéterminée, ilestétabli par écrit et doitcomporter la durée du contrat et le motif.
A défaut, *ilestréputé conclu pour uneduréeindéterminée*…)).

[23]- ذلك في النظام القانوني اللاتيني الجرماني الذي يعتمد على القانون المكتوب، الذي يُعد فيه القضاء مصدرا تفسيريا للقانون.

[24]- DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Le rôle de la jurisprudence dans la création du droit social : L'exemple de la France », actes du colloque international évolution et tendances de la jurisprudence : droit social et entreprise, éd. DAR EL ADIB, Oran, 2016, p. 07.

[25]- BELKHIR Hind, « La jurisprudence en Algérie : Traditions, émergence et mutation », actes du colloque international évolution et tendances de la jurisprudence : droit social et entreprise, éd. DAR EL ADIB, Oran, 2016, p. 59.

[26]- GAUDU François et VATINET Raymonde, Les contrats de travail: Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux, *S/dir*. GHESTIN Jacques, traité des contrats, LGDJ, Paris, 2001, p. 145.

[27]- بلبشير هجيرة، تكييف العقد، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 42.

[28]- CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 8ème éd., PUF, Paris, 2007, V° requalification, p. 813.

[29]- تبرير هذا الجزاء مبني على أساس خطأ ارتكبه صاحب العمل حين لم يحترم المقتضيات القانونية الإجبارية المتعلقة بتحديد مدة عقد العمل محدد المدة. انظر في ذلك:
HAMDAN BORSALI Leila, op. cit., p. 137.

[30]- GAUDU François et VATINET Raymonde, op. cit., p. 144-145.

[31]- انظر مثلا قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الصادر تحت رقم 188773، المؤرخ في 14 مارس 2000، المجلة القضائية، عدد 02، 2001، ص 172.

غير أننا نرى أن لمصطلح "تحول العقد" مدلولا في التقنين المدني، ومجالهيتمثل في حالة إبرام عقد باطل أو قابل للإبطال لكن، في الوقت نفسه،توفرتفيه أركان عقد آخر صحيح، فطبقا للمادة 105 من هذا التقنين ((إذاكان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد))، ومعنى ذلك أن العقد الأول يبطل وينفذ العقد الثاني الصحيح.

أما في قانون العمل، طبقا لنص المادة 11 منه،فلا يمكن أن نتصور تحقق هذا الشرط، لأن إرادة الطرفين انصبت على تحديد مدة عقد العمل، ولا يمكن أن تتجه إرادة صاحب العمل إلى إبرام عقد عمل غير محدد المدة، إذ لو كان يريد ذلك لكان أبرم عقدا غير محدد المدة منذ البداية.

[32]- لقدلاحظنا أن قرارات الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الأخيرة أصبحت تطلق وصف "إعادة تكييف العقد من محدد المدة إلى غير مدد المدة"، وتتجنب استعمال مصطلح "تحول العقد من محدد المدة إلى غير محدد المدة"، انظر مثلا قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الصادر تحت رقم 476502 المؤرخ في 06 جانفي 2009، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 405.

[33]- القرار غير منشور، ذكره بن صاري ياسين، عقد العمل محدد المدة: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار هومة، 2004، الجزائر، ص 39.

[34]- إذا كان هذا صحيحا فيجب استعمال مصطلح "العامل المعني" لا مصطلح "ذي المصلحة" الذي قد يوحي بأن طرفا آخر يمكنه طلب ذلك.

[35]- القرار منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2001، ص 213. وقد ورد الحكم نفسه في قرارات لاحقة، مثلا قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الصادر تحت رقم 697035، المؤرخ في 2013/01/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2013، ص 226-229.

[36]- لا يجب الخلط بما وصل إليه القضاء الفرنسي، لأنّ القواعد ليست نفسها، حيث أنّ قضاء محكمة النقض الفرنسية يمنع القاضي من إعادة تكييف عقد العمل من محدد المدة إلى غير محدد المدة إلا بطلب من العامل المعني.

Cass. soc. 20 février 2013 n°11-12262, https://legimobile.fr/fr/jp/j/c/civ/soc/2013/2/20/11-12262/ ; Cass. soc. 30/10/2002, note ROY-LOUSTAUNAU Claude, Dr. Soc. 2003, p. 465.

[37]- نعلم أن النظام العام في قانون العمل متعدد، فإن كانت أغلب قواعده من النظام العام الاجتماعي التي يرغب المشرع منح حماية أفضل للعامل، من خلال تضمين نصوص قانون العمل حدا أدنى من الحماية المفروضة على الطرفين، مع السماح لهم بالارتقاء بهذا الحد الأدنى من الحماية إلى منح مزايا أفضل وأكثر نفعا للعامل، فإنه تبقى مجموعة أخرى من أحكام قانون العمل من النظام العام المطلق أو التقليدي التي لا يجوز مخالفتها ولو كان ذلك بشكل أكثر نفعا للعامل. راجع في ذلك رسالتنا للدكتوراه، مبدأ تطبيق الأحكام الأكثر نفعا للعامل في قانون العمل الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 07 فيفري 2016.

[38]- أضيفت المادة 146 مكرر من القانون رقم 90-11 بموجب المادة 20 من الأمر رقم 96-21 سالف الذكر.

[39]- أضيفت المادة 12 مكرر من القانون رقم 90-11 بموجب المادة 03 من الأمر رقم 96-21، سالف الذكر.

[40]- مرسوم تنفيذي رقم96-98، مؤرخ في 06 مارس 1996، يحدد الدفاتر والسجلات الخاصة التي يلتزم بها المستخدمون ومحتواها، ج ر عدد 17، صادر في 13 مارس 1996.

[41]- غير أن ما نلاحظه في هذه الحالة أنه يجب أن يكون دور العامل إيجابيا، لأن صلاحيات مفتش العمل تتوقف على مطالبته صاحب العمل بتصحيح الوضع المخالف، لكن لا يمكنه أن يراقب طريقة إصلاح هذا الوضع، إذ يمكن صاحب العمل أن يضع حدا لهذا العقد ابتسارا دون أن يكون في إمكان مفتش العمل في هذه الحالةاكتشاف أن المخالفة صححت بمخالفة أخرى. لذلك أقول إن دور العامل هنا يجب أن يكون إيجابيا بأن يبلغ مفتش العمل بأي مخالفة يرتكبها صاحب العمل في حقه.

[42]- غير أن صاحب العمل لا يمكنه مهما تكن مصلحته طلب إعادة تكييف العقد من محدد المدة إلى غير محدودة، إذ هو من ارتكب خطأ ولا يمكن أن يستفيد من خطأه.

[43]- إن المشرع الجزائري في القانون رقم 90-04، المؤرخ في 06 فيفري 1990، المتعلق *بتسوية النزاعات الفردية في العمل*، ج ر عدد 06، صادر في 07 فيفري 1990، ص 208، يميز بين الخلافات الفردية في العمل والنزاعات الفردية

في العمل، حين أورد تعريف النزاع الفردي في المادة 02 من هذا القانون التي نصت على أنه ((*يعد نزاعا فرديا في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العملقائم بين عامل أجير ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين إذا لميتم حله في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة*))، وذلكعلى الرغم من أن المشرع نفسه لم يحترم هذا التمييز في مواد القانون ذاته فيسمي الخلاف نزاعا.

[44]- تنص المادة 03 من القانون رقم 90-04، المذكور في الهامش أعلاه، على أنه ((*يمكن للمعاهدات والاتفاقيات الجماعية للعمل أن تحدد الإجراءات الداخلية لمعالجة النزاعات الفردية في العمل داخل الهيئة المستخدمة*)).

[45]- تقضي المادة 04 من القانون رقم 90-04، بما يأتي: ((في حالة غياب الإجراءات المنصوص عليها في المادة الثالثة من هذا القانون، يقدم العامل أمره إلى رئيسه المباشر الذي يتعين عليه تقديم جواب خلال ثمانية أيام من تاريخ الإخطار.

في حالة عدم الرد، أو عدم رضى العامل بمضمون الرد يرفع الأمر إلى الهيئة المكلفة بتسيير المستخدمين حسب الحالة.

يلزم الهيئة المسيرة أو المستخدم بالرد كتابيا عن أسباب رفض كل أو جزء من الموضوع خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ الإخطار)).

[46]- تطبق المواد من 26 إلى 35 من القانون رقم 90-04، المشار إليه آنفا.

[47]- تطبق المواد من 500 إلى 510 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن *قانون الإجراءات المدنية والإدارية*، ج رعدد 21، صادر في 25 أفريل 2008، وكذا المواد من 36 إلى 39 من القانون رقم 90-04، المؤرخ في 06 فيفري 1990، المتعلق *بتسوية النزاعات الفردية في العمل*، سالف الإشارة إليه.

[48]- انظر في موضوع الالتزام الطبيعي المواد 160-163 من التقنين المدني.

[49]- القرار منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 403.

[50]- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الصادر تحت رقم 622703، المؤرخ في 02 جوان 2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 313.

[51]- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الصادر تحت رقم 608809، المؤرخ في 02 جوان 2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 191.

[52]- تنص المادة 14 من القانون رقم 90-11على ما يلي: ((*يعتبر عقد العمل المبرم لمدة محدودة خلافا لما تنص عليه أحكام هذا القانون، عقد عمل لمدة غير محدودة، دون الإخلال بالإحكام الأخرى الواردة في القانون*)).

[53]- انظر في ذلك: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 31.

[54]- قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا الصادر تحت رقم 153637، المؤرخ في 09 ديسمبر 1997، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 146.

[55]- تنص المادة 1/321 من التقنين المدني على أنه ((لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به)).

[56]- مع ضرورة احترام المادة 504 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

التأمين الصيرفي في القانون الجزائري *

د. دموش حكيمة،
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. DEMOUCHE Hakima,
Département des Enseignements de Base en Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تعتبر صيرفة التأمين bancassurance من أهم الطرق المستحدثة لتوزيع منتجات التأمين، وترتكز على بيع وتسويق عمل شركات التأمين بواسطة البنوك والمؤسسات المالية وذلك بموجب اتفاق خاص مسبق بين هذه الأخيرة وشركات التأمين، مقابل عمولة تكون محددة في تلك الاتفاقية.

الكلمات المفتاحية:

صيرفة تأمين، تأمين، بنك، خدمات تأمين.

The banking Insurance in the Algerian law

Abstract:

Bank insurance is one of the most important methods of distributing insurance products. It is based on the sale and marketing of insurance companies by banks and financial institutions under a special agreement between the latter and the insurance companies for a commission that is specified in the agreement.

Keywords:

Banking insurance, insurance, bank, insurance services.

Bancassurance en droit algérien

Résumé :

La bancassurance figure parmi les mécanismes de distribution et de marchandisation des produits d'assurance à travers le monde via les banques et les sociétés financières.

Ce mécanisme conçu à la base d'une convention spécifique préalable établie entre les banques /sociétés financières et les sociétés d'assurance en contrepartie d'une marge de bénéfice définie par une convention.

Mots clés :

Bancassurance, assurance, banque, produits d'assurance.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/06/25 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/09/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

مقدمة

عرف نشاط التأمين باعتباره نشاطا ماليا هاما لاقتصاديات الدول تطورا كبيرا بالخاصة في البلدان الرأسمالية، حيث أصبح يدر أموالا طائلة لها. بالنظر إلى هذه المكانة فقد طورت شركات الأمين عملها بشكل كبير الغرض منه إيصال منتجاتها إلى أكبر قدر ممكن من الزبائن. في سبيل ذلك تم إنشاء العديد من الوسائل التي تساعدها على استقطاب الزبائن من بينها إشراك المؤسسات المالية الأخرى التي تتعامل بالأموال والتي يلزمها القانون بالاتصال بشركات التأمين والمتمثلة في كل من البنوك والمؤسسات المالية التي تقوم بعمليات التمويل بذلك ظهر إلى السطح مفهوم جديد في التعامل مع شركات التأمين سمي بـ: «تأمين-بنك» أو «التأمين الصيرفي»[1].

في هذا الإطار قدمت عدة تعاريف لصيرفة التأمين منها:

1-« *توفير منتجات التأمين والمصارف من خلال قنوات توزيع مشتركة تجمع بين عملاء المصارف وعملاء شركة التأمين، والمصرف هنا لا يقوم بإنتاج أو ادارة خدمات التأمين وإنما يقوم ببيعها وتسويقه*»[2]

2-«*إشراك أو مشاركة البنوك ومصارف الادخار والتسليف ومنظمات القروض العقارية في صناعة، تسويق وتوزيع منتجات التأمين*».

3- «*يتمثل التأمين المصرفي، في قيام البنوك والمؤسسات المالية ببيع وتسويق منتجات تأمينية يتم تصميمها وانجازها وتطويرها من قبل البنك وشركة التأمين. بحيث يقوم البنك نيابة عن شركة التأمين بجميع الأعمال التي تنص عليها التعليمات، وذلك فيما يتعلق بنوع وفروع أعمال شركات التأمين المرخص له بممارستها وضمن حدود الاتفاقية*»[3]

استنادا على كل هذه التعاريف، نؤكد أن تأمين الصيرفة، هي شراكة بين شركات التأمين والبنوك والمؤسسات المالية باعتبار هذه الأخيرة وسيطة بين شركات التأمين والزبائن المحتملين في المستقبل لإبرام معهم عقود التأمين في شكل اتفاق.

وقد تم العمل بتأمين الصيرفة بداية في البلدان الأوروبية منها فرنسا التي أطلقت نظام تأمين القرض التعاوني Assurance du Crédit Mutuel (ACM) في السبعينات عبر خدمات التأمين على الحياة والتأمين ضد خطر الحريق والحوادث وضد الأخطار الأخرى المختلفة، واستندت في هذه العملية على فكرة الوساطة في تأمين القروض الموجهة للمقترضين لمواجهة حالات القروض المتعثرة بسبب وفاة المقترض[4]. ثم بعدها انتشر استعمال تأمين الصيرفة إلى العديد من البلدان التي فتحت نشاط التأمين على المنافسة، من بينها الجزائر. وذلك بموجب النص الجديد المنظم لنشاط التأمين والمتمثل في الأمر رقم 95-07 الخاص بالتأمينات المعدل والمتمم[5].

في ظل هذا الاهتمام من قيل المشرع الجزائري بهذا النوع من الخدمات التأمينية لابد من التساؤل حول *المكانة التي يحتلها تأمين الصيرفة في توزيع منتجات التأمين خدمة لنشاط البنوك من جهة ونشاط شركات التأمين من جهة أخرى؟*

في سبيل الإجابة غن ذلك يجب تبيان كيفية إدخال تأمين الصيرفة إلى القانون الجزائر (أولا) ثم الأحكام المقررة لتطبيق تأمين الصيرفة (ثانيا).

أولا: إدخال تأمين الصيرفة إلى القانون الجزائري: إن إدخال تأمين الصيرفة إلى المنظومة القانونية الجزائرية لم يكن صدفة، وإنما كان نتيجة العمل بما هو سائد في الأنظمة المقارنة فيما يتعلق بتطوير نشاط شركات التأمين وإعادة التأمين فسرته أيضا مبررات اقتصادية خاصة(أ). غير أن هذا الإدخال وهذا الاستقبال عرف مراحل لابد من توضيحها (ب).

أ-مبررات إدخال تأمين الصيرفة إلى المنظومة القانونية:

ارتبط استقبال تأمين الصيرفة في القانون الجزائري - وعلى غرار باقي المفاهيم القانونية المرتبطة باستقبال قواعد اقتصاد السوق- بتطوير الاقتصاد الوطني من خلال الأموال الهامة التي يتم تداولها بواسطة نشاط التأمين وشركات التأمين، من حيث البحث عن السبل الكفيلة بتطوير عملها بالسماح لها بالتعامل بأكبر قدر ممكن من الزبائن.

على العموم يكمن حصر وتفسير إقحام تأمين الصيرفة في القانون الجزائري، بضرورة مساعدة شركات التأمين على إبرام عقود التأمين (1) ومساعدة البنوك على ضمان عملياتها (2).

1- مساعدة شركات التأمين على إبرام عقود التأمين: تسعى شركة التأمين إلى الحفاظ على مكانتها التنافسية في السوق التأمينية من خلال العمل على تبسيط وتقريب خدماتها، لإقناع أكبر عدد ممكن من الأفراد والمؤسسات بضرورة اقتناءها. وتتم العملية بلجوء شركة التأمين إلى شبكات توزيع وتسويق الخدمات[6] كون مجال الخدمة التأمينية معقد فنيا وقانونيا من جهة، وكذا رغبتها في تسويق ضمانات مستقبلية مبنية على خلق الثقة بين شركة التأمين وزبونه من جهة ثانية.

غير أن تحقيق هذه الأهداف، يتوقف من الناحية العملية بالاستعانة بأشخاص كفيلين بالتوسط بينها وبين الزبائن المحتملين. فظهر بذلك مفهوم الوساطة لإبرام عقود التأمين من خلال أشخاص مؤهلين للقيام بها تمثل بالأصل في كل الوكيل العام للتأمين وسمسار التأمين[7] غير أن التطور في تسويق الخدمات التأمينية استدعى الاستعانة بأشخاص نشاطاتهم الأصلية ليس تسويق خدمات التأمين كنشاط أساسي وإنما صلتها المباشرة بخدمات التأمين تمثلت في كل من البنوك والمؤسسات المالية .بذلك تم اعتبارها

وسيطة مستحدثة بالنظر إلى قربها من زبائن تتعامل معها هي أصلا ثم صلتها بخدمات التأمين لاحقا.

على هذا الأساس تم إدخال تأمين الصيرفة إلى المنظومة القانونية باستحداث وساطة جديدة في مجال التأمين، بإقحام البنوك والمؤسسات المالية كأشخاص وسيطة بين شركات التأمين والمؤمن لهم في عملية إبرام عقد التأمين. وهذا وفقا للمفهوم المتعارف عليه للوساطة في مجال التأمين، باعتبارها كل عملية توسط لبيع أو شراء المنتجات التأمينية، أي عملية تسهيل إبرام عقود التأمين[8].

بمعنى أن الأصل في إبرام عقود التأمين، هو اتصال الزبون مباشرة بشركات التأمين. غير أن هناك من التأمينات ما هي غير معروفة لدى الزبائن، وبمناسبة تعاملهم مع البنوك والمؤسسات المالية يتم الترويج لعقود التأمين من خلال توجيهيه إلى شركات التأمين. بهذا تم إدخال صيرفة التأمين، من حيث تكريس الاندماج والتعاون بين البنوك والمؤسسات المالية وبين شركات التأمين في سبيل التعامل بقاعدة معروفة اقتصاديا وهي «*توسيع قاعدة عملاء شركات التأمين*»[9] الذين زاد عددهم نظرا للثقة التي تتمتع بها البنوك[10]. من جهة، وتخفيض تكلفة الخدمات التأمينية مما ينعكس على أسعار التأمين التي تصبح أسعارا تنافسية، من جهة أخرى.

2- مساعدة البنوك على ضمان عملياتها:

إن إدخال تأمين الصيرفة إلى المنظومة القانونية له بعدين في نفس الوقت. فالأصل انه وجد خدمة لنشاط شركات التأمين التي تبحث عن زبائن للتعامل معهم من خلال إبرام عقود التأمين، غير أن ذلك من زاوية أخرى يخدم أيضا البنوك والمؤسسات المالية التي تروج لخدمات التأمين.

كقاعدة عامة، نشاط البنوك والمؤسسات المالية هو القيام بالعمليات المصرفية بأنواعها الأساسية الثلاث وهي: عمليات الادخار وعمليات التمويل واستخدام وسائل الدفع. غير أن القيام بهده العمليات يصحبها إمكانية تعرضها لمخاطر كثيرة تأتي بالأصل من الزبون المتعامل معه. لذا فهناك من العمليات تطالب فيها البنوك والمؤسسات المالية بالتأمين عليها خاصة بالنسبة لتأمين مختلف القروض التي تقدمها. وعليه، فعادة قبل أن يتخذ البنك أو المؤسسة المالية قرار بالقيام بتلك العمليات المصرفية تطلب من الزبائن الاتصال بشركات التأمين المختصة بواسطة اتفاقات مبرمة مسبقا بينها وبين هذه الشركات ومن ثم تروج لعملها.

ومن الناحية الاقتصادية، تستفيد البنوك والمؤسسات المالية من زيادة حصتها من السوق واستقطاب الزبائن والحفاظ عليهم[11] من خلال عرض منتوجات أكثر تنوعا. بالتالي

يزيد ولاء الزبائن لها من خلال زيادة عدد المنتجات التي تقتنونها. أضف إلى ذلك الزيادة في الأرباح بتأمين مداخيل إضافية[12] وضمان تحصيل عمولات جديدة.

ب- مراحل إدخال تأمين الصيرفة إلى القانون الجزائري:

تم إدخال تأمين الصيرفة إلى القانون الجزائري عبر مرحلتين هما مرحلة التكريس الضمني له (1) ومرحلة التكريس الصريح (2).

1- مرحلة التكريس الضمني لتأمين الصيرفة:

يعد قطاع التأمين من أهم القطاعات المالية في الجزائر بجانب النشاط المصرفي. لكن بالرغم من هذه الأهمية، إلا أن المشرع لم ينص صراحة على إمكانية الاندماج والتعاون بين المؤسسات المؤهلة للقيام بهما من حيث عدم تكريس الشراكة بين شركات التأمين والبنوك والمؤسسات المالية. فبالتمعن جيدا في مختلف النصوص التي تنظم هاذين النشاطين، نلاحظ هناك فصل شامل بين عمل البنوك والمؤسسات المالية المحدد في المواد من 70 إلى 74 من قانون النقد القرض [13] والتي تحدد بدقة العمليات المسموح لها بممارستها، والتي لا تشمل خدمات التأمين.

لكن بالرغم من عدم التكريس الصريح لهذا التعاون بين شركات التأمين والبنوك والمؤسسات المالية، إلا أن ذلك يجد مدلوله الضمني من حيث تولي البنوك والمؤسسات المالية ممارسة نشاطات أخرى غير تلك المحددة في المواد المذكورة أعلاه، شرط الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض [14] من بينها الترويج لخدمات التأمين.

كما أن قانون التأمين رقم 95-07 من جهته، نص على أن شركات التأمين هي تلك التي تخضع للقانون الجزائري [15]، ثم عرفت المادة 252 منه على أن وسيط التأمين هو: « *يعد وسيطا للتأمين، في مفهوم هذا الأمر، الوكيل العام للتأمين وسمسار التأمين*» . يفهم من نص المادة أن البنوك والمؤسسات المالية لا تدخل ضمن وسطاء التأمين.

بالرغم من غياب النصوص القانونية التي تنظم صراحة إمكانية تسويق البنوك والمؤسسات المالية للمنتجات التأمينية، إلا أنه عمليا تم التعامل به. والدليل على ذلك وجود اتفاقات بين البنوك وشركات التأمين نذكر منها اتفاقية توزيع خدمات تم ابرامها سنة 2004، بين الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط (CNEP-Banque) مع الشركة الوطنية للتأمين (SAA) لتوزيع منتجات تأمين التعويض عن القروض [16].

2- مرحلة التكريس الصريح لتأمين الصيرفة:

لدعم تطوير وتنمية قطاع التأمين في الجزائر ليكون أداة فعالة للتنمية الوطنية، ولتدارك النقائص التي تعتري هذا النشاط، تمت مراجعة قانون التأمينات الصادر سنة 1995 بتعديله بموجب القانون رقم 06-04. ومن التعديلات التي جاء بها، تحفيز النشاط

عن طريق تنويع وتوسيع حقل المنتجات التأمينية التي يمكن تسويقها وتوزيعها، والتنوع في القنوات التي أوكلت إليها هذه المهمة، خاصة التوزيع عن طريق البنوك والمؤسسات المالية، هذا إلى جانب شبكات أخرى غير شركات التأمين. هذا ما أكد عليه صراحة نص المادة 252 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدلة، والتي تنص على ما يلي: *«يعد وسيطا للتأمين، في مفهوم هذا الأمر:*

1- الوكيل العام للتأمين.

2- سمسار التأمين.

يمكن شركات التأمين توزيع منتجات التأمينات عن طريق البنوك والمؤسسات المالية وما شابهها وغيرها من شبكات التوزيع.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق الفقرة الأخيرة من هذه المادة عن طريق التنظيم » [17].

تطبيقا للفقرة الأخيرة من هذه المادة، صدر المرسوم التنفيذي رقم 07-153 المحدد لكيفيات وشروط توزيع منتجات التأمين عن طريق البنوك والمؤسسات المالية، وما شابهها وشبكات التوزيع الأخرى [18]. بالإضافة إلى القرار الذي يحدد منتوجات التأمين الممكن توزيعها بواسطة البنوك والمؤسسات المالية وما شابهها[19].

ثانيا: أحكام تأمين الصيرفة

أشرنا فيما سبق، أنه قبل تعديل قانون التأمين الجزائري 95-07، كانت مهمة توزيع منتجات التأمين مقتصرا على وسطاء التأمين، المتمثلين في الوكيل العام للتأمين وسمسار التأمين[20]. لكن بعد تعديله أصبح بإمكان البنوك والمؤسسات المالية وما يشبهها بيع وتوزيع المنتجات التأمينية بجانب شركات التأمين. بذلك يكون المشرع الجزائري قد فتح المجال الواسع للتعاون بين المؤسسات المصرفية وشركات التأمين. في هذا الشأن لابد من تحديد صلة المؤسسات المصرفية بمنتجات شركات التأمين(أ) ثم نطاق تعامل البنوك والمؤسسات المالية بمنتجات التأمين (ب).

أ - علاقة البنوك والمؤسسات المالية بمنتجات التأمين بصفتها موزعة:

تتدخل البنوك والمؤسسات المالية إلى جانب شركات التأمين لتوزيع وتسويق منتجات التأمين، وهذا ما نصت عليه المادة 252 من الأمر رقم 95-07 المعدلة وأكدت عليه المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 07-153 [21]، وبالرجوع للقرار المؤرخ في 06 أوت 2007، نجد أن المشرع قد حصر أنواع منتجات التأمين التي تتدخل البنوك والمؤسسات المالية لتسويقها وتوزيعها.

1- الطابع الحصري لمنتجات التأمين التي توزعها البنوك والمؤسسات المالية:

نصت المادة الثانية من القرار المؤرخ في 06 أوت 2007 الذي يحدد منتوجات التأمين الممكن توزيعها بواسطة البنوك والمؤسسات المالية وما شابهها على ما يلي: « *منتوجات التأمين الممكن توزيعها بواسطة البنوك والمؤسسات المالية وما شابهها هي تلك المتعلقة بما يلي:*

1- فروع تأمين الأشخاص: حوادث ، مرض ، إعانة، حياة، وفاة، رسملة،

2- تأمين القروض،

3- تأمين الأخطار البسيطة للسكن:

3-1 تعدد أخطار السكن،

3-2 التأمين الإلزامي لأخطار الكوارث الطبيعية،

4- الأخطار الزراعية».

ما يلاحظ هنا هو حصر المشرع الجزائري لمجال تدخل البنوك والمؤسسات المالية في توزيع منتجات التأمين.

2- تعداد منتجات التأمين حسب المادة الثانية من القرار السالفة الذكر تتمثل منتجات التأمين التي تسوقها البنوك والمؤسسات المالية في:

2-1-**فروع تأمين الأشخاص:**

وهي التأمينات المتعلقة بالإنسان من حيث وجوده وحياته[22] ، أو من حيث صحته وسلامته، وقدرته على العمل، وتشمل معظم الحوادث التي تصيب الشخص، سواء سعيدة أم مؤلمة، ولقد عرفت المادة 60 من الأمر 95-07 المعدلة والمتممة التأمين على الأشخاص كما يلي: « *التأمين على الأشخاص هو عقد احتياطي يكتتب بين المكتتب والمؤمن، يلتزم بواسطته المؤمن بدفع مبلغ محدد في شكل رأسمال أو ريع، في حالة وقوع الحدث أو عند حلول الأجل المحدد في العقد للمؤمن له أو المستفيد المعين.*

يلتزم المكتتب بدفع الأقساط حسب جدول استحقاق متفق عليه»

يهدف التأمين على الأشخاص إلى دفع مبلغ من المال في حالة حدوث الواقعة المؤمن منها، أو عند حلول الأجل المحدد مسبقا، دون النظر إلى الضرر بل حتى وإذا لم يكن هناك ضرر، فأهم ما يميز هذا النوع من التأمين هو غياب الصفة التعويضية في مبلغ التعويض الذي يلتزم به المؤمن، فهو ليس بعقد تعويض بل هو تأمين احتياط وادخار[23]، وعدم خضوعه لمبدأ التعويض الذي يتطلب حصول الضرر[24].

وتتمثل الأخطار التي يمكن تغطيتها في تأمينات الأشخاص على الخصوص في:

-الأخطار المرتبطة بمدة الحياة البشرية،

-الوفاة إثر حادث،
-العجز الدائم الجزئي أو الكلي،
- العجر المؤقت عن العمل،
- تعويض المصاريف الطبية والصيدلانية والجراحية[25].

وتتمثل فروع تأمين الأشخاص[26] التي يمكن للبنوك والمؤسسات المالية وما شابهها توزيعها، في تلك المنصوص عليها في المادة الثانية من القرار السالف الذكر وهي:

- التأمين ضد الحوادث
- التأمين ضد المرض
- تأمين الإعانة
- تأمين الحياة
- تأمين الوفاة
- تأمين الرسملة[27]

2-2- تأمين القروض: تأمين القرض تأمين على خطر يهدد المؤمن له في ماله، فهو على عكس التأمين الشخصي، يخضع للمبدأ التعويضي، أي يجد مكانته ضمن صنف التأمينات على الأضرار[28] طبقا للمادة 623 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: « *لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه شرط ألا يتجاوز ذلك قيمة التأمين*»[29].

نستخلص من هذه المادة أن الصفة التعويضية للتأمين على الاضرار لا تكون مصدرا لإثراء المؤمن له على حساب المؤمن لتفادي التعمد في إحداث الخطر من طرف المؤمن له[30].

وبالرجوع للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم تأمين القرض بنص خاص، لكن بالمقابل صنفه في المرسوم التنفيذي رقم 95-338 المتعلق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها، وهذا في المادة الثانية فقرة 5 منه بعنوان (تأمين القرض وتأمين الكفالة)[31].

ننوه في الاخير أن المشرع الجزائري نظم نوعا خاصا من التأمين على القروض، وهو تأمين القرض عند التصدير[32]، وهذا بموجب الأمر رقم 96-06 المتعلق بتأمين بالقرض عند التصدير[33].

2-3- تأمين الأخطار البسيطة للسكن: تتمثل تأمينات الأخطار البسيطة للسكن التي تتدخل البنوك والمؤسسات المالية لتوزيعها، في تأمين تعدد أخطار السكن والتأمين الإلزامي لأخطار

الكوارث الطبيعية، التي حددها المشرع في المادة الثانية من القرار المؤرخ في 06 أوت 2007 السالف الذكر.

2-3-1 تأمين تعدد أخطار السكن: سمي بهذه التسمية لأنه يغطي أخطارا متنوعة كثيرة، مثل الأضرار التي يتعرض لها السكن وكل محتوياته من أثاث، أجهزة كهرومنزلية، جدران الأسقف ...الخ كالحرائق، الانفجارات، كوارث المياه التي تحدث عن طريق التسربات، السرقة وغيرها من الأخطار.

2-3-2 التأمين الإلزامي لأخطار الكوارث الطبيعية: أصبح التأمين ضد الكوارث الطبيعية إلزامي بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 03-12 التي تنص على ما يلي: « *يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني في الجزائر، شخصا طبيعيا كان أو معنويا ما عدا الدولة، أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية.*

يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا صناعيا و/أو تجاريا أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن المنشآت الصناعية و/أو التجارية ومحتواها من آثار الكوارث الطبيعية...» [34]، بينت المادة الثانية من نفس الأمر، أن آثار الكوارث الطبيعية هي الأضرار المباشرة التي تلحق بالأملاك جراء حادث طبيعي ذي شدة غير عادية مثل الزلزال أو الفيضانات أو العواصف أو أي كارثة أخرى[35].

وبالرغم من الزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية، إلا أنها في الحقيقة لا تمثل إلا 2% من سوق التأمينات في الجزائر خلال 4 سنوات الأخيرة. وهي ضعيفة لا تغطي قيمة الخسائر التي يمكن أن تسببها الكوارث الطبيعية عند حدوثها وهذا راجع لانعدام ثقافة التأمين عند الفرد[36].

2-4- تأمين الأخطار الزراعية: أدرج المشرع الجزائري ضمن الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات في الفصل الثاني منه المتعلق بتأمين الأضرار، قسم ثالث بعنوان "التأمين من هلاك الحيوانات والأخطار المناخية"[37] ، وهي مجموعة عقود التأمين التي يمكن إبرامها حماية سواء من هلاك الماشية أو من الأخطار المناخية[38].

كما حدد المشرع في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 95-338 المتعلق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها، فروع التأمينات الزراعية المتمثلة في:

- التأمين من البرد - التأمين من هلاك الحيوانات الذي يشمل (التأمين من هلاك الماشية، التأمين من هلاك الدواجن وما شابهها، التأمين من هلاك الحيوانات الأخرى) - التأمينات الزراعية الأخرى[39].

ب - تقييد تدخل البنوك والمؤسسات المالية في توزيع المنتجات التأمينية:

تدخل البنوك والمؤسسات المالية وما شابهها وغيرها من شبكات التوزيع لتسويق وتوزيع منتجات التأمين الممكن ممارستها، والتي سبق التطرق إليها، ليس مطلق وإنما مقيد بما هو وارد في المرسوم التنفيذي رقم 07-153 الذي يحدد كيفيات وشروط توزيع منتجات التأمين[40].

1- إبرام عقود التأمين: نصت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 07-153 على ما يلي: « *يمكن لشركات التأمين المعتمدة تقديم عمليات تأمين بواسطة بنوك أو مؤسسات مالية أو هيئات مشابهة على أساس اتفاقية أو عدة اتفاقيات توزيع*». يفهم من نص المادة، أن تسويق وبيع البنوك والمؤسسات المالية للمنتجات التأمينية يكون وفقا لاتفاقية أو عدة اتفاقيات مبرمة سلفا بينها وبين شركات التأمين.

إعداد اتفاقية التوزيع النموذجية المسيرة للعلاقة بين شركة التأمين والبنك أو المؤسسات المالية يكون من طرف جمعية المؤمنين، حسب نص المادة الثالثة من نفس المرسوم التنفيذي.

أضافت المادة الثالثة المذكورة أعلاه، شرطا وجوبيا آخر يتمثل في الزام شركة التأمين عرض أي اتفاقية توزيع تبرم بينها وبين البنوك والمؤسسات المالية أو ما يشابهها على لجنة مراقبة التأمينات.

كما حددت المادة الخامسة من نفس المرسوم التنفيذي البيانات التي يجب أن تتضمنها اتفاقية التوزيع والمتمثلة خصوصا في:

- وكالات أو أي مركز بيع للبنك أو المؤسسة المالية المؤهلة لاكتتاب عقود التأمين.
- منتوجات التأمين موضوع الاتفاقية.
- عمولة التوزيع[41] وكيفيات دفع أجر الوكيل.
- المعلومات التي تبلغ لشركات التأمين الموكلة.
- سلطات الاكتتاب.
- المقاطعة الاقليمية المرخص للوكالة أو أي مركز بيع، العمل ضمنها.
- الكيفيات العملية لتنفيذ تربص الوكلاء المكتتبين للتأمين الموظفون في البنوك والمؤسسات المالية.
- الجهة القضائية المختصة في الحكم في حالة نزاع.
- السلطات في مجال تحصيل الاقساط، آجال تحويل الأقساط للمؤمن والتسيير وضبط الحوادث.

وأخيرا، أضاف المشرع شرط وجبي آخر، يتمثل في إخضاع أي تعديل لأحكام الاتفاقية المبرمة بين شركة التأمين والبنوك أو المؤسسات المالية، لموافقة لجنة الإشراف على التأمينات[42]. وفي حالة إنهاء العمل بالاتفاقية من أحد الطرفين يجب أيضا أن نعلم هذه اللجنة[43].

2- تكوين خاص للقائمين على بيع وثائق التأمين:

لتوزيع البنوك والمؤسسات المالية الخدمات التأمينية المسموح بها حسب الشروط المبينة قانونا، من الضروري أن يكون الموظفون والعاملون على تقديم هذه الخدمات للعملاء على دراية بأساسيات هذه المنتجات. ولا يتسنى هذا إلا بتدريبهم في هذا المجال ليكونوا قادرين على تقديم خدمة جيدة. إذ يمكن للأخطاء التي يرتكبها موظف غير كفء أن تكون له انعكاسات سلبية على صورة البنك مع عملائه، ما قد يؤثر على الثقة الموجودة بين البنك والزبون، وهذا ما يجعل وجوب تكوين تام زمنيا وتقنيا لهؤلاء الموظفين قبل إطلاق عملية توزيع البنوك والمؤسسات المالية لهذه المنتجات أمر لا بد منه[44].

اشترط المشرع الجزائري في الوكلاء المكتتبين للتأمين ممن وظفوا بالبنوك والمؤسسات المالية، أن يكونوا حاصلين على شهادة جامعية. وعلى شركة التأمين أن تنظم لهم تربصا تكون مدته ستة وتسعون(96) ساعة فعلية على الأقل، موضوعه يدور حول عمليات التأمين التي ستوزع. وتسلم شهادات بعد نهاية التربص، كما تمنح في نهاية التكوين بطاقة مهنية للوكلاء المكتتبين تبين منتوجات التأمين التي بوسعهم اكتتابها[45].

خاتمة

إدراج المشرع الجزائري لصيرفة التأمين في المنظومة القانونية يأتي في إطار عصرنة قطاع التأمين، استجابة لمتطلبات السياسة التجارية والاقتصادية سواء على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الخارجي، من جهة. ولخلق سياسة تعاون وتكامل بين قطاع التأمينات وقطاع البنوك، من جهة أخرى. كما تعتبر موردا جديدا لتغطية حاجة الدولة إلى موارد جديدة للأموال.

بتوسط البنوك والمؤسسات المالية لبيع وتسويق المنتجات التأمينية، فهي تلعب دور رئيسي مزدوج. فبالإضافة إلى ضمان عملياتها، فهي تعمل على خدمة نشاط شركات التأمين بتسهيل إبرام عقود التأمين.

الهوامش:

(1) شراطي نسيمة، التأمين المصرفي كنموذج للابتكار في الخدمات، المجلة الجزائرية للاقتصاد والمالية، العدد 04 لسنة 2015، ص 78.

(2) نقلا عن بريش عبد القادر و حمو محمد، آفاق تقديم البنوك الجزائرية لمنتجات تأمينية(دراسة حالة CNEP Banque و SAA)مداخلة مقدمة في المؤتمر العلمي الدولي الثاني حول إصلاح النظام المصرفي أيام 11 و 12 مارس 2008، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة ورقلة، ص 03.

(3) شراطي نسيمة، مرجع سابق، ص 79.

(4) نبيل قبلي و نقماري سفيان، التأمين المصرفي في الجزائر بين النظرية والواقع، مداخلة مقدمة في المؤتمر الدولي السابع حول الصناعة التأمينية، الواقع العلمي وآفاق تطويره- تجارب الدول-، كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف، يومي 03 و 04 ديسمبر 2012، ص04 و 05.

- BELKADI Saliha, Les enjeux de la bancassurance et les perspectives de son développement en Algérie, Mémoire en vue l'obtention de Magister en sciences Economiques, Faculté des sciences Economiques, commerciale et de gestion, Université de Tizi-Ouzou, p33.

(5) أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13، صادر في 08 مارس 1995، يلغي القانون رقم 80-07، المؤرخ في 09 أوت 1980، المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 33، الصادر في 12 أوت 1980،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04، المؤرخ في 25 جانفي 2006، ج ر عدد 15، الصادر في 12 مارس2006.

(6) BEIGNIER Bernard, Droit des assurances, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2011, p 87.

نقلا عن: فارح عائشة، ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2017، ص 129.

(7) بوعراب أرزقي، الرقابة على عقود التامين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 46.

(8) BIGOT Jean & LANGE Daniel, Droit des assurances, Tome2. La distribution de l'assurances, Editions DELTA- LGDJ, Paris, 2000, p05.

(9) بريش عبد القادر و حمو محمد، مرجع سابق، ص05.

(10) BENNADJI Tahar, Les enjeux de la bancassurance et les perspectives de son développement en Algérie, Mémoire de fin d'études en vue de l'obtention du diplôme supérieur des études bancaires, Ecole supérieure de banque, 2003, p37.

(11) GUILLLAUD Pascal, " Le marché de la bancassurance est porteur de belle perspectives de développement", Revue de L'Assurance, n^0 14, septembre 2016, p37.

-HADJ MAHAMMED Ahmed," La bancassurance : enjeux et perspectives", Revue de L'Assurance, n^0 14, septembre 2016, p17.

(12) BENNADJI Tahar, op.cit, p38.

(13) أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بالأمر رقم09-01، المؤرخ في22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-04، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد50، صادر في 01 سبتمبر 2010، متمم بالقانون رقم 13-08، المؤرخ في 30 ديسمبر 2013، المتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013، معدل بموجب القانون رقم 16-14، المؤرخ في 28 ديسمبر 2016، المتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر عدد77، صادر في 29 ديسمبر2016، المتمم بموجب القانون رقم17-10، المؤرخ في 11 أكتوبر 2017، ج ر عدد 57، صادر في 12 أكتوبر 2017.

(14) تنص المادة 1/75 من الأمر رقم 03-11 على ما يلي: « **لا يجوز للبنوك والمؤسسات المالية أن تمارس بشكل اعتيادي نشاطا غير النشاطات المذكورة في المواد السابقة، إلا إذا كان ذلك مرخصا لها بموجب أنظمة يتخذها المجلس** »، مرجع سابق.

(15) أمر رقم 95-07، مرجع سابق.

(16) نقلا عن مرقوم كلثوم، حساني حسين، بلعزوز بن علي، صيرفة التأمين: الواقع ومتطلبات تطويره في الجزائر، مجلة الأبحاث الاقتصادية لجامعة البليدة 2، العدد 15 لسنة 2016، ص 259و 260.

- للتفصيل أكثر في هذ النقطة راجع: BENNADJI Tahar, op.cit., p 69-70

[17] المادة 252 من الأمر رقم 95-07 المعدلة بموجب المادة 53 من القانون رقم 06-04، مرجع سابق.
- لم يعرف المشرع الجزائري وسيط التأمين ولا عملية الوساطة في عقود التأمين، بل اكتفى بتعداد وسطاء التأمين. للتفصيل أنظر: فارح عائشة، مرجع سابق، ص129.

[18] مرسوم تنفيذي رقم 07-153، مؤرخ في 22 ماي 2007، يحدد كيفيات وشروط توزيع منتجات التأمين عن طريق البنوك والمؤسسات المالية، وما شابهها وشبكات التوزيع الأخرى، ج ر عدد 35، صادر في 23 ماي 2007.

[19] قرار مؤرخ في 06 أوت 2007، يحدد منتوجات التأمين الممكن توزيعها بواسطة البنوك والمؤسسات المالية وما شابهها وكذا النسب القصوى لعمولة التوزيع، ج ر عدد 59، صادر في 23 سبتمبر 2007.

[20] المادة 252 من الأمر 95-07، مرجع سابق.

[21] تنص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 07-153 على ما يلي: « **يمكن شركات التأمين المعتمدة تقديم عمليات التأمين بواسطة بنوك أو مؤسسات مالية أو هيئات مشابهة ...**»

[22] انظر: جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص91.

[23] بن خروف عبد الرزاق، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، بدون دار نشر، 1998، ص264.

[24] غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر عمان،2011، ص 76.

[25] المادة 63 من الأمر رقم 95-07، مرجع سابق.

[26] للتفصيل في فروع تأمين الأشخاص راجع: فارح عائشة، مرجع سابق، ص من 144 إلى 149.

[27] للتفصيل أنظر: "أيت وازو زاينة، التأمينات المستحدثة في القانون الجزائري: وجه جديد للضمان المصرفي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد01 لسنة 2013.

[28] فارح عائشة، مرجع سابق، ص 150.

[29] المادة 623 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم.

[30] شلغوم رحيمة، ضمان القرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 128.

[31] مرسوم تنفيذي رقم 95-338، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، متعلق بإعداد قائمة عمليات التأمين وحصرها، ج ر عدد 65، صادر في 31 أكتوبر1995، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-293، المؤرخ في 10 سبتمبر 2002، ج ر عدد 61، صادر في 11 سبتمبر2002.

[32] لأكثر تفصيل في الموضوع راجع: إرزيل الكاهنة، دور آلية تأمين القرض عند التصدير في التجارة الخارجية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.

[33] أمر رقم 96-06، مؤرخ في 10 جانفي 1996، يتعلق بتأمين القرض عند التصدير، ج ر عدد 03، صادر في 14 جانفي 1996.

[34] أمر رقم 03-12، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بإلزامية التأمين عن الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا، ج ر عدد 52، صادر في 27 أوت 2003.

[35] تطبقا لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 04-268، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ويحدد كيفيات إعلان حالة الكارثة الطبيعية، ج ر عدد 55، صادر في 01 سبتمبر 2004.

[36] رواس حميدة، خصوصية عقد التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2016، ص 28.

(37) أنظر: المواد من 49 الى 54 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(38) مرسوم تنفيذي رقم 95-416، مؤرخ في 09 ديسمبر 1995، يحدد شروط ضمان الأخطار الزراعية و كيفياته، ج ر عدد 76، صادر في 10 ديسمبر 1995.

(39) للتفصيل أكثر راجع: فارح عائشة، مرجع سابق، ص153و154.

(40) BELKADI Saliha, Les enjeux de la bancassurance et les perspectives de son développement en Algérie, op.cit.,p124.

(41) تستفيد البنوك والمؤسسات المالية بمناسبة توزيع منتجات التأمين، من مكافأة تدفع على شكل عمولة توزيع تحسب بنسبة مئوية على أساس القسط المحصل الصافي من الحقوق والرسوم. وهذا ما نصت عليه المادة 03 من القرار المؤرخ في 06 أوت 2007، الذي يحدد منتوجات التأمين الممكن توزيعها بواسطة البنوك والمؤسسات المالية وما شابهها، وكذا النسب القصوى لعمولة التوزيع. كما حددت المادة 04 من نفس القرار النسب القصوى لعمولة التوزيع هذه.

(42) المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 07-153، مرجع سابق.

(43) المادة 08 من نفس المرسوم التنفيذي.

(44) شراطي نسيمة، مرجع سابق، ص 84. أنظر أيضا: قبلي نبيل ونقماري سفيان، مرجع سابق، ص08.

(45) المادة 06 من نفس المرسوم التنفيذي.

التوجه نحو الاستثمار الجزائري في الخارج : تراجع عن التدخل أم تشديد للرقابة ؟ *

د. طباع نجاة،
قسم القانون الخاص،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. TEBAA Nadjet,
Département de Droit Privé,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

أمام غياب تكريس صريح لمبدأ حرية الاستثمارات الجزائرية الخارجية، يعد صدور النظام رقم 14-04خطوة نحو تكريس فكرة الاستثمار العكسي في القطاع الخاص وتحرير الاستثمارات الخارجية، حيث تضمن تحديد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري.

لكن، رغم فتح الباب للاستثمار الخارجي أمام الخواص، إلا أن الدولة لا تزال حريصة على تدعيم أولوية الاستثمار العمومي الخارجي وتجسد فكرة تشديد الرقابة على تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين، حيث تعتبر القيود الواردة على انتقال رؤوس الأموال إلى الدولة المضيفة بمثابة إجراءات تميزية تأكد على غياب الرغبة الفعلية في تجسيد هذا النوع من الاستثمارات .

الكلمات المفتاحية :

الاستثمار الخارجي، الخواص، تحويل رؤوس الأموال،

The Trend Towards Algerian Investment Abroad:
Retreat from Intervention or Tightening of Control ?

Abstract:

In fact of the absence of a clear commitment to the principle of freedom of foreign Algerian investment, the issuance of Law No. 14-04 is a step towards devoting the idea of reverse investment in the private sector and liberalization of foreign investments.

However, despite the opening of the door to foreign investment in front of the private, but the State is still keen to strengthen the priority of external public investment and reflects the idea of tightening control on the transfer of capital abroad by economic agents, where restrictions on the transfer of capital to the host country as a special procedure confirmed the absence of the desire to actualize this type of investment.

Keywords:

Foreign investment, properties, capital transfer.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/22 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/10/15 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Vers l'investissement algérien à l'étranger : retrait de l'Etat ou durcissement du contrôle ?

Résume:

Devant l'absence d'une consécration expresse du principe de liberté d'investissement algérien à l'étranger, l'adoption du règlement n° 14-04 est considéré comme un pas vers la reconnaissance de l'idée de l'investissement inversé dans le secteur privé et à la libéralisation des investissements à l'étranger, car il a déterminé les conditions de transfert de capitaux à l'étranger au titre de l'investissement par les opérateurs économiques relevant du droit algérien. Mais en dépit de cette « ouverture » vers l'investissement privé à l'étranger, l'Etat continue de privilégier et de favoriser l'investissement public à l'étranger et de concrétiser l'idée du contrôle.

En effet, les limites posées à la circulation des capitaux entre les opérateurs économiques relevant du droit algérien et les pays d'accueil sont considérées comme des procédures discrétionnaires confirmant l'absence d'une réelle volonté de consacrer ce type d'investissement.

Mots clés :

Investissement étranger, privatisation, transfert de capitaux.

مقدمة

أمام الدور الكبير الذي تلعبه الاستثمارات الخارجية في تطوير وتفعيل التجارة العالمية إذ يوفر للمؤسسات التجارية أسواق جديدة لتصريف منتجاتها وبتسهيلات إنتاجية وبكلفة منخفضة وتكنولوجية جديدة،و تزامنا مع تذبذب الوضع الاقتصادي للدولة الجزائرية وانخفاض أسعار النفط، وصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الذي احدث بعض التغيرات في نظام الاستثمار الأجنبي[1]، حيث وضع حدا لمستوى تدفقات الاستثمار الأجنبي.

فكرت السلطات العمومية الجزائرية في إيجاد طريق آخر لجذب تدفقات رأس المال إلى الجزائر، وفي إطار تصميم الدولة الإستراتيجية التنموية للبلاد أخذت في الحسبان بيئة الاستثمار خارج الدول، في ظل منافسة الدول على جذب وتحفيز الاستثمار الأجنبي .

من ثم أصبح منح المستثمرين الخواص الخاضعين للقانون الجزائري فرصة الاستثمار العكسي(الأجنبي) ضرورة ملحة لتدعيم الاستثمارات المحلية . مما فرض إعادة النظر في السياسة الاستثمارية الخارجية، بإصدار نظام رقم 14-04[2]، الذي سمح للمتعاملين الاقتصاديين بالقيام بعمليات تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج تحت إطار ما يسمى بالاستثمار الجزائري في الخارج .

بالتالي،في ظل هذه المعطيات نتساءل عن مدى وجود رغبة فعلية للسماح بتجسيد استثمارات جزائرية في الخارج في ظل ضبط العملية الاستثمارية هذه بقواعد تحدد كيفيات وشروط انجاز الاستثمار الجزائري الخارجي؟

بناءا عليه، تأتي أهمية دراستنا لهذا الموضوع من جانب تقيم التشريع الخاص بالاستثمار الجزائري الأجنبي، في كونه أداة تمويلية مهمة يحتاجها البلد في ظل تذبذب

الوضع الاقتصادي وضعف الإمكانيات في توفير المستلزمات المطلوبة والامتيازات المشجعة على استقطاب المستثمرين، خاصة من جانب تقديم المزايا الضريبية والجمركية .

منه،سوف تتمحور دراستنا حول توضيح موقف المشرع من الاستثمارات الخارجية، وذلك من جانب مدى اعتبار القواعد المنظمة لهذه الأخيرة تهدف إلى تشجيع المستثمر الجزائري على الاستثمار خارج الوطن (مبحث أول)،ومدى فعلية قواعده في تجسيد مبدأ حرية الاستثمارات الخارجية، في إطار إخضاع هذا النوع من الاستثمارات لنظام استثنائي يفرض قيودا على المستثمر تترك آثارها في قرار الاستثمار، وتقر للدولة حق ممارسة أوجه الرقابة (مبحث ثاني).

المبحث الأول : نظام رقم 14-04خطوة نحو تجسيد مبدأ حرية الاستثمار الخارجي

ما كان يعيق الاستثمارات الجزائرية الخاصة الخارجية ضمن إطار المرحلة السابقة لصدور نظام رقم 14-04 الذي يحدد شروط استثمار المتعاملين الاقتصاديين في الخارج، هو عدم وجود نص صريح يمنح للشركات الجزائرية إمكانية تحويل رؤوس أموالها تحت عنوان الاستثمار في الخارج .

بالتالي يعتبر هذا النظام مهم من جانب تكريس فكرة الاستثمار الأجنبي العكسي في القطاع الخاص، وتحرير الاستثمارات الخاصة الخارجية الجزائرية التي كانت مشكلة تواجه العديد من الشركات الجزائرية الخاصة، حيث تضمن هذا الأخير تحديد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري[3]، فهو يجسد رغبة المشرع في تشجيع القطاع الخاص على الاستثمار خارج الوطن في ظل انخفاض عائدات النفط،وذلك من خلال فتح الباب أمام مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي للاستثمار في الخارج (مطلب أول)، وتبني آليات إزالة التنظيم في تجسيد الاستثمار الخارجي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: فتح مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي للاستثمار الخارجي

بالرغم من اعتبار قانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض[4]منعرجا هاما في طبيعة النظام الاقتصادي الجزائري ونقطة تحول من النظام الموجه إلى النظام الحر، حيث تم تكريس حرية تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر وانتقالها إلى الخارج بموجب المادة 183 منه[5]، محاولا بذلك تهيئة المناخ الملائم لجذب الاستثمار الأجنبي.

لكن ما عيب على هذا الأخير، أنه لم يقر صراحة بحرية الاستثمار الجزائري الخارجي من الناحية القانونية،بالسماح للمقيمين بالجزائر القيام بعمليات تحويل للخارج في إطار ما يعرف بالاستثمار الخارجي، وإنما كان ذلك في إطار ضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم في الجزائري، عملا بأحكام نص المادة 126 من الأمر رقم 03-11[6].

ليصبح الإطار القانوني المطبق على الاستثمار الجزائري الخارجي وفقا لأحكام النظام رقم 14-04، قائم على الانفتاح أمام كل القطاعات الخاصة، وذلك باعتماد المشرع لمعيار المتعامل الاقتصادي في ضبط الاستثمارات الخارجية (فرع أول)،وتنويع أساليب الاستثمار (فرع ثاني).

الفرع الأول: اعتماد معيار المتعامل الاقتصادي في ضبط الاستثمار الجزائري الخارجي

إدراكا من السلطة النقدية بأهمية الاستثمار الخارجي خارج قطاع المحروقات واتجاها نحو وضع قواعد قانونية محددة لانجاز هذه الأخيرة، عمدت إلى التكريس الصريح لحرية الاستثمار الجزائري الخارجي من خلال استبعاد الاعتماد على معيار الجنسية أو معيار الإقامة[7] اللذان تم اعتمدهما في قبول وإنشاء الاستثمارات الأجنبية في الجزائر وفي تحويل وإعادة التحويل إلى الخارج[8].

ليعتمد النظام رقم 14-04 معيار المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري، فهو بذلك يخاطب وفقا لأحكام المادة 2، كل المشاريع الاستثمارية المنجزة من طرف المستثمرين المقيمين أو غير المقيمين[9] والمستوفية لشروط الاستثمار الوطني أو الأجنبي المحددة بموجب قوانين الاستثمار والنصوص المكملة لها، بغض النظر عن جنسية الشخص وعن إقامة رأس ماله .

مما يعني أن نص المادة 02 المذكورة أعلاه تضمن حق كل مؤسسة اقتصادية في انجاز استثمارات خارج الجزائر، فهي لم تحصر تطبيقه على المؤسسات العمومية أو المؤسسات التابعة للقطاعات التنافسية[10].

لنقول بأن المشرع سعى إلى تشجيع الاستثمار الخارجي عن طريق انسحاب الدولة من الاحتكار وفتح الاستثمار خارج قطاع المحروقات، وتكريس ضمانة المساواة بين المستثمرين من جانب إخضاعهم لنظام قانوني واحد دون معاملة تميزية [11].

الفرع الثاني: تنويع أساليب الاستثمار

يتوقف نجاح وتفعيل عملية الاستثمار، على مدى تعدد كيفيات الاستثمار حتى يختار كل متعامل اقتصادي الأسلوب المناسب .

فوفقا لأحكام النظام الجديد المتضمن شروط تحويل رؤوس الأموال من قبل المتعاملين الاقتصاديين بهدف انجاز استثمارات خارجية، أصبح بإمكانية الشركات المحلية الخاصة تحويل أموالها إلى الخارج في إطار ما يعرف بالاستثمار الجزائري الخارجي، الذي نعني به اغتنام جميع الفرص المتاحة للاستثمار في الأسواق الأجنبية مهما كانت أدوات الاستثمار المستعملة، التي تتم إما بشكل مباشر أو غير مباشر[12]، بإنشاء شركات أو فروع في الخارج، أو

شراء حصص في شركات حيث حددت نص المادة 02 الذكورة أعلاه أشكال الاستثمار الخارجي التي جاءت بالتالي :" يقصد بالاستثمار في الخارج في مفهوم هذا النظام :

*إنشاء شركة أو فرع

*أخذ مساهمات في شركات موجودة في شكل مساهمات نقدية أو عينية

*فتح مكتب تمثيلي .[13]

يلاحظ من خلال نص المادة هذه أن السلطة النقدية لم تقيد أساليب الاستثمار الخارجي، فقد فتحت الطريق نحو السماح للشركات الخاصة بالتطور على المستوى الدولي، بترك الحرية للمتعامل الاقتصادي في اختيار النمط الذي يهدف منه تحقيق العائد الأكبر وفعالية الاستثمار.

لكن باستقراء نص المادتين 1و2 من نظام رقم 14-04، نجد أن الاستثمار الجزائري الخارجي يشمل على وجه الخصوص تلك التي تتخذ في مجال إنتاج السلع المتعلقة بتحويل المواد الأولية، صناعة منتجات محلية [14] والنشاطات المنتجة للخدمات المتمثلة في الحقوق المتصلة بالملكية غير المادية والمتمتعة بقيمة اقتصادية [15].

وعليه نجد أن الاستثمار الخارجي الذي سعت إليه الدولة، هو الاستثمار الخارجي الاقتصادي الذي يهدف إلى خلق رأسمال إنتاجي، أي لا يتضمن ذلك القائم على شراء مؤسسة قائمة في دولة مضيفة لا تحقق رأسمال إنتاجي اقتصادي .

المطلب الثاني: اعتماد آلية إزالة التنظيم .

شهدت مرحلة النظام الاشتراكي سيطرة الدولة على كل النشاطات والقطاعات الاقتصادية،فهي تعتبر قطاعات إستراتيجية لا يمكن للخواص الاستثمار فيها، فرضت سيطرتها في مجال الاستثمارات عن طريق استحداث أجهزة إدارية لمراقبة الاستثمار الخاص، منها إنشاء اللجنة الوطنية للاستثمارات[16]، لكن بصدور القانون رقم 90-10تم إنشاء مجلس النقد والقرض الذي أسندت إليه بموجب أحكام المادة 185 صلاحية إبداء الرأي بالمطابقة في كل مشروع استثماري أجنبي[17].

ليعد الاستثمار الجزائري الخارجي الخاص مقصى، حيث تحتكر الدولة التجارة الخارجية وتستبعد المقاولة الخاصة من هذا المجال، ليبقى الوضع على حاله إلى غاية صدور النظام رقم 02-01 الذي تضمن تحديد شروط تكوين ملف خاص بطلب الترخيص بالاستثمار أو إقامة مكتب تمثيل في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: وفقا لأحكام هذا النظام يمكن للمتعاملين الاقتصاديين تقديم طلب تحويل الأموال قصد تمويل النشاطات الممارسة في الخارج والمكملة لنشاطات إنتاج السلع والخدمات بالجزائر[18].

بالتالي نجد أن، أحكام تنظيم حركة رؤوس الأموال نحو الخارج في إطار انجاز الاستثمار العكسي تميزت بتكريس مبدأ حرية الاستثمار الخارجي الخاص، عن طريق تجسيد فكرة انسحاب الدولة من التدخل بشكل مباشر في التنمية الاقتصادية،و تكريس آليات إزالة التنظيم، حيث كان تدخل الدولة في إطار ما يعرف بالضبط الاقتصادي، وذلك من جانب تخويل سلطة دراسة ملف طلبات الاستثمار ومنح الترخيص لمجلس النقد والقرض الذي كيف بسلطة إدارية مستقلة انشأ كبديل للإدارة التقليدية لضبط وتنظيم النشاط المالي، في ظل انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وتبني أدوات الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق[19].

وعليه، نقول أن قواعد الاستثمار الخارجي سعت إلى السماح للمقيمين وغير المقيمين بالجزائر القيام بعمليات التحويل للخارج تحت مظلة الاستثمار الخارجي[20]،حيث أن قرارات منح التراخيص للاستثمار في الخارج تكون بصفة مستقلة عن كل رقابة رئاسية كانت أم وصائية .

المبحث الثاني :عرقلة تفعيل الاستثمارات الخارجية: اعتماد نظام الرقابة الإدارية

إذ كانت عملية التحويل لرؤوس الأموال في ظل أحكام النظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة [21]، تخضع لشرط التوطين المصرفي[22]، حيث تتم التحويلات الخاصة بالعملات الدولية عبر الوسطاء المعتمدين، أي أمام بنك أو مؤسسة مالية [23]، فإن النظام رقم 14-04 المذكور أعلاه يقيد الاستثمارات الخارجية بمجموعة من الشروط التميزية، حيث جعل تحويل رؤوس الأموال في إطار ما يعرف بالاستثمار الخارجي يخضع لنظام استثنائي يتوقف على إقرار قواعد الرقابة (مطلب أول)،مع حصر مجالات الاستثمار بتبني المفهوم الضيق للاستثمار الخارجي (مطلب ثاني).

المطلب الأول : إقرار قواعد الرقابة: تجسيد حواجز موضوعية

ما يدعم عدم وجود الرغبة الفعلية في فتح الباب أمام الاستثمار الخاص الجزائري الخارجي وفقا لمبدأ حرية الاستثمارات، خرق أحكام النظام رقم 14-04 لهذا المبدأ، بإخضاعه كل مشروع استثماري جزائري خارجي مباشر أو بالشراكة مع رؤوس الأموال الأجنبية إلى نظام إجرائي استثنائي، يعكس اعتماد أساليب الرقابة على المشروع والمتمثلة أساسا في إلزامية الحصول على الترخيص(فرع أول)، مع ضرورة تقديم تقارير سنوية لبنك الجزائر (فرع ثاني)، وهو ما يؤدي إلى اعتبار الغاية من هذا النظام هو تشديد الرقابة على الاستثمارات الخارجية للشركات المحلية الخاصة، على أساس أنها لا تزال متخوفة من المتعاملين الاقتصاديين في التوجه نحو تهريب الأموال تحت طائلة الاستثمار في الخارج .

الفرع الأول: إشكالية إخضاع الاستثمار الجزائري الخارجي للترخيص كإجراء استثنائي

بعدما جرد مجلس النقد والقرض من وظيفة الرقابة ومنح الاعتماد المسبق للاستثمارات الأجنبية [24]، ليصبح جهاز وكالة ترقية الاستثمارات ومتابعتها هو المكلف أساسا بالعميلة الاستثمارية .

تشهد العملية الاستثمارية خارج الوطن إجراءات إدارية استثنائية، وذلك بإلزامية المستثمر باللجوء إلى مجلس النقد والقرض الذي تعود إليه من جديد بموجب أحكام المادة 03 من النظام رقم 14-04 السالف الذكر، سلطة القرار في إمكانية رفض أو منح الترخيص للمتعامل الاقتصادي بالاستثمار في الدولة المضيفة، التي نصت على أنه :" تخضع ...تحويلات رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار بالخارج ...مهما كان الشكل القانوني الذي قد يأخذه في البلد المستقبل، إلى ترخيص مسبق من مجلس النقد والقرض..."

حيث قيد بموجب هذا النص إنشاء الاستثمارات العكسية في إطار ما يعرف بالاستثمار الخارجي المندرج ضمن أحكام النظام رقم 14-04 بالحصول على الترخيص [25].

بالتالي في ظل اعتبار الحصول على الترخيص ليس بحق مقرر لمن يطلبه،وليس بالتزام على عاتق من يمنحه،حيث لا توجد من النصوص المنظمة للاستثمارات الخارجية ما يقيد صاحب السلطة في منحه،وإنما يكون رهين السلطة التقديرية المانحة له والمتمثلة في مجلس النقد والقرض، حيث يكون طلب الترخيص قابلا للدراسة إذ ما توفرت شروط تميزية، تعد كشرط واقف لقبول دراسة طلبات التحويل التي كرستها المواد4و مايليها من هذا النظام والمتمثلة أساسا في:

-تقيد مشروع الاستثمار المرغوب انجازه بشرط التكامل والصلة، بعامل المتوسط السنوي لإيرادات الصادرات وطبيعة الاستثمار، وكذا بالنظر لاستمرارية ميزان المدفوعات [26].

مما يعني أن حصول المستثمر على الموافقة المسبقة للطلب من قبل الإدارة شرط أساسي، بموجبه يمكن لمجلس النقد والقرض النظر في مدى إمكانية الحصول على الترخيص من عدمه اعتبارا لمعيار المصلحة العامة [27]،الذي تمنح له سلطة واسعة في تقدير ذلك.

لكن، نظرا لاعتبار تكريس نظام الترخيص أو الاعتماد المسبق من خلال الهياكل الإدارية المكلفة بمتابعة وتسير الاقتصاد الوطني، من مظاهر تنظيم النشاط الاقتصادي الجزائري في الفترة التي كانت الدولة تسيطر على كل جوانبه،حيث تتمتع بسلطة واسعة حين تقوم بدراسة ملف الطلب .

تعد إذن، السلطة الواسعة الممنوحة لمجلس النقد والقرض لاتخاذ القرار من الإشكالات التي تعيق فعالية الاستثمار الجزائري الخارجي [28]، إذ ظلت الدولة حريصة على

وضع قواعد صارمة تضمن لها أسلوب التدخل لتقيد من فعلية الاستثمارات الخارجية،و ذلك من خلال التعدي على مبدأ المعاملة المثلية، فخلافا للاستثمار الأجنبي والوطني الذي يتولى المجلس الوطني تفحص طلبات الاستثمار،نجد أن المشرع خول لمجلس النقد والقرض بدلا من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تفحص طلبات الاستثمار الأجنبي العكسي ومنح التراخيص والذي تعتمده الإدارة بهدف ضمان ممارستها للرقابة، حيث تتأكد من أن النشاط المراد القيام به يتطابق ومقتضيات المصلحة العامة .[29]

مما يعني، أنه رغم المطابقة التي نجد المشرع حرص على توفيرها لقبول الملف للدراسة،إلا أنه من المحتمل رفض الترخيص في ظل سعي الدولة إلى تحقيق المصلحة العامة.

وهو ما يؤدي إلى اعتبار الاستثمارات الخارجية من بين الاستثمارات الإستراتيجية[30] التي تخضع لنظام استثنائي يفرض شروط خاصة بالمشروع الاستثماري تكون في مجملها تسعى إلى الحفاظ على المصلحة العامة، فهي بذلك يمكن أن تساهم في تقيد وتجميد الاستثمار في الخارج .

أي أن المشرع يجرد الاستثمار الخارجي من مضمون مبدأ حرية الاستثمارات،ويقيد الاستثمار الجزائري الخارجي من منطلق اعتبار فرض الترخيص يتعارض مع مبدأ تحفيز الاستثمار[31]،حيث اعتبرها بمثابة الأنشطة المقننة، انطلاقا من مبدأ اعتبار القيد في السجل التجاري يمنح الحق في الممارسة الحرة للنشاط التجاري باستثناء المهن والنشاطات المقننة التي تخضع ممارستها بضرورة الحصول على الترخيص والاعتماد[32].

بناءا على هذه المعطيات، نقر باحتفاظ الدولة بطابعها التدخلي في مجال الاستثمار الجزائري الخارجي،حيث يمكن للإدارة من خلال إجراء الترخيص أن تمارس رقابة صارمة على بعض الأنشطة،بإخضاع طلبات التحويل لدراسة مدققة ومفصلة [33].

كما يعتبر الحصول على الترخيص عائق في تفعيل الاستثمار في الخارج، من جانب انه يسمح بممارسة نشاط ما دون أن يستفيد صاحبه من امتيازات خاصة، عكس الاعتماد الذي يأخذ شكل تقنية التأهيل أو تدعيم لنظام ممتاز[34] وهو ما قد يفسرغياب رغبة فعلية في تجسيد هذا النوع من الاستثمارات، فلو كان المشرع يسعى حقيقة إلى تكريسه الفعلي لاعتمد أسلوب التصريح البسيط كما هو الأمر بالنسبة للاستثمار الأجنبي، الذي يعتبر من الأنظمة الأقل إكراها (Les moins contraignantes.) في تنظيم النشاط الاقتصادي، ويعبر عن تحفيز الاستثمار[35] ، حيث لا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال التصريح، إذ يكفي أن يقدم الراغب في الاستثمار ملف مطابق للوثائق التنظيمية المطلوبة،فهو يعد مجرد إجراء إعلامي [36].

الفرع الثاني : رفع التقارير السنوية لبنك الجزائر

ما يؤكد اعتبار النشاط الاستثماري الجزائري الخارجي من بين النشاطات الإستراتيجية التي يخضعها القانون لرقابة سابقة ولاحقة، تدخل الدولة ليس من أجل تنظيمه فقط وفقا لما يخدم المصلحة العامة بل من أجل حمايته.

حيث كان تدخل النظام رقم 14-04 بالنص على إلزامية المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري برفع تقرير سنوي إلى المديرية العامة ببنك الجزائر،الذي يعد من أهم المؤسسات التي تعتمد الدولة عليها في تحقيق الاستقرار المالي،تتدخل بواسطته لرقابة وتنظيم النشاط المالي والاقتصادي[37] الموصوفة بالأنشطة التي تهدف إلى تحقيق خدمة عمومية[38]، خول إليه ممارسة دور رقابي دوري، من خلال التقارير الدورية التي يتلقاها بصفة دورية، وتحليل القوائم والمراكز المالية لهذه الأخيرة بعد أن تزودها بتقاريرها وقوائمها المالية.

وجعل من أهم البيانات الدورية التي يلتزم المتعامل الاقتصادي بتقديمها للبنك المركزي في إطار ممارسة رقابته الدورية، وفقا لأنظمة مجلس النقد والقرض، ما يلي[39].

- بيانات للوضعيات المالية المصادق عليها من محافظ الحسابات أو الهيئة المختصة .
- إبراز العائد الناجم عن الاستثمار
- الوثائق المثبتة للترحيل الفعلي للعائد إلى الجزائر

فإن كان البنك المركزي يتمتع بسلطة الرقابة على المشاريع الاستثمارية المنجزة وفقا لأحكام النظام رقم 14-04، يعني أن العون الاقتصادي قد يخضع لتدابير وضغوطات لم يتجرأ هذا النظام على تحديدها، مما يجعل المستثمر مهددا بالخضوع لتدابير استثنائية قد تهدد استمراريته، كسحب الترخيص، في ظل عدم نفي هذا النظام لهذه الإمكانية بصفة صريحة[40].

المطلب الثاني : تبـني المـفهوم الضيق للاستثمار الخارجي: تقيد مجال النشاط الاستثماري الجزائري الخارجي

تحليلا لأحكام النظام رقم 14-04، نجد أنها لا تعكس إرادة المشرع في فتح باب الاستثمار الخارجي أمام المستثمرين الخواص، وإنما كان هذا التوجه بتحفظ،ذلك من جانب اعتماده لقواعد قانونية صارمة تعقد من العملية الاستثمارية وتشدد من رقابة الدولة على تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج، حيث جعل من ضوابط ممارسة النشاط الاستثماري الخارجي إدراج الأموال المتدفقة إلى الخارج في شكل من أشكال الاستثمار المباشر، الذي يتميز بطابع مزدوج يتمثل في:

- وجود نشاط اقتصادي يزاوله المستثمر الخاضع للقانون الجزائري في البلد المضيف.

- والثاني ملكيته الكلية أو الجزئية للمشروع، أي الاستغلال المباشر للمشروع الذي يكون عن طريق التملك الجزئي الذي يأخذ شكل الشراكة [41]،

إذ يعد شرط الشراكة بالأقلية في ظل ما يعرف بالاستثمار الأجنبي من مظاهر تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي، اعتمد في ظل الدولة المتدخلة،و الذي تم التخلي عنه في ظل التوجه نحو النظام اللبيرالي وانسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي .

ليجد هذا الشرط مجالا للتطبيق من جديد في ظل الاستثمار الأجنبي العكسي-الجزائري الخارجي- عن طريق تحديد سقف مساهمة الطرف الجزائري في رأسمال الشركة الأجنبية بنسبة تقدر 10% على الأقل[42]،

مما يعني أن المشرع لم يمنح للخواص الحرية الكاملة في اختيار نوعية الاستثمار، وإنما ركز على تلك التي تكفل له حق الإدارة، وتضمن له حق الرقابة على المشروع .

فهو بذلك قد قيد من مجال الاستثمار الجزائري الخارجي المباشر، حيث لم يدرج تلك التي تتم في شكل استثمارات المحفظة، أي شراء سندات الشركات الموجودة في البلد المضيف. التي أخضعها لأحكام النظام رقم 2000-04 التي تجيز فقط لغير المقيمين تحويل العملات الصعبة قصد شراء قيم منقولة (استثمارات محفظة الأوراق المالية)[43].

كما لا يسمح بالاستثمار غير المباشر التي لا يكون فيها المستثمر الخاضع للقانون الجزائري مالكا لجزء أو كل المشروع الاستثماري، فهو يستبعد من هذا النوع من الاستثمار بقية العقود المتعلقة بإتفاقية التصنيع، عقود المفاتيح في اليد ...الخ

لكن الجدير بالإشارة أنه،و إن كان الاستثمار المباشر وفقا لمفهوم النظام رقم 14-04 يجد سبيلا لتجسيده في الدول النامية التي تسمح للشركات الأجنبية بالنشاط في السوق المحلية من خلال إنشاء مؤسسة مشتركة، إلا أنه لا يكون محققا في الدول المتقدمة حيث تلجأ غالبية الدول المضيفة إلى وضع معوقات تحول دون التملك الكامل للمشروع الاستثماري من طرف المؤسسة الأجنبية،وبالتالي تكون مجبرة على إنشاء مشروعات مشتركة. وفي حالة ما إذا كان الطرف الأجنبي(محلي بالنسبة للدولة المضيفة) متمثلا في الحكومة فإنه من المحتمل أن تضع قيودا صارمة على تحويل الأرباح إلى الدولة الأم (الجزائر) .

مما يجعل قانون الاستثمار الجزائري الخارجي عائق أمام انجاز هذه الاستثمارات في ظل إلزامية المستثمر بإعادة العوائد.

أما بشأن الاستثمارات المملوكة بالكامل للمستثمر الجزائري التي تتوقف على إنشاء فروع للإنتاج والتسويق بالدولة المضيفة، فبالرغم من كونه يعود بالفائدة على المستثمر الجزائري، حيث يساعده على التملك المطلق للمشروع في التغلب على القيود التجارية والجمركية التي تضعها الدولة المضيفة على الواردات.

إلا أن الإشكال يكمن في كون هذا النوع من الاستثمارات يحتاج لرؤوس أموال ضخمة مقارنة مع الاستثمارات المشتركة، وقواعد تنظيم الاستثمار الخارجي المقررة ضمن أحكام النظام رقم 14-04 تستبعد فرضية المساهمة في تمويل المشروع الاستثماري، حيث تمنع المتعامل الاقتصادي الخاضع للقانون الجزائري الراغب في تحويل رؤوس الأموال تحت مظلة الاستثمار في الخارج من الحصول على القروض، حيث فرض ضرورة التمويل الذاتي للمشروع الاستثماري في الخارج[44]، علما أن الكثير من المشاريع الاستثمارية تحتاج إلى الدعم.

بالتالي، في ظل اعتبار تمويل الاستثمار مسألة مهمة بالنسبة للمستثمر خصوصا الذي يجازف في الدولة المضيفة وعدم توفر آلية تساعده في ذلك،يعتبر شرط التمويل الذاتي عائقا في وجه المستثمر[45]، وهو ما لا يشجع الاستثمار الجزائري الخارجي ويعيقه .

خاتمة

لتنشيط حركة الاستثمار لا يكفي تجسيد فكرة إمكانية تحويل رؤوس الأموال للخارج بل يجب أن يرافق ذلك بتوفير مجموعة من العوامل التي تخلق حافزا لدى مالكي المدخرات لتحويلها إلى استثمارات .

وان كان من المحتمل تفسير تشديد الإجراءات على انجاز الاستثمارات في الخارج من قبل الأعوان الاقتصاديين الجزائريين يعود إلى ظاهرة الفساد والتهريب التي تعيشها الجزائر، إلا أن مثل هذا النوع من الشروط تساهم في تجميد انجازها، حيث تعتبر القيود الواردة على انتقال رؤوس الأموال بين المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري والدول المضيفة، بمثابة إجراءات تميزية في معاملة الاستثمارات الوطنية الخارجية تأكد غياب الرغبة الفعلية في تكريسها، بدليل غياب أي نوع من الحوافز القانونية، وامتناع الدولة عن منح المساعدات للمستثمر، وغياب الضمانات القانونية في الحصول على الترخيص .

مما يعني أن إقرار مبدأ حرية الاستثمارات الخارجية يبقى تكريس نسبي أمام محيط اقتصادي تحكمه التراخيص على إنشاء المشاريع الاستثمارية. حيث نجد أن صلاحية مجلس النقد والقرض فيما يتعلق بمنح التراخيص يتعدى الإطار الضيق للمشروعية ليمتد إلى تقدير الملائمة، وذلك من جانب منحه السلطة التقديرية في قبول أو رفض الطلب، مع عدم تقيده بآجال قانونية. ما يؤدي إلى اعتبار الغاية من هذا النظام هو تشديد الرقابة على الاستثمارات الخارجية للشركات المحلية الخاصة، على أساس أنها لا تزال متخوفة من المتعاملين الاقتصاديين في التوجه نحو تهريب الأموال تحت طائلة الاستثمار في الخارج .

ومن النقاط التي أثارت إشكالا،هو مدى خضوع المستثمر الأجنبي الجنسية الذي قام بالاستثمار في الجزائر في إطار ما يعرف بالاستثمار الأجنبي المباشر أو غير المباشر وفقا لما يقتضيه القانون، ثم قرر بأن يحول رؤوس أمواله إلى الخارج وإعادة استثمارها في إطار ما

يعرف بالاستثمار الخارجي، وتكون الدولة المضيفة هي الدولة الأصلية، لأحكام النظام رقم 14-04 التي تفرض عليه الخضوع لنظام إجرائي استثنائي، حيث يتوقف انجاز الاستثمار في الخارج على الترخيص، علما أن النظام رقم 05-03 المتعلق بالاستثمارات الأجنبية،يمنح لهذا الأخير الحق في تحويل عوائد الاستثمار إلى بلده الأصلي وفقا لنص المادة 6بناءا على الموافقة التي يتحصل عليها من قبل البنك أو المؤسسة المالية.[46]

كما يعقد هذا النظام من إجراءات الاستثمار من جانب عدم منح فرصة للمتعامل الاقتصادي في توسيع مشروعه الاستثماري اثر حصوله على العوائد،حيث جاءت نص المادة 2/11 بصيغة مطلقة تلزم المتعامل الاقتصادي

بترحيل عوائد الاستثمار المحققة في الخارج إلى الجزائر دون تأخير.

وخير ما نختم به، القول بأن الجزائر بأمس الحاجة إلى مثل هذه الاستثمارات، فهو يعتبر كحلا لتجاوز سياسات الواردات، حيث يمكن من خلال هذا الاستثمار منح فرص تحقيق أصول إستراتيجية للشركات الجزائرية تكون ذات أهمية للدولة مثلا توطين التكنولوجية، تسويق فائض السلع الراكدة، امتيازات تحويل الأموال بالعملات الصعبة . وهو ما يجعلنا ندعو إلى اعتماد نظام الدولة الحارسة وليس المتدخلة، وكذا إقرار بعض الامتيازات تحفيزا لانجاز استثمارات تعود بالفائدة على اقتصاد الدولة خارج قطاع المحروقات- اعتماد امتيازات النظام الاستثنائي-، ومنح الموافقة عليها للمجلس الوطني للاستثمار.

الهوامش:

[1] قانون رقم 09-01،مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر عدد 44، صادرة في 26 جويلية 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26أوت 2003،يتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-04،مؤرخ في 26أوت 2010،ج.ر.عدد50، صادر في01 سبتمبر 2010.

[2] نظام رقم 14-04، مؤرخ في 29 سبتمبر 2014، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، ج.ر، عدد 63، صادر في 22 نوفمبر 2014.

[3] نظام رقم 14-04، الذي ألغى العمل بأحكام النظام رقم 02-01، مؤرخ في 20 فبراير 2002، يحدد شروط تكوين ملف خاص بطلب الترخيص بالاستثمار و/أو إقامة مكتب تمثيل في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، ج.ر عدد30، صادر في أفريل 2002 .

[4] قانون رقم 90-10، مؤرخ في 14أفريل 1990، يتعلق بقانون النقد والقرض، ج.ر .عدد16، صادر في 18أفريل 1990، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-01، مؤرخ في 27 فيفري2001،ج.ر.عدد14،صادر في28فيفري2001.(ملغي).

[5] المادة 183من قانون رقم 90-10، المرجع نفسه.

[6] المادة 126 من أمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[7] يقصد بالمقيم وفقا لأحكام المادة 125 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض مرجع نفسه،" كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر وقد يكون من أشخاص القانون العام أو الخاص ."

[8] بن شعلال محفوظ، "الاستثمار الجزائري في الخارج "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 12، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2015، ص.456.

[9] يقصد بغير المقيم وفقا لأحكام المادة 25 من قانون النقد والقرض،مرجع سابق، " كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطه خارج الجزائر.

[10] للمزيد من التفاصيل حول المؤسسات العمومية راجع في ذلك: ايت منصور كمال، " الاستثمار في عمليات خوصصة ملكية المؤسسات العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية 2013، ص.8.

[11] المقرر بموجب أحكام المادة 14 من الأمر رقم 01-03،مؤرخ في20أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد 47، صادر في 2001/08/22. معدل ومتمم.

[12] فإذا قام شخص يقطن في الجزائر بشراء عقار معين بفرنسا بهدف المتاجرة، أو قامت الدولة الجزائرية بشراء حصة في شركة أجنبية، يعد في كلتا الحالتين استثمارا خارجيا مباشرا، أما إذا قام ذلك الشخص بشراء حصة من محفظة مالية لشركة استثمار جزائرية تستثمر أموالها في بورصة باريس مثلا، فالاستثمار في هذه الحالة يكون خارجي غير مباشر بالنسبة للشخص المستثمر ومباشر بالنسبة لشركة الاستثمار، للمزيد من التفاصيل عن الاستثمار المباشر وغير المباشر راجع في ذلك :وليد أحمد الصافي سوق الأوراق المالية ودورها في التنمية الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الاقتصاد، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1997،ص. ص.12-44.

[13] انظر المادة 2 من النظام رقم 14-04، المرجع السابق .

[14] معيفي لعزيز، " دور المعاملة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي وتوجهه في قانون الاستثمار الأجنبي "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، عدد 02، 2011، ص. 59.

[15] للمزيد من التفاصيل، راجع :

-HAROUN،Mahdi ,Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes , LITEC ,Paris,2000.p.140.

[16] أمر رقم 66-248، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر عدد75.(ملغي).

[17] المادة 185 من قانون رقم 90-10،مرجع سابق .

[18] نظام رقم 02-01،مؤرخ في 200 فبراير 2002، يحدد شروط تكوين ملف خاص بطلب الترخيص بالاستثمار أو إقامة مكتب تمثيل في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين، منشور على الموقع :www.bank-of-algeria.dz

[19] MENASRI ,(N.),Analyse du rôle régularisation de l'Etat en économie de marché a trévères le cas de l'ARPT dans le secteur des télécommunications , Mémoire de magister en science, option espace développement et mondialisation ,université de Bejaia,2005.p.65.

[20] وهو ما نصت عليه المادة 126 من الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[21] المادة 03من نظام رقم 07-01، مؤرخ في 3فبراير 2007،يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر. عدد31، صادر في 13جوان2007، معدل ومتمم.

[22] حيث تنص الفقرة 2 من المادة 29 من نظام رقم 07-01 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المرجع نفسه، على أنه :"....يسبق التوطين كل تحويل /ترحيل للأموال ...." ويتمثل التوطين وفقا للمادة 30 من نفس النظام في:" فتح ملف يسمح بالحصول على رقم التوطين من الوسيط المعتمد الموطن للعملية التجارية، حيث يتضمن الملف مجموع المستندات المتعلقة بالعملية التجارية " وهو ما نصت

عليه المادة 5 من التعليمة رقم 2002-04، التي تقر أنه من بين شروط تحويل الرساميل إلى الخارج شرط التوطين المسبق لدى بنك أو مؤسسة مالية لها صفة الوسيط المعتمد.أنظر:

-Instruction n°2002-04du 23 septembre 2003 , déterminant les conditions et les modalités de transfert des budgets prévisionnels annuels de dépenses et de rapatriement des excédents de recettes des représentations à l'étrange des opérateurs économiques de droit Algérien ,www.Bank-of-Algeria.dz.

[23] انظر المادتين 03و11 من نظام رقم 07-01، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المرجع السابق.

[24] حيث خول له بموجب قانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد وا لقرض، مرجع سابق، "فحص الطلبات والملفات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، ذلك عن طريق إبداء الرأي بالمطابقة، التي يجب على المستثمر الحصول عليها قبل البدء في تنفيذ مشروعه الاستثماري . لمزيد من التفاصيل انظر:

-ZOUAIMIA,(R.), « Le régime des investissement en Algérie »,*Revue IDRA* ,n°3 ,1993,p.569.

[25] حيث جسدت هذه القيود بموجب، التعليمة رقم 2002-03 حيث نصت المادة 3 منها، " بأنه يتطلب انجاز استثمارات بالخارج الحصول على رخصة من مجلس النقد والقرض . انظر:

-Instruction n°2002-03du 23 septembre 2003,Fixant les conditions et les modalités de transfert de fonds en vue de la réalisation des investissements a l'étranger par les opérateurs économiques de droit Algérien et le rapatriement des produits de ces investissements ,www.Bank-of-Algeria.dz.

[26] استنادا لنص المادتين 06و07 من نظام رقم 14-04، المرجع السابق.

[27] رغم أن سلطة الضبط تتخذ المنح ضمن مبدأي عدم التميز والشفافية .

[28] إذ تتأكد من مدى مطابقة المشروع مع الأهداف المرسومة في المخططات الإنمائية ومساهمته في التنمية،وكذا مدى مطابقته مع القوانين والأنظمة المعمول بها .

[29] مغربي رضوان، مجلس النقد والقرض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق فرع قانون أعمال، الجزائر، 2004،ص.70.انظر كذلك :شاكي عبد القادر، التنظيم البنكي الجزائري في ظل اقتصاد السوق، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، فرع قانون أعمال، الجزائر، 2003،ص.57.

[30] رغم انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، إلا أنه حفاظا على بعض الأنشطة الإستراتيجية تفرض مبدأ الترخيص والاعتماد في هذا القطاع :انظر: اقلولي ولد رابح صافية، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007،ص.2017.

[31] حيث يتجسد ذلك من خلال المعاملة الإدارية المرنة للنشاطات المقننة-

[32] استنادا إلى أحكام القانون رقم 04-08، المؤرخ في 14أوت 2004،يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر. عدد52، صادر في18أوت2004.

[33] عبديش ليلة، اختصاص منح الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010،ص 56.

[34] مليد سليمة، النظام القانوني للاستثمار في مجال المواصلات السلكية ولا سلكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، فرع قانون أعمال، الجزائر، 2004.ص.91.

[35] إذ أنه مجرد إجراء شكلي يلتزم المستثمر بالقيام به في مواجهة الإدارة، يكون بهدف الإدلاء للسلطة بوقائع يعترف بها شخصيا، كما يقع على المصرح بها مجموعة من الالتزامات . أنظر:

KERNION ,(J.),Droit public économique, Edition Monchrestien, Paris,1999,p.135.

[36] مرسوم تنفيذي رقم 08-98، مؤرخ في 24 يناير 2008، يتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب منح مقرر المزايا وكيفيات ذلك، ج.ر.عدد 16،صادر في26مارس2008.

[37] حيث كيف وفقا لأحكام الأمر رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الملغى بالأمر رقم 03-11 المعدل والمتمم، على أنه مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتمارس نشاطا عاما في المجال الاقتصادي، يهدف

إلى تحقيق السياسة النقدية ...و استقرار النظام المصرفي، خلافا لموقف محكمة التنازع ومجلس الدولة الفرنسي، اللذان حيث كيفت البنك المركزي الفرنسي على أنه شخص معنوي من القانون العام يؤمن خدمات مرفق عام إداري، لكن دون تكيفه على انه مؤسسة عمومية، وهذا الموقف قد تداركه المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 09 من الامر03-11 المعدل والمتمم، حيث اعتبر بنك الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي .

[38] جهاد توفيق مصطفي أبو الرب، مدى فعالية السياسة النقدية والائتمانية للبنك المركزي الأردني في مواجهة أزمات الاقتصاد الأردني وبرامج التصحيح الاقتصادي (1994-2000)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، تخصص البنوك، كلية الدراسات التجارية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، السودان، 2003، ص70.

[39] استنادا لنص المادة 11 من نظام رقم 14-04، المرجع السابق .

[40] على عكس النظام رقم 02-01، مؤرخ في 20 فبراير 2002، يحدد شروط تكوين ملف خاص بطلب الترخيص بالاستثمار أو إقامة مكتب تمثيل في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، منشور على الموقع:www.bank-of-algria.dz، الذي اقر بموجب أحكام المادة 06 بأنه يتم سحب الترخيص في حالة عدم التقيد بالأحكام القانونية والتنظيمية السارية المفعول في هذا المجال عن طريق مقرر يصدر من محافظ بنك الجزائر بناءا على تقرير تقدمه المصالح المعنية لبنك الجزائر بعد استشارة مجلس النقد والقرض.(ملغى)

[41] اتفاق طويل الأجل لممارسة نشاط إنتاجي داخل البلد المضيف .

[42] استنادا لأحكام المادة 06 من نظام رقم 14-04، المرجع السابق.

[43] انظر المواد 05.04.02 من نظام رقم 2000-04 مؤرخ في 2 أفريل 2000، يتعلق بحركة رؤوس الأموال بعنوان استثمارات محفظة الأوراق المالية الخاصة بغير المقيمين، المدونة البنكية الجزائرية، ط2010 .ص273.

[44] عملا بأحكام نص المادة 06 من نظام رقم 14-04، المرجع السابق.

[45] لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2011، ص.ص.101،102.

[46] نظام رقم 05-03، مؤرخ في 06 يوليو 2005، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج.ر عدد53، صادر في تاريخ 31 يوليو 2005.

حظر البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي: استثناء لحرية الأسعار*

د. مختور دليلة،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

Dr. MAKHTOUR Dalila,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou, 15000 Tizi Ouzou, Algérie.

الملخص:

يحظر المشرع الجزائري بموجب المادة 12 من الأمر المنظم للمنافسة عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج و التحويل و التسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق. و بما أن المادة الرابعة من نفس الأمر، تنص على مبدأ حرية تحديد أسعار السلع و الخدمات، فهل تعتبر المادة 12 تقييدا لمبدأ حرية الأسعار ؟

الكلمات المفتاحية:

المنافسة، حرية الأسعار، البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي.

Prohibition on the arbitrarily discounted sale:
an exception to free prices

Abstract:

Article 12 of Ordinance n° 03-03 on Competition, amended and supplemented, stipulates that price offers or pricing practices for consumers that are abusively low in relation to the cost of production, processing and marketing are prohibited, Where those offers or practices have as their object or may have the effect of eliminating a company or one of its products from a market or preventing access to a market.

Given that Article 4 of the same Ordinance provides that the prices of goods and services are freely determined by competition, the question arises whether Article 12 of the Ordinance does not constitute an obstacle to the freedom prices?

Keywords:

Competition, Price freedom, price abusively low.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/09/27 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Interdiction de vente à des prix abusivement bas : exception à la liberté des prix

Résumé :

L'article 12 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence modifiée et complétée, prohibe les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas, par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

Si l'article 4 de la même ordonnance, dispose que les prix des biens et des services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence, est-ce-que l'article 12 constitue une entrave à la liberté des prix ?

Mots clés :

Concurrence, liberté des prix, prix abusivement bas.

مقدمة

يعتبر قانون الأسعار لسنة 1989 [1] أول نص قانوني، تم بموجبه النص على حظر الممارسات المقيدة للمنافسة، و بصدور أول قانون للمنافسة سنة 1995 [2] تم حظر تقريبا نفس الممارسات، إضافة إلى النص على مخالفات جديدة، من بينها البيع بالخسارة [3]. بعد إلغاء أمر 1995 المتعلق بالمنافسة[4]، نص القانون الجديد على ممارسات أخرى من بينها البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، التي حلت محل ممارسة البيع بالخسارة[5].

إضافة إلى حظر الممارسات المقيدة للمنافسة بموجب مختلف قوانين المنافسة، نص المشرع صراحة على مبدأ حرية تحديد الأسعار، و مع ذلك بموجب المادة 12 تم حظر البيع عندما يكون الثمن مخفض بشكل تعسفي، و عليه نتسائل عن مدى اعتبار هذا الحظر تقييدا لحرية الممون في تحديد سعر إعادة البيع ؟

الإجابة عن هذه الإشكالية، ستتم من خلال التطرق إلى فكرة ممارسة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي (المبحث الأول) و من خلال النظر في الشروط الواجب توافرها في المخالفة لكي تصبح محظورة و معاقب عليها وفقا لقانون المنافسة (المبحث الثاني).

المبحث الأول:فكرة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي

يعتبر البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي مخالفة جديدة استحدثها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، لذا وجب قبل كل شيء تحديد مفهوم هذه المخالفة (المطلب الأول)، و أيضا تمييزها عن البيع بالخسارة بسبب تشابه الممارستين، وباعتبار أن قانون المنافسة لسنة 2003 عندما استحدث المخالفة، تم نقل مخالفة البيع بالخسارة إلى قانون الممارسات التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي

قد يتضح حظر ممارسة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، على أنه يتعارض و مبدأ حرية الأسعار المنصوص عليه صراحة بموجب قانون المنافسة، بما أنه يحق لكل مؤسسة تحديد أسعار البيع بكل حرية (الفرع الأول)، و مع ذلك في حالات استثنائية يجوز وضع قيود لهذا المبدأ، بسبب النوايا و الأهداف المنتظرة من التخفيض المفرط للأسعار (الفرع الثاني).

الفرع الأول:البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي و حرية الأسعار

عندما تعرض مؤسسات متنافسة منتجات بديلة في السوق، من حقها أن تحدد ثمن بيع المنتوج بكل حرية، و من الطبيعي أن يكون هناك اختلاف في الأسعار المقترحة، و هذا يعود أساسا إلى اختلاف التكاليف التي تكبدها كل منتج، التكنولوجيا المستعملة و كذلك جودة المواد في حد ذاتها، و هذا التباين في الأسعار يفيد المستهلك و يكون لصالحه ويمنحه اختيار أكبر خاصة عندما تنخفض الأسعار بسبب كثرة العرض.

للمؤسسة كمبدأ عام تحديد أسعار إعادة بيع السلع و الخدمات بكل حرية، و لا يحق أن يفرض المنتج أو أي شخص آخر سعر إعادة البيع [6] و لكن استثناءً يمكن للدولة تقييد هذا المبدأ، ولكن في حالات محددة[7] و عدا هذه الحالات المنصوص عليها صراحة، يحق للمتعامل الاقتصادي تحديد الأسعار بكل حرية، خاصة أن المنافسة من خلال الأسعار عادة ما تحقق ديناميكية تجارية، فهي تعبر عن رغبة التجار في التميز عن المنافسين الآخرين، و من المفروض أن المنافسة عن طريق الأسعار تشكل تعبير عن أحد الامتيازات التنافسية التي يحوزها المحترف على المنافسين له في السوق.

كقاعدة عامة البيع بسعر أقل يعبر عن أفضل منتوجية و أحسن تسيير لمختلف شبكات التوزيع، إلا أن هذه الممارسة لا تحقق دائما الأهداف المنتظرة منها، اذ كثيرا ما تعتمد كوسيلة لإبعاد منافسين جدد من دخول السوق، أو ابعاد مؤسسات منافسة، و يتم ذلك عندما تكون الأسعار المطبقة غير مطابقة لواقع السوق، و في هذه الوضعية تتحول هذه الممارسة من ممارسة مشروعة إلى ممارسة غير مشروعة [8]. و قد تتخذ شكل ممارسة البيع المخفض بشكل تعسفي، المنصوص عليها بموجب المادة 12 من الأمر المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، التي نقلها المشرع الجزائري حرفيا من القانون التجاري الفرنسي، الجزء المكرس للمنافسة [9] ، فنصت المادة على أنه :

"*يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج و التحويل و التسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق*"[10].

يفهم أن المقصود بهذه المخالفة، هو حظر عرض أو بيع منتوج للمستهلكين بسعر لا يحقق فائدة بالمقارنة مع تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، لأن هذه العملية تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة منتجاتها من الدخول إلى السوق، لذا حظر المشرع هذه الممارسة حماية لمصلحتين، من جهة حماية مصالح المؤسسات المتنافسة، لأن هذه الممارسة قد تؤدي إلى ابعاد مجموعة من التجار، و كثيرا ما تصدر هذه الممارسة قصد تحقيق احتكار في السوق، ومن جهة ثانية حماية لمصالح المستهلك، لأن هذه الممارسة وان سمحت له باقتناء سلع بأسعار مخفضة، إلا أن ذلك لن يدوم إلا لفترة قصيرة، لأن بمجرد تحقيق المؤسسة مقاصدها سترفع الأسعار، و سيتم ذلك على حساب المستهلك النهائي.

لا تعتبر ممارسة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي مجرد تخفيض بسيط في الأسعار، بل هي تحديد أسعار على مستوى منخفض إلى حد يؤدي إلى إبعاد جزئي أو كلي للمنافسين الآخرين، أو دفع منافسين جدد محتملين إلى التخلي عن دخول السوق أساسا.

تهدف هذه الممارسة إلى زيادة رقم الأعمال في المستقبل، لأن مرحلة تخفيض الأسعار ستؤدي إلى مرحلة ثانية و هي مرحلة رفع الأسعار، و لا يمكن تحقيق هذا الهدف إلا إذا أدى التخفيض إلى إفلاس المتنافسين أو إدماجهم في المؤسسة صاحبة الممارسة، أو من خلال دفع المنافسين الجدد إلى عدم دخول السوق أساسا [11] و ما يدفع المؤسسة إلى القيام بهذا التصرف هو شعورها بوجود منافسة فعلية في السوق، فترفع من حجم انتاجها لكي تتمكن من تحفيظ أسعارها، مما يعيق بالمنافسين [12].

فالبيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي ليس مجرد تخفيض بسيط في الأسعار، فهو "ذلك البيع الذي يعرض فيه العون الاقتصادي بيع سلعة أو بيع هذه السلعة فعلا للمستهلك، بسعر يقل عن سعر الإنتاج و التحويل و التسويق و ذلك إذا كان هدف او اثر ذلك تقييد المنافسة أو عرقلتها في سوق ما" [13].

وقد عرف مجلس المنافسة الفرنسي هذه الممارسة في العديد من قراراته على أنها "تلك الوضعية التي تقوم من خلالها مؤسسة مهيمنة بتحديد أسعارها بشكل سيسبب لها خسائر، أم أن هذه المؤسسة تستغنى عن أرباح لمدة قصيرة بهدف إبعاد أحد أو مجموعة من المنافسين، أو جعل دخول المنافسين الجدد إلى السوق صعب، ثم تقوم المؤسسة، بعد تحقيق أهدافها بإعادة رفع أسعارها لتعويض الخسائر التي تحملتها"[14].

الفرع الثاني: اهداف تبني أسعار مخفضة بشكل تعسفي

إن المؤسسة التي تتبنى أسعار مخفضة بشكل تعسفي ترمي إلى تحقيق مجموعة من الأهداف، أهمها الرغبة في حيازة وضعية هيمنة على السوق (أولا)، تحقيق سياسة احتكارية على سوق جغرافية (ثانيا) و الاستفادة من انخفاض قيمة أصول الضحية (ثالثا).

أولا: حيازة وضعية هيمنة على السوق

عرفت وضعية الهيمنة على السوق على أنها الحصول على وضعية مهمة وسلطة في السوق، حيث تمكن هذه الأخيرة صاحبها من عدم الاكتراث إلى الضغوط التنافسية، بل عكس ذلك قد تدفع المتنافسين إلى الامتثال لها[15] ، كما أنها تلك القوة الاقتصادية التي تتحصل عليها مؤسسة وتتيح لها سلطة التخلص من منافسة مؤسسات أخرى، موجودة في السوق نفسها[16]، وقد عرّفها المشرع الجزائري، على أنها:

« *وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني، من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها* »[17].

عرفت المحكمة الأوروبية، من خلال قرارها الشهير« Hoffmann- la roche » هذه الوضعية على أنها تلك القوة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة، والتي تؤدي إلى منح هذه الأخيرة سلطة عرقلة المنافسة الفعالة في السوق المرجعي، ولكن من دون أن تقضي تماما على المنافسة، على عكس ما تقوم به المؤسسة المحتكرة للسوق[18].

تبني أسعار مخفضة بشكل تعسفي، قد يمكن المؤسسة من أن تصبح مهيمنة على السوق، وهذا ما يمكنها من تعويض الخسائر التي تكبدتها في مرحلة أولى بكل سهولة، لأن في المرحلة الثانية من ممارستها المخلة بالمنافسة تعمد إلى رفع غير معتاد للأسعار.

وان كانت مختلف قوانين المنافسة لا تحظر وضعية الهيمنة على السوق، بل أنها تحظر التعسف الناتج عن هذه الوضعية، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والتي تنص أنه:

« *يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:*

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،

- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين،

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها،

- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة،

- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية »[19].

و إن كان في الأصل ممارسة تحطيم الأسعار تتبناه مؤسسات أو مشروعات مستقرة لأجل التحكم في السوق، لكن هذا لا يمنع أن تقوم به مؤسسات جديدة داخلة في السوق، فهي تبدأ نشاطها في السوق بأسعار زهيدة بغرض احتلال حصة من السوق على حساب المشروعات القائمة. وهذا ما حدث مثلا في سوق السيارات الأمريكية بين 1985 و 1990 ، فقد استطاعت شركات السيارات اليابانية (تويوتا، نيسان و هوندا) أن تدخل السوق متخذة شعار الأسعار المنخفضة التي يتحقق معها هامش ربح زهيد، و بالفعل استطاعت أن تحتل هذه الشركات حصة معتبرة من السوق على حساب السيارات الأمريكية (فورد و جنرال موتورز...)، و بعد أن رسخت اقدامها في هذا السوق تعمدت رفع الأسعار [20].

ثانيا: تحقيق سياسة احتكارية على سوق جغرافية معينة

يؤثر الاحتكار بطريقة سلبية على المنافسة، لأن عادة ما يلجأ المحتكر إلى أساليب غير مشروعة لتحقيق وضعيته في السوق، فيستعمل أساليب متعددة لإبعاد مؤسسات متنافسة غير قادرة على مواجهة قوته الاقتصادية، كما يمنع المؤسسات الجديدة من دخول السوق، و هذا ما قد يؤدي إلى قتل المنافسة تماما و بالتالي حرمان المستهلك من منافع المنافسة. و نظرا للمخاطر التي قد تنجر عن وضعية الاحتكار نجد أن الدستور الجزائري في آخر تعديل له قد نص بموجب المادة 43 فقرة 4 على أنه : "***يمنع القانون الاحتكار و المنافسة غير النزيهة***" [21].

إن تحقيق سياسة احتكارية على سوق جغرافية معينة تمكن المؤسسة من التحكم في تلك السوق من جهة، و من جهة ثانية تمهد للسيطرة على أسواق مرجعية أخرى من خلال استخدام سياسة الإغراق [22]. و ليس للإغراق هدف موحد، فقد يكون الغرض منه التخلص من مخزون راكد، أو غزو الأسواق أو إعاقة نشاط المنافسين و دفعهم إلى الإفلاس، و طبقا للاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية سابقا، و المنظمة العالمية للتجارة حاليا، يجوز محاربة الإغراق متى نتج عنه ضرر بالمشروعات الأخرى [23].

ثالثا:الاستفادة من انخفاض قيمة أصول الضحية

عادة ما يحاول مرتكب ممارسة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي الاستحواذ على أصول ضحاياه حتى يضمن عدم عودتهم إلى السوق و منافسته مرة أخرى، و ما يسهل عملية الشراء هو اضطرار المؤسسات المتضررة من الممارسة إلى تخفيض ثمن مشروعاتها، فيتم اقتنائها بأسعار زهيدة [24].

كل هذه الأغراض الغير مشروعة لممارسة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي، هي التي جعلت الممارسة محظورة، فهي لا تؤدي فقط إلى الاضرار المباشر بالمؤسسة أو مجموعة من المؤسسات التي حاولت منافستها في السوق، بل أنها تؤدي إلى الاضرار بالنظام الاقتصادي بأكمله، من خلال تغيير بنيته و تركيبته.

المطلب الثاني: تمييز البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي عن البيع بالخسارة

لم ينص الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الملغى، على ممارسة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي بل تم النص على ممارسة البيع بالخسارة، لكن بموجب قانون المنافسة لسنة 2003 حذف المشرع نص المادة 10 و المتعلقة بالبيع بالخسارة الواردة في النص القديم، و استبدلها بنص المادة 12 و المتعلقة بأسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي، أما عن نص المادة 10 المتعلقة بالبيع بالخسارة، فتحولت المادة 19 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، المعدل و المتمم[25].

و ان كان البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي و البيع بالخسارة يتشابهان، خاصة من حيث أن المخالفتين مرتبطتين بالأسعار، أي أن البيع يتم بسعر غير عادي و لا يتوافق مع تكلفته، فهما تختلفان من عدة جوانب، خاصة من حيث القانون المنظم للمخالفتين (الفرع الأول)، و من حيث مضمون المخالفة في حد ذاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: من حيث القانون المنظم للمخالفتين

تم تنظيم البيع بالخسارة بموجب المادة 19 من القانون رقم 04-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و التي تنص أنه:

"*يمنع على كل عون اقتصادي بيع سلعة بسعر اقل من سعر التكلفة الحقيقي إذا كانت هذه الممارسات قد حادت من قواعد المنافسة في السوق أو يمكن أن تحد منها.*

لا تطبق هذه الأحكام على:

- *السلع سهلة التلف و المهددة بالفساد السريع، و بين السلع بصفة ارادية أو حتمية نتيجة تغيير النشاط أو انهائه أو تم إثر تنفيذ قرار قضائي و بيع السلع الموسمية وكذلك بيع السلع المتقادمة أو البالية تقنيا،*

- *السلع التي تم التموين منها أو التي يمكن التموين منها من جديد بسعر أقل، و في هذه الحالة يكون السعر الحقيقي الأدنى لإعادة البيع يساوي سعر التموين الجديد،*

المنتوجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبق من طرف المنافسين بشرط ألا يقل سعر المنافسين عن حد البيع بالخسارة[26].

أما البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، فتم تنظيمه بموجب المادة 12 من قانون المنافسة و التي تحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج و التحويل و التسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق[27].

يتضح من النصين أن المشرع الجزائري قد أخضع المخالفتين لقانونين مختلفين، فتم تنظيم البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي بموجب الأمر المنظم للمنافسة، و بالتالي يكون مجلس المنافسة مختص في النزاعات التي قد تنشأ بمناسبة إرتكاب هذه المخالفة، أما ممارسة البيع بالخسارة، فقد أصبحت ممارسة تخضع لقانون الممارسات التجارية، و بالتالي تخرج هذه المخالفة عن اختصاص مجلس المنافسة، و عليه يختص في النظر في النزاعات التي قد تنشأ عن هذه الممارسة الهيئات القضائية العادية.

اخضاع مخالفة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي لقانون المنافسة، يقتضي بالضرورة أن تكون المخالفة مضرة بالسوق و بالمنافسة الحرة، بما أن شرط الإخلال بالمنافسة شرط جوهري و أساسي في كل الممارسات المقيدة للمنافسة، فلا يكفي الإضرار بالمنافسين، بل يجب أن تكون الأضرار أكثر خطورة، أي تمس بالسوق أو على الأقل جزء منه، مما يجعل مجلس المنافسة مختص بالنظر في هذه المنازعات.

أما فيما يخص ممارسة البيع بالخسارة، المنصوص عليها بموجب قانون الممارسات التجارية، فأصبح تطبيقها يقتصر على مجال الممارسات التعسفية الصادرة من تاجر تجاه تاجر أو مجموعة من التجار، دون شرط التأثير السلبي على السوق. فيكون المشرع الجزائري بذلك قد وسع من تطبيق هذه المخالفة، التي يصعب معاقبة مرتكبيها في ظل قانون المنافسة بسبب شرط عرقلة السير العادي للمنافسة، فنادرا ما يتم معاقبة التجار الذين يمارسون بيوع بالخسارة لأن من خلال هذه الممارسة يتم إلحاق الأضرار بمتعاملين اقتصاديين منافسين، دون أن يؤدي ذلك إلى عرقلة حرية المنافسة، أو الحد منها أو الإخلال بها في السوق، لذلك عادة ما تفلت المؤسسات من العقاب.

فبموجب قانون الممارسات التجارية، يمكن لكل عون اقتصادي تضرر من بيع بالخسارة أن يلجأ إلى الهيئات القضائية، ليرفع دعوى ضد مرتكب المخالفة، و لا يقع عليه إلا عبء إثبات وقوع الممارسة، دون الحاجة إلى الرجوع إلى السوق و الآثار المترتبة عليه.

الفرع الثاني: من حيث مضمون المخالفة

لا يعتبر البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي بيعا بالخسارة، لأن في حالة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، يتخلى المتعامل الاقتصادي عن الربح الحال و الفوري لأجل الحصول على ربح أكبر في المستقبل. فالاستغناء عن الربح الفوري لا يعني خسارة، بل يعني قبول تحقيق أرباح منخفضة مقارنة بالأرباح التي كانت المؤسسة ستحققها في حالة المنافسة العادية فقط.

أما في البيع بالخسارة تتقبل المؤسسة تكبد خسارة فورية على أن تحقق أرباحا أكيدة لاحقة، و قد اعتبر القضاء الفرنسي أن البيع بالخسارة قد يكون مشروعا في بعض الأحوال، فميز بين وضعيتين: وضعية المؤسسة المهيمنة على السوق و التي يتم تأويل بيعها بالخسارة مباشرة على أنه يهدف الإخلال بالمنافسة و التحكم في السوق، و هو التصرف المقيد و المخل بالمنافسة، و الذي يجب معاقبة مرتكبيه.

أما الوضعية الثانية، هي التصرفات الصادرة عن مؤسسات ليست مهيمنة على السوق، ففي هذه الحالة لا نحكم على المؤسسة أنها ارتكبت ممارسة مضرة و مخلة بالسوق لعدم تمتعها بالقوة الكافية للإضرار بالغير[28] ، ومن بين الأمثلة عن التمييز بين الوضعيتين نجد قرار مجلس المنافسة الفرنسي لسنة 1997 بشأن قضية الاسمنت الجاهز للاستعمال[29].

منع المشرع الجزائري البيع بالخسارة بلا قيد أو شرط، و دون النظر إلى ما يترتب عليها من آثار، فيجب ردع هذه الممارسة لأنها تقدم صورة مشوهة للمنافسة تجاه المستهلك، لأن من خلالها يتظاهر التاجر بأنه يمارس هوامش ربح منخفضة لصالح المستهلكين، لكن الحقيقة غير ذلك لأنه يقصد منها تحويل الزبائن، لذا القانون يحارب هذه الممارسة لحماية صغار التجار من أقوياء السوق المحافظة على مصالح المستهلكين.[30]

و إن كان البيع بالخسارة يهدف إلى الإضرار بالمتعامل الاقتصادي المنافس، فإن البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي يهدف التحكم في السوق و الإخلال به، و لهذا تحظر الممارسة الأولى لحماية متعامل اقتصادي من تعسف متعامل اقتصادي آخر، و تحظر الممارسة الثانية لحماية السوق و كذلك حماية المستهلك، الذي و إن انتفع من انخفاض الأسعار لمدة معينة، إلا أنه سيتضرر بعد ذلك بسبب الارتفاع الشديد الذي ستشهده الأسعار، لأجل رغبة المؤسسة في تحقيق الأرباح المنتظرة.

لكن أهم ما يميز هاتين المخالفتين هو أن البيع بالخسارة يتعلق بالفرق بين سعر الشراء بالوحدة و الحقوق و الرسوم و مصاريف النقل إذا وجدت و بين ثمن إعادة بيعها،

أما البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي يتعلق بالفرق بين تكلفة السلعة، أي تكاليف الإنتاج و التحويل و التسويق و بين الثمن الذي تباع به إلى المستهلك.

و نشير أخيرا إلى انه إذا كان مجال البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي السلع و الخدمات، فمجال البيع بالخسارة يقتصر على السلع دون الخدمات، لعدم وجود تكاليف الانتاج و التحويل و التسويق في مجال الخدمات.

المبحث الثاني: شروط البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي

من خلال نص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، يمكن استنتاج مجموعة من الشروط الواجب توافرها لاعتبار البيع " بيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي" وأنه يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة و بالتالي يكون محلا للمتابعة أمام مجلس المنافسة.

من أهم هذه الشروط أن يكون سعر البيع الموجه للمستهلك مخفضا، و ليس مجرد تخفيض بسيط، بل يجب أن يتم التخفيض بشكل تعسفي و فادح (المطلب الأول)، و أن يترتب عن ذلك إضرار بالمنافسة و إخلال بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:أن يكون سعر البيع مخفضا بشكل تعسفي

لكي تتحقق مخالفة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، يجب أن يكون سعر البيع ليس مجرد تخفيض بسيط، بل تخفيض فادح بالنظر إلى تكلفته الكلية، لذا يلتزم الأمر المقارنة بين سعر البيع الموجه للمستهلك و سعر التكلفة الكلي (الفرع الأول) و هذا ما يثير عدة إشكاليات، لأنه يصعب للمدعي معرفة التكلفة الحقيقية و الكلية، و طرق تحديد السعر النهائي، و بالتالي اثبات أن السعر مخفضا تعسفيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المقارنة بين سعر البيع و سعر التكلفة الكلي

حظر البيع المخفض بشكل تعسفي، يقتضي أن تكون أسعار المنتجات المعروضة للمستهلك أقل من تكاليف إنتاجها، و تحويلها وتسويقها، و قد ورد نص المادة 12 من الأمر المنظم للمنافسة بهذه الصياغة لكي يستوعب جميع الفرضيات التي يمكن أن تبرز فيه هذه الممارسة، فسواء كان العارض أو البائع منتجا للسلعة أو محولا لها أو مسوقا لها، فإن الحظر يقع إذا كان سعر السلعة المعروض أو المطبق يقل عن المصاريف التي بذلت في إنتاجها أو تحويلها أو تسويقها[31].

فلما كان البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي يتعلق ببيع مؤسسة لسلع أو خدمات أقل من السعر الذي كلفتها السلعة أو الخدمة، فهذه المخالفة تستوجب تحليل دقيق للتكاليف التي تحملتها المؤسسة و هذا ليس بالأمر البسيط[32] إذ يجب المقارنة بين سعر البيع للمستهلك أخذا بعين الاعتبار كل الرسوم، الثمن الفعلي الكلي للسلعة، و الذي يتضمن

سعر الإنتاج بما فيها سعر اقتناء المواد الأولية و دفع أتاوى المستخدمين و كذلك مصاريف الاستثمار التي يتحملها الموزع ليتكفل بنفسه بالمرحلة الأخيرة من إنتاج السلعة، إضافة إلى مصاريف التسويق بما فيها المصاريف اللازمة لوضع السلعة تحت تصرف المستهلك كمصاريف النقل و التخزين...

و لحساب كل هذه المصاريف يأخذ مجلس المنافسة الفرنسي بعين الاعتبار الطرق المعتادة في مجال المحاسبة، و لكي تتحقق مخالفة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي، يجب أن يكون سعر المنتوج منخفض بشكل فادح مقارنة بما كلفته السلعة أو الخدمة[33].

و يعتبر القرار الصادر من مجلس قضاء المجموعة الأوروبية في 3 جويليا 1991 في قضية « AKZO » سابقة مهمة فيما يخص تحديد عناصر المخالفة، حيث تتلخص وقائع القضية في أنه في بداية 1980 ، كانت شركة هولندية كبيرة « AKZO » و شركة بريطانية « ECS » أقل منها حجما، تنشطان في الصناعة الكيماوية، فكانت الشركتين تنتجان مادة كيميائية تسمى « Peroxyde de benzoyle » هذه المادة تستعمل في صناعة البلاستيك و كذلك لتبييض القمح.

سنة 1983، قررت الشركة البريطانية توسيع نشاطها في انتاج المادة الكيميائية، فبعدما كانت تنتج المادة المستعملة على البلاستيك فقط، قررت توسيع نشاطها إلى مجال تبييض القمح، كما تفعل الشركة الهولندية. ردا على هذا القرار قامت الشركة الهولندية بممارسة أسعار مخفضة بشكل تعسفي على مادة « Peroxyde de benzoyle » المستعملة على القمح لمنع الشركة البريطانية من دخول السوق، و قد قامت اللجنة الأوروبية بمعاقبة الشركة الهولندية في 14 ديسمبر 1985 بفرض غرامة مالية على المؤسسة المخلة بقانون المنافسة، و قد أكد مجلس قضاء المجموعة الأوروبية هذا القرار في 03 جويليا 1991 مقدما التقنيات التي يمكن الاعتماد عليها للتعرف على الأسعار المخفضة بشكل تعسفي[34].

الفرع الثاني: صعوبة اثبات أن السعر مخفض تعسفيا

قد تتخذ المؤسسة وسيلة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي حماية و دفاعا عن مصالحها و حفاظا على حصتها في السوق. كما قد تتبنى المؤسسة هذه الطريقة في البيع أو عرض الأسعار للتوسيع من حصتها في السوق على حساب المنافسين المحتملين أو المنافسين المتواجدين اصلا في السوق[35].

لكن العقبات التي تجدها سلطات المنافسة تكمن في صعوبة إثبات سياسة الإبعاد التي تتبناها المؤسسة، كما أن الإشكال الذي يثور في هذا النوع من المخالفات هو امكانية المعرفة الحقيقية لتكاليف الانتاج و التحويل و التسويق، لأنه لا يمكن معرفة معطيات

المحاسبة الداخلية للمؤسسة، و لا تقدم المؤسسة هذه المعطيات إلا إذا أرغمت على ذلك[36].

يعتبر المحللون الاقتصاديون ممارسة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، ممارسة استثنائية تضعنا أمام وضعيتين متناقضتين:

أولا: من جهة الأسعار المخفضة بشكل تعسفي تؤدي إلى إنعاش الصالح العام من خلال الدخول المكثف للمستهلك إلى السوق، على حساب قلة عارضي السلعة أو الخدمة، و بالتالي ليس هناك أي ضرر في هذه الوضعية، لكن شرط أن لا تستغل المؤسسة صاحبة الممارسة الفرصة، أي أن بعد تحطيمها للأسعار يجب أن لا تقوم بعد ذلك بالرفع المفرط في سعر نفس السلع أو الخدمات و استغلال الفرصة لشراء أصول منافسيها الذين أصبحوا في وضعية حساسة و حرجة، بسبب سياسة التوزيع التي انتهجتها[37].

ثانيا: انخفاض الأسعار يترجم بالنسبة للمؤسسة صاحبة الممارسة بارتفاع حصتها في السوق و بالتالي هي الأولى التي تجد نفسها أمام خسائر أكبر من تلك التي تعرض لها منافسيها، و لهذا السبب يرى المختصين الاقتصاديين، أن استراتيجية التخفيض المفرط للأسعار -أين تكون المؤسسات المتنافسة تقريبا في نفس ظروف الإنتاج_ استراتيجية غير فعالة، لأن في أغلب الحالات التخفيض في الأسعار الذي تقوم به المؤسسة يعود إلى انخفاض تكاليف الإنتاج، وليس لأسباب أخرى[38].

و لكن اذا كانت القاعدة أن التخفيض في الأسعار يعود إلى انخفاض تكاليف الإنتاج، إلا أنه استثناء يمكن أن يكون هذا التخفيض الغير عادي يعود لأغراض مخلة لقوانين المنافسة، عندما يكون بهدف عرقلة المنافسة و الحد منها.

و نشير إلى أن القانون الأوروبي يختلف عن القانون الفرنسي في مسألة تحديد معايير مخالفة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي، و بالتحديد فيما يخص إعادة استرجاع الخسائر و الأضرار المالية التي لحقت بالمؤسسة المتعسفة نتيجة تخفيض اسعارها طوال المدة المعنية. فهل هذا العامل يدخل ضمن المعايير الواجب توافرها في الممارسة أم لا؟

أقر مجلس قضاء المجموعة الأوروبية في قراره الصادر في 02 أفريل 2009 أنه ليس من الضروري إثبات وجود إمكانية استعادة الخسائر التي لحقت بالمؤسسة التي ارتكبت المخالفة، فهذا ليس معيار من المعايير الواجب توافرها لقيام هذه المخالفة، عكس ما ذهب إليه مجلس المنافسة الفرنسي، لكن هذا لا يعني أن قضاء المجموعة الأوروبية لا يعطي أي أهمية لهذا العنصر إذ ليس هناك ما يمنع المجلس من الاستعانة به لإثبات الصفة التعسفية للممارسة المرتكبة من طرف المؤسسة المخلة بأحكام قانون المنافسة و هذا ما أشار إليه مثلا في القرار الصادر في قضية « Wanadoo Interactive »[39].

أما مجلس المنافسة الفرنسي من خلال تطبيق أحكام المادة L.420-5 من القانون التجاري و المتعلقة بالبيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، نجد أن له موقفا مغايرا لقضاء المجموعة الأوروبية، إذ أنه يعتبر ان مرتكب المخالفة يمر بمرحلتين متميزتين، و يجب التمييز بين كل مرحلة لتحديد هذه المخالفة:

_ المرحلة الأولى من المخالفة و التي خلالها يتقبل مرتكب المخالفة تحمل الخسائر بهدف إبعاد متعاملين اقتصاديين منافسين له من السوق، فهنا المؤسسة تضحي بأرباحها الحالة لأجل إبعاد منافسيها، مع الإشارة أن التضحية بالأرباح ليس بالتصرف المقيد للمنافسة، بل أن التصرف المحظور هو أن يصدر هذا التصرف لأجل إبعاد المنافسين الآخرين، أي قصد الاضرار بهم.

_ المرحلة الثانية من المخالفة و التي خلالها تقوم المؤسسة باسترجاع كل ما تحملته من خسائرّ، فهي تضحي بالأرباح في المرحلة الأولى لأنها على يقين باسترجاعها في مرحلة ثانية [40] و قد نص مجلس المنافسة الفرنسي على هذه المرحلتين مثلا في قراره الصادر في 23 نوفمبر 2007 [41].

المطلب الثاني: توجيه البيع للمستهلك قصد الإضرار بالمنافسين

يشترط لتحقق مخالفة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي أن يوجه البيع، أو حتى العرض إلى المستهلك النهائي و ليس للمحترف (الفرع الأول)، و أن يكون الهدف من الممارسة إلحاق اضرار بالمنافسين المتواجدين في السوق لأنهم المستهدفين من الممارسة، و بالتالي عرقلة السوق، و أن المستهلك وسيلة لتحقيق الأهداف المنتظرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: توجيه العرض أو البيع للمستهلك

يشترط في مخالفة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي أن يتم توجيه العرض أو البيع إلى المستهلك لا غير، و لكن ما المقصود بالعرض أو البيع؟ (أولا) و ما المقصود بالمستهلك (ثانيا).

أولا: المقصود بالعرض أو البيع

يقصد ب "العرض " التعبير عن الإرادة الصادر عن الموجب، و ليس من الضروري صدور قبول تجاه الإيجاب أو أن يتحقق البيع فعلا، فكل العروض المحددة و الصادرة دون تحفظ لتمكين البيع يمكن أخذها بعين الاعتبار.

أما "البيع"، فيقصد به العملية القانونية التي تهدف إلى نقل ملكية الشيء المبيع من البائع إلى المشتري مقابل دفع الثمن.

و بخصوص "بيع الأشياء على حالها " فهي خارج إطار تطبيق هذه المخالفة، و بالتالي يجب أن تكون السلع قد انتجت و حولت ثم تم بيعها.

فيدخل في اطار النص القانوني، البيوع التي تتم مباشرة من المنتج إلى المستهلك، و كذلك بيع المنتجات التي قام المشتري باقتنائها من المنتج ثم قام بتحويلها قبل اعادة بيعها إلى المستهلك، ويأخذ القضاء الفرنسي بالمفهوم الواسع لفكرة التحويل، فيقصد به كل الأشكال المختلفة والمتنوعة لتدخل الموزع عندما يؤدي هذا التدخل إلى تغيير شكل السلعة قبل إعادة بيعها إلى المستهلك، فيدخل في هذا الإطار كل من الطهي، التقطيع، التغليف والتركيب...إلخ[42].

ويدخل في مفهوم هذه المخالفة كذلك الخدمات، فيدخل في مجال تطبيق المادة 12 من قانون المنافسة كل من السلع و الخدمات، و هذا عكس ما نص عليه قانون الممارسات التجارية بشأن البيع بالخسارة و التي تطبق على السلع دون الخدمات.

ثانيا:تحديد مفهوم المستهلك

إذا لم يكن للشخص البائع أو مقدم الخدمة أي أهمية، فيكون لشخص المشتري المستفيد من السلعة أو الخدمة أهمية بالغة في تحديد أركان المخالفة، فيجب أن يكون الطرف الثاني في العلاقة " المستهلك "، و بالتالي لا يدخل ضمن حظر العرض أو البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي العروض أو البيوع التي تتم بين محترفين[43].

فأول شخص يشعر بمزايا المنافسة هم الأفراد، لأن عندما يتنافس المتعاملين الاقتصاديين في سوق مرجعية، كل واحد منهم يرغب أن يحوز على هذه السوق، من خلال عرض أسعار منخفضة عن تلك التي يقترحها منافسيه، و المستهلكين يجنون قبل غيرهم ثمار هذه المنافسة عن طريق الأسعار، و التي لا تقتصر على تخفيض أسعار المنتجات، بل تقديم تسهيلات أكبر في شروط البيع و خدمات أفضل في الصيانة و اجراءات أفضل في تحصيل الديون.

فالمستهلك يعتبر الجانب الأساسي في المنافسة، و عامل الحسم في الصراع التنافسي، لأن حرية المستهلك في اختيار نوع المنتوج لها أثرها الكبير في تنظيم المشروع المنافس، لذا اهتم المتنافسون بالمستهلكين[44].

و قد أولى المشرع الجزائري أهمية للمستهلك من خلال قانون المنافسة، قانون الاستهلاك و قانون الممارسات التجارية، على الأقل من الناحية النظرية، و قد عرف قانون حماية المستهلك و قمع الغش المستهلك على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من اجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به[45].

أما قانون الممارسات التجارية، فعرفه على انه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت، و مجردة من كل طابع مهني[46].

و من خلال تحديد مفهوم المستهلك يمكن القول أن:

- توجيه هذا النوع من البيوع إلى المستهلك النهائي يخرج من نطاق تطبيق هذه الممارسة البيع الموجه إلى شخص سيقوم بتحويل السلعة قبل إعادة بيعها في السوق.

- البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي يتعلق بعروض أسعار مطبقة على المنتجات لتلبية الحاجات الخاصة للمستهلك، و بالتالي الشراء إذا ما تعلق بتلبية حاجات مهنية لا يمكن تطبيق نص المادة 12 من قانون المنافسة، لأن هذا النص جاء لحماية المستهلك عديم الخبرة في هذا المجال، عكس ما هو عليه المحترف.

الفرع الثاني: هدف الإضرار بالمنافسين و تقييد المنافسة

إن الهدف من ممارسة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي، هو إزاحة المنافسين من الطريق أو حتى منع دخول أي منافسين جدد إلى السوق، و قد تتمكن المؤسسة المرتكبة للمخالفة من تحقيق وضعية الاحتكار، و بالتالي ليس الإضرار فقط بالمتعاملين الاقتصاديين، بل الحاق أضرار خطيرة بتركيبة السوق و المساس بمبدأ حرية المنافسة و تقييدها و عرقلتها.

شرط الإخلال بالمنافسة ليس حكرا على ممارسة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي، بل ينطبق على كل الممارسات المقيدة للمنافسة، غير أن المشرع في هذه الممارسة نص على شكل خاص من أشكال التعسف، و الذي يتمثل في أن الممارسة تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق.

و عموما لنكون بصدد المخالفة المنصوص عليها بموجب المادة 12 من الأمر المتعلق بالمنافسة، و المتعلقة بالبيع بسعر مخفض بشكل تعسفي، يجب أن يكون هناك عرض أسعار أو بيع فعلي موجه للمستهلك، و أن يكون السعر مخفض جدا مقارنة بتكاليف السلعة أو الخدمة، و هذا لأجل القضاء على المنافسين المتواجدين في السوق أو على الأقل الإضرار بهم و اضعافهم، و هذا ما أكده مجلس المنافسة الفرنسي في أحد قراراته عندما نص أنه لكي نكون بصدد مخالفة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي المنصوص عليها بموجب قانون المنافسة، يجب توفر ثلاث شروط و المتمثلة في :

- عرض بيع موجه للمستهلك،
- عرض سعر غير كافي بالنظر إلى تكاليف الإنتاج، التحويل و التسويق،
- الغرض أو القدرة على إبعاد أحد المنافسين أو أحد المنتجات المنافسة[47].

لكن في الواقع نادرا ما تجد ممارسة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي تطبيقا لها، خاصة بسبب صعوبة اثبات تكاليف السلعة أو الخدمة، و بالتالي صعوبة اثبات أن البيع مخفض بشكل تعسفي، فيجد المتعامل الاقتصادي نفسه يلجأ إلى طرق أخرى أكثر فعالية.

عادة ما تكون المؤسسة المعنية، أي المرتكبة للممارسة المقيدة للمنافسة في وضعية هيمنة على السوق، فيصعب تصور إمكانية لجوء مؤسسات صغيرة إلى هذا النوع من الممارسات، فأكيد أن المؤسسة قوية و مهيمنة على السوق، و في حالة تعسفها بسبب هيمنتها الاقتصادية يمكن اتخاذ الإجراءات القانونية ضدها و توقيع السلطات المكلفة بحماية المنافسة العقوبات المقررة قانونا.

خاتمة

ختاما يمكن القول أن المشرع الجزائري من خلال حظر البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، أراد تكملة مختلف الأحكام القانونية التي تهدف الى حماية السوق من الممارسات المخلة بالمنافسة و المتعلقة بالأسعار، خاصة تلك التي جاءت في اطار الاتفاقات المقيدة للمنافسة و التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية.

فهذه الأحكام تهدف إلى حماية السوق أساسا و النظام العام الاقتصادي التنافسي، و تهدف أيضا إلى حماية المستهلك الذي ينتفع عندما تتوفر منافسة نزيهة و شفافة، فالتنافس النزيه مفاده تعدد الاختيار للمستهلك، و توفر أسعار تنافسية .

فلا تعتبر مخالفة البيع بسعر مخفض بشكل تعسفي استثناء لمبدأ حرية الأسعار، المنصوص عليه بموجب قانون المنافسة، فالأسعار تحدد بكل حرية، على أن لا تؤدي هذه الحرية إلى الإضرار بالمنافسة في حد ذاتها.

الهوامش:

(1) قانون رقم 89–12، مؤرخ في 05 يوليو 1989، يتعلق بالأسعار، جريدة رسمية عدد 29، الصادر بتاريخ 19 يوليو 1989 (ملغى).

(2) أمر رقم 95–06، مؤرخ في 25 يناير 1995، *يتعلق بالمنافسة*، جريدة رسمية عدد 09، الصادر بتاريخ 22 فبراير 1995 (ملغى).

(3) المادة 10 من المرجع السابق.

(4) تم إلغاء أمر 95-06 95 المتعلق بالمنافسة بموجب أمر رقم 03–03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية عدد 36، الصادر بتاريخ 02 يوليو 2008 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010.

(5) أنظر قانون رقم 04 – 02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46، الصادر بتاريخ 18 غشت 2010.

(6) الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، مرجع سابق، المادة 1/04.

(7) المادة 2/4 من المرجع السابق.

(8) AUGUET Yvan, *Droit de la concurrence*, Ellipses, Paris, 2002, p.135.

(9) بموجب المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم نقل المشرع الجزائري حرفيا الفقرة الأولى من نص المادة L420-5 من التقنين التجاري الفرنسي المتعلقة بحظر البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي، فتنص المادة:

« *Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.*

Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public. », Code de commerce, https://www.legifrance.gouv.fr/

(10) المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، مرجع سابق.

(11) « *La pratique de prédation , consiste pour une entreprise, à fixer ses prix à un niveau inférieur au coût marginal ,ce qui conduit inévitablement, soit à évincer partiellement ou totalement les concurrents en place, soit à dissuader des concurrents potentiels d'entrer sur le marché. Cette stratégie de prix bas, visant à privilégier les ventes ou le chiffre d'affaires au détriment du profit, ne sera économiquement rationnelle que si l'investissement réalisé dans la prédation se révèle effectivement rentable. Par conséquent, il faudra que la période de baisse des prix débouche ultérieurement sur une période d'augmentation des prix. L'augmentation des prix doit être rendue possible grâce au pouvoir de marché acquis ou conservé par l'entreprise, fruit de la faillite des concurrents, ou de leur acquisition par la firme prédatrice ou bien encore par une dissuasion réelle de l'entrée.* », BENZONI Laurent, « *Stratégies de prix- Prix prédateurs : les enseignements de l'analyse économique* », Problèmes Economiques, n° 2683, octobre 2000, pp.6-15 (version révisée).

(12) CLERC Denis, « *Une concurrence ni pure ni parfaite* », Alternatives Economiques, n° 156, Février 1998, pp. 62-65.

(13) كتو محمد الشريف، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 و القانون 02-04، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص. 53.

(14) « *La pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un tel niveau qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes.* », Décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/

(15) MAINGUY Daniel, RESPAUD Jean-Louis et DEPINCE Malo, D*roit de la concurrence*, Litec, Paris, 2010, p.281.

(16) كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، مرجع سابق، ص. 45.

(17) المادة 3/ج من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(18) Arrêt de la cour du 13 février 1979. Hoffmann- la roche & co.AG contre commission communauté européennes, http://eur-lex.europa.eu/

(19) الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(20) عبد الباسط وفا، "سياسة تحطيم المشروعات من خلال الأسعار و انعكاساتها على الأسواق التنافسية"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد الرابع، يوليو-ديسمبر 2000، ص ص.151-285، أنظر ص 163.

(21) مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم بموجب القانون

رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، جريدة رسمية عدد 25، مؤرخ في 14 أفريل 2002، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63، مؤرخ في 16 نوفمبر 2008، و المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخ في 7 مارس 2016.

(22) يتمثل الإغراق في بيع المنتجات في الخارج بسعر منخفض عن السعر الداخلي للمصدر، و قد يكون هذا السعر أعلى من تكلفة الإنتاج أو أقل منها.

(23) VOILLENOT Dominique, *La réglementation CEE anti-dumping et anti-subvention*, Joly édition, Paris, 1993, pp.12-15.

(24) REY PATRICK et TIROLE Jean, « *Analyse économique de la notion de prix de prédation* », Revue Française d'Economie, n° 01, vol 12 , 1997, pp. 03-32.

(25) القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، المعدل و المتمم، مرجع سابق، المادة 19.

(26) الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق، المادة 10.

(27) الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق، المادة 12.

(28) REY PATRICK et TIROLE Jean, « *Analyse économique de la notion de prix de prédation* », op.cit, p. 25.

(29) Décision n°97-D-39 du 17 juin 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur, http://lexinter.net/

(30) كتو محمد الشريف، قانون المنافسة و الممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 و القانون 04-02، مرجع سابق، ص 101.

(31) المرجع السابق، ص 54.

(32) ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, éditions Belkeise, Alger, 2012 , p.120.

(33) AUGUET Yvan, *Droit de la concurrence*, op.cit, pp.137-138.

(34) "D*es prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (….) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs ; (…) des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent*", CJCE, 3 juillet 1991, Akzo Chemie BV C/ Commission européenne, http://eur-lex.europa.eu/

(35) ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, op.cit, p.122.

(36) و من بين القضايا التي عرضت على مجلس المنافسة الفرنسي في هذا الشأن، نجد مثلا قضية شركة « UGC ciné-cité » أنظر:

-Décision n° 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/

(37) BENZONI Laurent, «*Prix prédateurs : les enseignements de l'analyse économique* », op.cit, p.15.

(38) Ibid.

(39) *« Il ne ressort pas de la jurisprudence de la Cour que la preuve de la possibilité de récupération des pertes subies du fait de l'application, par une entreprise en position dominante, de prix inférieurs à un certain niveau de coûts constitue une condition nécessaire afin d'établir le caractère abusif d'une telle politique de prix. En particulier, la Cour a eu l'occasion d'exclure la nécessité d'une telle preuve dans des circonstances où l'intention éliminatoire de l'entreprise en cause pouvait être présumée en considération de l'application par celle-ci de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables …mais la Cour "n'exclut pas, bien entendu, que la Commission puisse considérer une telle possibilité de récupération des pertes comme étant un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question, en ce qu'elle peut contribuer, par exemple, à exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent, ou à établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.* », Décision CJCE du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE, COMP/38.233 –Wanadoo Interactive, http://curia.europa.eu/

أنظر فيما يخص التعليق على هذا القرار:

SIBONY Anne-Lise, *« Prédation : La CJCE refuse d'ériger la possibilité de récupération des pertes en condition nécessaire à la qualification de prix de prédation et confirme l'inexistence d'un droit absolu de*

s'aligner sur les prix des concurrents (France Télécom) », Revue concurrence, n° 02, avril 1999, pp.112-116.

(40) ARCELIN Linda, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne e communautaire*, 2ème édition, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2013, p .118.

(41) Voir décision n° 07-D-39 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/

(42) AUGUET Yvan, *Droit de la concurrence,* op.cit, p .136.

(43) Ibid, pp.136-137.

(44) معين فندي الشناق، الاحتكار و الممارسات المقيدة للمنافسة، في ضوء المنافسة و الاتفاقات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 80.

(45) القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 08 مارس 2009 ، المادة 1/03.

(46) القانون رقم 04-02 ، يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية، المعدل و المتمم، مرجع سابق، المادة 02/03.

(47) *« La qualification de prix abusivement bas suppose la réunion de trois conditions cumulatives : en premier lieu, le prix en question doit être un prix de vente au consommateur ;en deuxième lieu, le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation (les coûts étant évalués selon la méthode définie par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt du 3 juillet 1991, Akzo) ; en troisième lieu, le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit du concurrent. La pratique de prix bas doit être "accompagnée d'indices suffisamment sérieux, probants et concordants d'une volonté de capter la clientèle au détriment du concurrent. Cette volonté peut résulter des conditions dans lesquelles la pratique a été mise en œuvre, notamment lorsqu'elle relève d'un comportement qui s'écarte de la politique commerciale habituelle du distributeur et/ou parce qu'elle est clairement dirigée contre un concurrent*", avis n° 97-A-18, Décision n° 06-D-23 du 26 juillet 2006 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/

فعالية الجباية البيئية في مجال تسيير النفايات في الجزائر*

د. عبدلي نزار،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة ، الجزائر.

Dr. ABDELLI Nezar ,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université 20 août 1955 Skikda, Algérie.

الملخص:

أصبحت مشكلة التلوث وانتشار النفايات في الوقت الحاضر مشكلة عالمية مشتركة بين جميع دول العالم سواء كانت هذه الدول متقدمة صناعيا أو نامية، والجزائر على غرار سائر دول العالم أدرجت حماية البيئة كمطلب أساسي للسياسة الوطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، واعتمدت على الجباية البيئية كآلية للحد من التلوث وانتشار النفايات بجميع أشكالها، من خلال النص عليها ضمن قوانين المالية و القانون رقم 19/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، وكذا القانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة،حيث عمدت السلطات إلى تأسيس جملة من الرسوم البيئية التي شملت العديد من القطاعات.

سنحاول من خلال هذه الدراسة النظر في مدى فعالية الجباية البيئية في الحد من التلوث الناتج عن النفايات، من خلال التطرق إلى ماهية الجباية و الضريبة البيئية، و تحديد المجالات الخاضعة للجباية البيئية خاصة في مجال النفايات على اختلاف أشكالها (صلبة، سائلة أو غازية)، ثم النظر في مدى شمولية الرسوم البيئية لكافة أشكال التلوث.

الكلمات المفتاحية:

الجباية، الجباية البيئية، تسيير النفايات.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/03/16 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

The Effectiveness of Environmental Taxation in Waste Management in Algeria

Abstract:

The problem of pollution and the distribution of waste become a world plague common to all the countries of the world today, so affecting the developed countries or the developing countries.

Algeria, as the rest of the world included the environmental protection as the requirement of the national politics for the economic and social development, and it adopted the environmental taxation as the mechanism to reduce the pollution and the distribution of waste to all its forms, and this by promulgating texts in the finance laws and the law N 01-19 of December 12th, 2001 concerning the waste management, their controls and their release also, as well as the law N 03-10 of July 19th, 2003 relative to the environmental protection within the framework of the sustainable development, where the authorities have to establish among others, the environmental responsibilities which included many sectors.

We would try by this study, to estimate the efficiency of the environmental taxation, by addressing of the nature of taxation and environmental taxation, and by identification of spaces subjected to the environmental tax system at the level of various typical of waste; solid, liquid or gaseous, and we shall consider then the measure of the cover of environmental loads for all the forms of pollution.

Keywords:

Taxation, environmental taxation, waste management.

L'efficacité de la fiscalité environnementale dans la gestion des déchets en Algérie

Résumé:

Le problème de la pollution et de la diffusion des déchets est devenu aujourd'hui un fléau mondial. L'Algérie, comme le reste du monde a inclut la protection de l'environnement comme une exigence de la politique nationale pour le développement économique et social, elle a adopté la fiscalité environnementale comme un mécanisme pour réduire la pollution et la diffusion de déchets dans toutes ses formes et cela en promulguant des textes dans les lois de finances et la loi n°01-19 du 12 décembre 2001 relative à la gestion des déchets, la loi n° 03-10 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable. Cette étude vise l'évaluation de l'efficacité de la fiscalité écologique afin de réduire la pollution environnementale causée par les déchets, par l'identification de la nature de la taxe ou la fiscalité environnementale et les espaces soumis à cette fiscalité au niveau des différentes types de déchets ; solide, liquide ou gazeux, considérerons ensuite la mesure de la couverture de charges environnementales pour toutes les formes de pollution.

Mots clés :

Fiscalité, la fiscalité environnementale, gestion de déchets.

مقدمـة

ساهم التقدم الحضاري والصناعي وزيادة نسبة النمو الديموغرافي لسكان العالم في تزايد إنتاج النفايات من حيث الكم والنوع، فمن ناحية النوع نجد أن الانفتاح الاقتصادي قد بدأ يؤثر على عادات الاستهلاك وعلى محتويات النفايات خاصة في المدن الصناعية الكبرى، أما من ناحية الكم فإن حجم النفايات يزداد مع زيادة عدد السكان الذي يعد المنبع الأصلي لإنتاجها و المتسبب الرئيسي في تدهور الخدمات والمرافق الأساسية داخل الدولة.

قامت الدولة الجزائرية -على غرار باقي دول العالم- بسن العديد من التشريعات البيئية التي تضمن التقليل من إنتاج النفايات وتحسين تسييرها بالنظر للوضع الصعب الذي أصبحت تعيشه البيئة، و أمام زيادة الوعي لدى الأفراد بضرورة حمايتها فقد نصت هذه التشريعات على الجباية البيئية كوسيلة تمويلية تساهم في تغطية التكاليف الاقتصادية لتسيير النفايات، وكذا كوسيلة ردعية تعمل على التقليل من إنتاجها، وفي نفس الوقت تحفيزية تهدف إلى تشجيع الاستثمارات البيئية وتحفيز المنشآت على تبني تكنولوجيات صديقة للبيئة، إلا أن السؤال المطروح هو: ما مدى فعالية الجباية البيئية في التقليل من إنتاج النفايات وحسن تسييرها؟

المبحث الأول: الجباية و الضريبة البيئية كأداة للتقليل من التلوث البيئي

بادرت الدولة الجزائرية إلى تبني إستراتيجية للتأثير على الوضع البيئي والحد من التلوث وذلك عن طريق ما يسمى بالجباية البيئية التي تعد من أنجح الوسائل الحالية لحماية البيئة، حيث تعتبر الضرائب والحوافز الضريبية إحدى صورها. اتحدت معظم الحكومات والدول في العالم فيما بينها من أجل تبني سياسة موحدة لفرض الضرائب والرسوم وذلك لاستخدامها كوسيلة تمويلية أو ردعية للحد من التلوث[1]، وقد تستعمل كحافز لعدم التلويث مرة أخرى من خلال البحث عن وسائل تكنولوجية صديقة للبيئة تساهم في التقليل من نفقات تسيير النفايات. سيتم توضيح كل ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الإطار المفاهيمي للجباية البيئية، في حين نتناول في الثاني الإطار المفاهيمي للضريبة البيئية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للجباية البيئية

اعتمدت الجزائر- كما سبق القول- على الجباية البيئية كأداة اقتصادية لحماية البيئة من التلوث، فما المقصود بها؟ وما هي أهم أهدافها؟

الفرع الأول: تعريف الجباية البيئية

تعرف الجباية البيئية على أنها نوع من الأدوات الاقتصادية لمعالجة المشاكل البيئية، كما تعرف على أنها مجموعة الضرائب والإجراءات الجبائية التي لها تأثير على البيئة، تتضمن هذه الإجراءات: الضرائب، الرسوم، الإجراءات الضريبية التحفيزية[2].

تفرض الجباية البيئية بغرض جبر الضرر الذي تسبب فيه الملوث لغيره، على اعتبار أن الحق في البيئة النظيفة هو حق مطلق لجميع الأفراد على اختلافهم، وفي نفس الوقت هي وسيلة للردع من خلال الإجراءات العقابية التي تفرض على المكلف بها نتيجة تلويثه للبيئة.

الفرع الثاني: أهداف الجباية البيئية

تسعى الجباية البيئية إلى تحقيق مجموعة من الأهداف، مما تجعلها إحدى أهم أدوات السياسات البيئية والاقتصادية على حد سواء، و يمكن تلخيص هذه الأهداف فيما يلي[3]:

- المساهمة في إزالة التلوث عن طريق ما تضمنته الجباية البيئية من إجراءات عقابية، تفرض على كل مخالف لقواعد حماية البيئة، إما في شكل غرامات مالية أو عقوبات جنائية.
- تصحيح نقائص السوق إذ أضحت الإجراءات القانونية وحدها لا تكفي لردع المخالفين، أمام ضعف وقلة الموارد المالية المخصصة لحماية البيئة.
- ضمان تمتع الأفراد ببيئة صحية وهذا ما نصت عليه مختلف الشرائع والقوانين والاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن.
- غرس ثقافة المحافظة على المحيط لدى الأفراد و الجماعات في مختلف أنحاء العالم.
- التحفيز أو التشجيع على عدم تخزين النفايات الصناعية الخاصة أو الخطرة.
- الحد من الأنشطة الخطيرة والملوثة للبيئة بالنظر لما تسببه من تكاليف باهضة.
- تلعب الضرائب دورا محفزا للمنتجين على الابتكار، فإخضاع الطاقة والمياه والمواد الخام وكذا مخلفاتها الصلبة، السائلة والغازية للتكليف الضريبي يدفع بالمكلفين بها إلى تطوير طرق الإنتاج والنقل واستخدام الطاقة والاستهلاك، وهذا ما يساعد على تحقيق المزيد من الكفاءة الاقتصادية وتنفيذ مبدأ الاحتياطات وتحسين الاستدامة والتنافسية العالمية[4].
- المساهمة في رفع الإيرادات التي يمكن استخدامها في تحسين البيئة ومنح الحوافز للآخرين للقيام بذلك، أو في تخفيض بعض الأعمال الأخرى ذات التكلفة المرتفعة مثل ضرائب العمل بهدف زيادة العمالة و الرفاه الاقتصادي.

المطلب الثاني: الإطار المفاهيمي للضريبة البيئية

تتمحور الإجراءات الجبائية الردعية، حول الضرائب البيئية التي ترمي إلى إدخال الآثار الخارجية للتلوث، وتعديل سلوك المنتجين أو المستهلكين بما يتماشى وضرورة الحفاظ على البيئة، وهذا من خلال استهداف التقليل أو الحد من التلوث.

الفرع الأول: تعريف الضريبة البيئية

تعرف الضريبة عموما على أنها: " مبلغ من النقود تحصله الدولة من الأشخاص جبرا عنهم وبصفة نهائية دون مقابل، بهدف تحقيق أغراض عامة"، كما تعرف أيضا على: " أنها فريضة مالية إجبارية يدفعها الفرد للدولة أو للهيئات العامة المحلية بصفة نهائية دون مقابل مباشر يعود عليه، تمكينا للدولة من تحقيق أهدافها" [5].

انطلاقا من هذين التعريفين للضريبة ذهب البعض إلى اعتبار أن الضريبة الخضراء (البيئية) هي اقتطاع إجباري يدفعه الممول جبرا بهدف حماية البيئة، هذان التعريفان

يتماشيان تماما مع الغرض من دفع الضريبة بصفة عامة وهو مساهمة الأفراد في التكاليف والأعباء العامة، باعتبار أن حماية البيئة من التلوث تندرج ضمن الأعباء العامة.

عرفها البعض الأخر بأنها: " مقابل أو رسوم عن الانبعاثات تحصلها الحكومة عن كل وحدة تلوث منبعثة في الهواء أو الماء".

يظهر من خلال هذا التعريف، بأن الضريبة الخضراء تعد أداة سياسية تهدف إلى التحكم في التلوث، فالرسوم عن الانبعاثات تعمل على تخفيض التلوث، وبالتالي فهي تدفع بالأفراد والشركات للتقليل من الانبعاثات حتى يتجنبوا دفع الضريبة.

وعرفت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية "OCDE" الضرائب البيئية على أنها: " مجمل الضرائب المرتبطة بالبيئة، والتي تمتاز عموما بكونها اقتطاع إجباري بدون مقابل يندرج ضمن وعاء يهدف من خلاله إلى حماية البيئة"[6].

الفرع الثاني: أهداف الضريبة البيئية

تسعى الضريبة البيئية إلى تحقيق مجموعة من الأهداف نذكر من بينها:

أولا: تحفيز المنتجين

تشمل الضريبة الخضراء على حافز لتجنب الضرائب عن طريق استخدام المادة التي فرضت من أجلها الضريبة أو بإنتاج نسبة قليلة منها، فمثلا إذا فرضت ضرائب على انبعاثات غاز الكبريت، فإن ذلك سوف يولد لدى المنتجين حافزا لتقليل نسبة الانبعاثات وذلك باستخدام الفلاتر وغيرها[7].

ثانيا: تخفيض تكاليف السيطرة على التلوث

يتوقع من كل ملوث للبيئة عادة أن يقلل من التلوث الذي يحدثه بصرف النظر عن التكاليف التي يتحملها من أجل ذلك، وتسمح الضرائب الخضراء للمتسببين بتلويث البيئة بأن يختاروا ما بين دفع الضريبة البيئية أو التقليل من نسبة التلوث الذي يحدثونه، فكلما تحمل ملوث البيئة نفقات عالية لتقليل التلوث فإنه سوف يفضل دفع الضريبة البيئية عن تحمل هذه النفقات، أما إذا كانت النفقات التي يتحملها أقل لخفضه، فإنه سوف يفضل خفض التلوث عن دفع الضريبة.

ثالثا: تشجيع الابتكار

يؤدي دفع الضرائب البيئية إلى ظهور منتجات أو عمليات تكنولوجية جديدة، فكلما زدنا الضريبة، كلما حفزنا الملوثين على تبني تقنيات إنتاج أنظف و أكثر احتراما للبيئة، مثال ذلك: الضرائب على الفريون التي فرضتها الولايات المتحدة الأمريكية ساعدت على تطوير مواد كيميائية بديلة والتي تم تصديرها فيما بعد، ونفس الوضع بالنسبة لفرض الضرائب على زيت الديزل في السويد والذي أدى إلى تطوير أنواع وقود جديدة أقل تلويثا للبيئة.

رابعا: زيادة الدخل

تزيد الضرائب البيئية في الدخل، والذي يمكن توجيهه لحل المشاكل البيئية مباشرة أو استخدامه لمساعدة المنتجين و المستهلكين على التحول من أنشطة بيئية ملوثة إلى أنشطة بيئية أمنة، و يؤكد التطبيق العملي مساهمة الضرائب الخضراء في زيادة الدخل في النرويج في الفترة الزمنية من عام 1990 إلى 1993 حيث ارتفعت الضرائب الخضراء أكثر من 1 % إلى 9,40% ثم إلى 10,75 % .

الفرع الثالث: أساس فرض الضريبة البيئية

تفرض الضريبة البيئية على أساس المبدأ العالمي الشهير "مبدأ الملوث الدافع"، فما المقصود بهذا المبدأ وما هي خصائصه ومجالاته؟

أولا: تعريف مبدأ الملوث الدافع باعتباره كأساس لفرض الضريبة البيئية

طرح هذا المبدأ لأول مرة سنة 1972 من طرف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، والذي يعني أن الملوث يجب أن يتحمل التكاليف المتعلقة بإجراءات منع ومراقبة وتنظيف البيئة التي تقررها السلطات العامة، ويمكن تعريفه على أنه: " النفقات التي تفرضها الوقاية من التلوث ومحاربته (هذه المتطلبات تحددها السلطات العمومية من أجل أن تكون البيئة في وضع مقبول) يتحملها الملوثون"[8]. وقد تم تكريس هذا المبدأ في إعلان ريو دي جانيرو لسنة 1992 (المبدأ 16)، كما ظهر في القانون الفرنسي بموجب القانون الصادر بتاريخ 02 فيفري 1995.

وعرفه الفقه بأنه مفهوم اقتصادي يعني: " أن السلع أو الخدمات المعروضة في السوق يجب أن تعكس كلفة المواد المستعملة بما في ذلك المواد البيئية، ذلك أن إلقاء نفايات ملوثة في الهواء أو المياه أو التربة هو نوع من استعمال هذه الموارد ضمن عوامل الإنتاج، ويؤدي إلى عدم دفع ثمن استخدام هذه الموارد البيئية التي تدخل ضمن عوامل الإنتاج إلى هدرها وتحطيمها والقضاء عليها".

لذلك يعتبر الاقتصاديون أن سبب تدهور البيئة يعود إلى المجانية في استخدام الموارد البيئية.

ثانيا: خصائص مبدأ الملوث الدافع

اتجه الفقه الفرنسي إلى تحديد الطبيعة الحقيقية لمبدأ الملوث الدافع وذلك من خلال الخصائص التي يتحدد بها مفهوم هذا المبدأ وأهمها:

- اعتباره مبدأ اقتصادي، لأن ضبط قيمة هذا الرسم تسمح بوضع سياسة مالية لمكافحة التلوث والتقليل من آثاره، وعليه فهذا المبدأ له وظيفة فعالة قد تنتهي بظهور سوق التلوث.

- يعتبر مبدأ التعويض المالي من أحسن الحلول لجبر الأضرار البيئية دون أي مسؤولية أو نفقات تقع على عاتق الدولة في المشاريع المضادة للتلوث، حيث يجد نطاقه الموضوعي في مجال مكافحة التلوث البيئي، وعليه يمكن إسناده إلى مبدأ المسؤولية لتحديد أساس التعويض عن الأضرار البيئية، كما يستندون في ذلك إلى العلاقة الموجودة بين الضرر والفعل المسبب للضرر ويكون التعويض على أساس الفرض وليس على أساس الخطأ[9].

ثالثا: المجالات التي يشملها مبدأ الملوث الدافع

يشمل مبدأ الملوث الدافع التعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها للبيئة، نفقات الوقاية بالنسبة للنشاطات الخطرة أو الخاصة، وهو بذلك يشمل النشاطات الملوثة المستمرة أو الدورية، إلا أنه توجد هناك مجالات أخرى يشملها مبدأ الملوث الدافع و التي طبقتها الدول الأوربية، و يمكن حصرها فيما يلي:

1-اتساع مبدأ الملوث الدافع إلى الأضرار المستقبلية: إن دفع الملوث لأقساط محددة من خلال الرسوم لا يعني بأنه أعفي من مسؤوليته عن الأضرار المستقبلية، بل تبقى مسؤوليته قائمة في حالة عدم احترامه للمقاييس المحددة في التشريع والتنظيم الساري المفعول.

2-اتساع مبدأ الملوث الدافع إلى حالات التلوث عن طريق الحوادث: أدرجت منظمة التعاون الأوروبي حالات التلوث الناتجة عن الحوادث، من خلال نصها على إلحاق تكلفة إجراءات الوقاية من حالات التلوث عن طريق الحوادث لمبدأ الملوث الدافع، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن النظام الجبائي ليس كله ضرائب ورسوم، إنما توجد فيه الحوافز والإعفاءات الجبائية التي قد يكون لها أثر في اعتماد صناعات ونشاطات اقتصادية صديقة للبيئة، لأن فرض الضرائب والرسوم قد يواجه بالتهرب والغش الجبائي، بينما التحفيز والإعفاء قد يقابله الاستجابة التلقائية واعتماد تكنولوجيات غير مكلفة صديقة للبيئة[10].

المبحث الثاني: تطبيق الجباية البيئية في تسيير النفايات في الجزائر

تعد الجباية البيئية إحدى الآليات أو الوسائل الاقتصادية التي اعتمدتها الدولة الجزائرية للتقليص من انتشار النفايات بمختلف أشكالها سواء كانت صلبة، سائلة أو غازية، وذلك من خلال النص عليها في مختلف التشريعات البيئية، لذلك سيتم التطرق من خلال المطلب الأول إلى دور التشريع الجزائري في تطبيق الجباية البيئية، ثم نبحث في المطلب الثاني فعالية الجباية البيئية في تسيير النفايات و تثمينها و إزالتها.

المطلب الأول: دور التشريع الجزائري في تطبيق الجباية البيئية

أقر المشرع الجزائري الجباية البيئية في العديد من التشريعات البيئية ذات الصلة بتسيير النفايات[11]، نذكر منها القانون رقم 19/01 المتعلق بتسيير النفايات و مراقبتها و إزالتها نتناوله في الفرع الأول، القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة

نخصص له الفرع الثاني، كما تضمنتها بعض قوانين المالية وهذا ما سنبينه في الفرع الثالث.

الفرع الأول: في مجال القانون رقم 19/01 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها

تمت المصادقة على القانون رقم 19/01 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها في ديسمبر 2001، وقد نص هذا القانون على حتمية التقليل من النفايات والوقاية منها، وتثمينها بإعادة استخدامها أو رسكلتها، أو بأي طريقة تضمن إعادة استخدامها على شكل طاقة أو مواد بحيث لا تشكل خطرا على البيئة وصحة الإنسان، كما نص على أن يكون جمع النفايات ونقلها وتخزينها أو كل الخدمات الأخرى المتعلقة بتسيير النفايات المنزلية وما شابهها موضوع لتحصيل الضرائب والرسوم والإتاوات. تعتبر الجباية البيئية بمثابة مورد مالي لتغطية تكاليف الخدمة، و يمول قسم من تكلفة تسيير النفايات مثلا عن طريق مصادر ضريبية خاصة كالضريبة على رفع النفايات المنزلية، إلا أنها لا تغطي عادة التكاليف الحقيقية للخدمة ففي أغلب الأحيان يتم اللجوء إلى الموارد العامة لميزانية البلدية، إضافة إلى إتاوة خاصة تتعلق بالنفايات المنزلية موجهة إلى خدمة إزالة النفايات الناجمة عن النشاطات المهنية والمشابهة للنفايات المنزلية[12].

كما أكد القانون رقم 19/01 على ضرورة تبني إجراءات تحفيزية قصد تشجيع تطوير نشاطات جمع النفايات وفرزها ونقلها وتثمينها وإزالتها وتعد الحوافز الجبائية أبرز وسيلة لتحقيق ذلك، فقد تكون هذه الحوافز في شكل إعفاء جبائي والذي يتمثل في تنازل الدولة عن حقها في قيمة الرسوم والضرائب المستحقة بالموازاة مع الحفاظ على البيئة كتعويض لها على اكتساب تكنولوجيات مكلفة صديقة للبيئة، كما قد تكون هذه الحوافز في شكل إعانات أو مساعدات مالية كالهبات أو القروض الميسرة بغية تحفيز المؤسسة على استيراد التكنولوجيات الصديقة للبيئة. يمكن القول، أن الجباية البيئية تلعب دورا كبيرا في عمليات تسيير النفايات، سواء كأداة تمويلية بحيث تسمح للبلدية من الحصول على مصادر مالية لغرض القيام بالخدمة في مجال تسيير النفايات، أو تحفيزية تشجع المنشآت الخاصة بمعالجة النفايات على تبني تكنولوجيات صديقة للبيئة[13].

الفرع الثاني: في مجال القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة

وضع المشرع الجزائري في هذا القانون الخطوط العريضة لمبادئ التنمية المستدامة لقمة ريو دي جانيرو، وقد عالج هذا القانون الضريبة الجبائية من خلال النص على مبدأ الملوث الدافع، حيث عرفه على أنه: " تحمل كل شخص يتسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة، نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن

وبيئتها إلى حالتها الأصلية". وقد تم تطبيق هذا المبدأ لأول مرة ضمن قانون المالية لسنة 2002 الذي كان يهدف إلى دفع المتسببين في الأضرار البيئية إلى المساهمة في تغطية تكاليف إصلاح تلك الأضرار[14].

الفرع الثالث: في مجال مختلف قوانين المالية

أسس المشرع الجزائري العديد من الرسوم البيئية وذلك من خلال قوانين المالية المختلفة، وكان أولها قانون المالية لسنة 1992 الذي أسس أول رسم بيئي على النشاطات الملوثة والخطيرة على البيئة، وسيتم فيما يلي التطرق بالتفصيل إلى هذه الرسوم[15]:

أولا: الرسوم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة: تم النص على هذه الرسوم ضمن المادة 117 من قانون المالية لسنة 1992 وتم تعديله بالمادة 54 من قانون المالية لسنة 2000 و كذلك المادة 202 من قانون المالية لسنة 2002، حيث مرت كيفيات احتساب قيمة هذا الرسم بثلاث مراحل أساسية، فبالرجوع لقانون المالية لسنة 1992 في مادته رقم 117 فتم احتسابها كما يلي:

-3000دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي لها نشاط واحد على الأقل خاضع لإجراء التصريح.

- 30.000دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي لها نشاط واحد على الأقل خاضع لإجراء الترخيص، بخصوص المنشآت التي لا تشغل أكثر من شخصين يخفض المعدل إلى 750 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة الخاضعة للتصريح و إلى 6000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة و الخاضعة للترخيص[16].

تم رفع المعدلات السنوية لهذه الرسوم ضمن قانون المالية لسنة 2000 لكي تصبح كما يلي: - 9000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي تخضع أحد أنشطتها على الأقل للتصريح. - 20000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي تخضع أحد أنشطتها على الأقل لترخيص من رئيس المجلس الشعبي البلدي. – 90000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي تخضع أحد أنشطتها على الأقل لترخيص من الوالي المختص إقليميا. - 120000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة التي يخضع نشاط واحد منها على الأقل لترخيص من الوزير المكلف بالبيئة.

أما فيما يخص المنشآت التي لا تشغل أكثر من شخصين، فتنخفض معدلات الرسم إلى: 2000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة الخاضعة للتصريح، 3000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة الخاضعة لترخيص من رئيس المجلس الشعبي البلدي، 18000 دج بالنسبة للمنشآت المصنفة الخاضعة لترخيص من الوالي، أما بالنسبة للمنشآت المصنفة الخاضعة لترخيص من الوزير المكلف بالبيئة فتحدد قيمة الرسم بمبلغ 24000 دج[17].

أما عن وعاء هذا الرسم يتم تحديده حسب تصنيف الأنشطة الاقتصادية و التجارية للمؤسسات و هي الأنشطة المتعلقة بالخدمات أو الصناعات التحويلية أو الاستخراجية، يحصل هذا الرسم عن طريق قباضات الضرائب المختلفة لفائدة الصندوق الوطني للبيئة بنسبة 100 بالمئة.

ثانيا: الرسوم المرتبطة بالنفايات الصلبة: تتمثل الرسوم المرتبطة بالنفايات الصلبة أساسا فيما يلي:

1– الرسوم الخاصة برفع النفايات المنزلية: طبقت الضريبة على رفع النفايات المنزلية بناء على قانون المالية لسنة 1993، فهي عبارة عن ضريبة جزافية سنوية مرتبطة بالعقارات المبنية يتحملها سكان البلدية، وتقدر بطريقة متوازنة حسب عدد سكان البلدية، تهدف ضريبة رفع النفايات المنزلية إلى السماح للبلدية من الحصول على مصادر مالية لغرض القيام بالخدمة في مجال تسيير النفايات[18].

وقد تمت زيادة معدلات الرسوم من خلال قانون المالية لسنة 2000 على النحو التالي:

- ما بين 500 دج و1000 دج عن كل محل ذي استعمال سكني.
- ما بين 1000 دج 10000 دج عن كل محل ذي استعمال مهني أو تجاري أو حرفي أو ما شابه.
- ما بين 5000 دج و20000 دج على كل أرض مهيأة للتخييم والمقطورات.
- ما بين 10000 دج و100000 دج على كل محل ذي استعمال صناعي أو تجاري أو حرفي أو ما شابهه، ينتج كمية من النفايات تفوق الأصناف المذكورة. الواضح في هذا الرسم التغيير الذي جاء به قانون المالية لسنة 2002 في تعديل أحكام المادة 263 مكرر من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة و تحريره بما يدعم ميزانية الجماعات المحلية، حيث يتعلق وعاء هذا الرسم بالمحلات التجارية و السكنية المهيئة، و حدد حسب مداولات المجلس البلدي انطلاقا من القيم 50 دج إلى 100 000 دج، يحصل من طرف المصالح البلدية بنسبة 100 بالمئة.

2-الرسم التحفيزي على عدم تخزين النفايات الصناعية الخاصة و/أو الخطيرة: أسس هذا الرسم بموجب قانون المالية لسنة 2002، وحدد مبلغه بـ 10.500 دج عن كل طن مخزن من هذه النفايات، ويعتبر هذا الرسم جد مهم في التقليل من النفايات الخطيرة، خاصة وأن إنتاج النفايات الصناعية الخطيرة يقدر ب 180000 طن في السنة موزعة على النحو التالي: 9.500 طن من النفايات المتحللة البيولوجية، 6.500 طن من النفايات العضوية، 48000 طن من النفايات القليلة السامة.

3-الرسم التحفيزي على عدم تخزين النفايات المرتبطة بأنشطة العلاج في المستشفيات والعيادات الطبية: تضمن قانون المالية لسنة 2002 النص على هذا الرسم، وحدد مبلغه ب 24.000 دج عن كل طن، ويضبط الوزن المعني وفقا لقدرات العلاج وأنماطه في كل مؤسسة معنية أو عن طريق القياس المباشر، يحصل هذا الرسم عن طريق قباضة الضرائب المتعددة و يوزع وفق النسب التالية: 75 بالمئة لصالح الصندوق الوطني للبيئة، 15 بالمئة لفائدة الخزينة العمومية و 10 بالمئة لفائدة البلدية.

4 – الرسم على الأكياس البلاستيكية المستوردة أو المصنوعة محليا: تم استحداث هذا الرسم بموجب قانون المالية لسنة 2004، ويضم وعائه جميع الأكياس البلاستيكية سواء منتجة محليا أو مستوردة من الخارج، وقد حدد مبلغه ب 10.5 دج للكيلوغرام الواحد، و يحصل لصالح الصندوق الوطني للبيئة بنسبة 100 بالمئة.

5– الرسم على العجلات المطاطية الجديدة المستوردة أو المنتجة محليا: أسس الرسم على العجلات المطاطية بموجب المادة 60 من قانون المالية لسنة 2006، يحصل و يوزع حسب ما حدده المرسوم 07/ 117 المؤرخ في 2007/04/21 لاسيما المواد 2،3 و4 منه، ويطبق على جميع أنواع العجلات المطاطية سواء كانت منتجة محليا أو مستوردة من الخارج وهذا بالمبالغ التالية: 10 دج للعجلة المستعملة في المركبات ذات الوزن الثقيل و 5 دج لكل عجلة تستعمل في المركبات ذات الوزن الخفيف.

ثالثا: الرسوم المرتبطة بالإنبعاثات الجوية الملوثة[19]: ويمكن تلخيصها فيما يلي:

1-الرسم التكميلي على التلوث الجوي ذو المصدر الصناعي: تم تأسيس الرسم التكميلي على الكميات المنبعثة من المنشآت المصنفة والتي تتجاوز العتبة القانونية المسموح بها للتلويث بموجب المادة 205 من قانون المالية لسنة 2002 المعدل بالمرسوم التنفيذي 299/07 المؤرخ في 2007/09/27 وفقا للمواد 1،2و3، بغية الحد من التلوث الجوي ذو المصدر الصناعي، ويحسب مبلغ هذا الرسم بالاعتماد على المعدلات الأساسية للرسم على الأنشطة الملوثة أو الخطيرة على البيئة المشار إليها سابقا، كما تتم زيادة مبلغ الرسم بالاستناد على معامل مضاعف يتراوح بين 1 و 5 وهذا تبعا لنسبة الانبعاثات المحددة من القيمة 10 بالمئة كحد أدنى إلى 100 بالمئة كحد أقصى للمؤسسات المصنفة. يحصل الرسم التكميلي على التلوث الجوي ذو المصدر الصناعي عن طريق قباضة الضرائب المتعددة و يوزع وفق النسب التالية: 75 بالمئة لصالح الصندوق الوطني للبيئة، 15 بالمئة لفائدة الخزينة العمومية و 10 بالمئة لفائدة البلدية.

2- الرسم على الوقود: استحدث هذا الرسم لأول مرة بموجب المادة 38 من قانون المالية لسنة 2002، بحيث يقدر مبلغه ب1 دج لكل لتر من البنزين المحتوي على الرصاص، سواء

كان عادي أو ممتاز، إلا أنه وبموجب قانون المالية لسنة 2007 تم تخفيض معدل هذا الرسم على النحو التالي: بنزين بالرصاص (عادي أو ممتاز) 0.10 دج لكل لتر، غاز أويل 0.3 دج لكل لتر. يوزع الرسم على الوقود وفق النسب التالية: 50 بالمئة لصالح الصندوق الوطني للبيئة، 50 بالمئة لفائدة الطرق و الطرق السريعة.

رابعا: الرسوم المرتبطة بالتدفقات السائلة الملوثة: نذكر من بينها:

1- الرسم التكميلي على المياه المستعملة ذات المصدر الصناعي: أنشأ الرسم التكميلي على المياه المستعملة ذات المصدر الصناعي بموجب قانون المالية لسنة 2003 و الذي تم تعديله بالمرسوم 300/07 المؤرخ في 2007/09/27، وهذا وفقا لحجم المياه المنتجة وعبئ التلوث الناتج عن النشاط الذي يتجاوز حدود القيم المحددة، يحدد مبلغ هذا الرسم بالرجوع إلى المعدل الأساسي السنوي للرسم على الأنشطة الملوثة أو الخطيرة على البيئة، ومعامل مضاعف يتراوح بين 1 و5 تبعا لمعدل تجاوز حدود القيم المسموح بها.

2- الرسم على الزيوت والشحوم وتحضير الشحوم: أنشأ هذا الرسم بموجب المادة 61 من قانون المالية لسنة 2006، يحدد ب 12500 دج عن كل طن مستورد أو مصنوع داخل التراب الوطني والذي ينجم عن استعماله زيوت مستعملة، عموما يمكن القول أن هذا الرسم يحصل و يوزع وفق ما هو منصوص عليه في المرسوم 118/07 المؤرخ في 2007/04/21 لاسيما المواد 1 إلى 4 منه.

المطلب الثاني: فعالية الجباية البيئية في تسيير النفايات و تثمينها و إزالتها

سيتم التطرق إلى فعالية الجباية البيئية على المستوى الدولي، ثم إلى فعاليتها على المستوى المحلي وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: فعالية الجباية البيئية في تسيير النفايات دوليا

إن الاعتماد على النظام الضريبي في معالجة التلوث، هو الأسلوب الأكثر شيوعا على المستوى الدولي، حيث تعد ضريبة النفايات من أكثر أشكال الضرائب استخداما، ولقد قامت منظمة التعاون الاقتصادي OECD بإجراء مسح على 14 دولة عام 1987 واتضح أنه من بين 153 حالة تطبيقية لأدوات السوق في معالجة التلوث البيئي هناك 81 حالة اعتمدت على ضرائب التلوث، وقد كانت تلك الضرائب حافزا حقيقيا على تحسين جودة ونوعية البيئة [20].

مثال ذلك: قيام الولايات المتحدة الأمريكية بفرض عدة ضرائب لمكافحة التلوث في مجال النفايات الصلبة، منها ضريبة النفايات الصلبة في ولاية مينيسوتا، حيث أنه في عام 1989 تم زيادة ضريبة المبيعات بنسبة 6.5 بالمئة لتشمل خدمات القمامة، وفي عام 1990 زاد الدخل ب 24.3 مليون دولار وتمت الاستفادة من جزء من هذه الأموال في تمويل برامج

إعادة التصنيع وتقليل نسبة النفايات، وفرضت الولاية ضريبة على الكيماويات السامة المدرجة في قائمة جرد السموم.

كما قامت فرنسا بإصلاحات كبيرة عام 2009 على ضريبة النفايات غير الخطرة أو ما يعرف بالنفايات المنزلية وما شابهها وذلك ضمن قانون المالية لسنة 2009 الذي نص على زيادة تدريجية للضريبة المفروضة على كميات النفايات المخزنة، بحيث ترتفع من 15 أورو للطن عام 2009 إلى 40 أورو عام 2015، والأمر نفسه بالنسبة للحمولات المعالجة في مصانع حرق النفايات. إلا أنه وبالرغم من زيادة مبلغ الضرائب والرسوم سنة 2009، والتي نتج عنها زيادة في الإيرادات الضريبية من 185 مليون أورو عام 2008 إلى 322 مليون أورو عام 2011، تبقى الرسوم والضرائب المفروضة غير كافية لتغطية التكاليف التي تتطلبها عملية تسيير النفايات بدءا من مرحلة الجمع مرورا بتكاليف النقل والمعالجة القبلية والنهائية[21].

عموما يمكن القول، أن الجباية الخضراء المطبقة على المستوى الدولي خاصة تلك المطبقة في الدول المتقدمة، تشهد تطورا ملحوظا وإن كان بدرجات متباينة بين دولة وأخرى.

الفرع الثاني: فعالية الجباية البيئية في تسيير النفايات في الجزائر

سعت الجزائر - على غرار باقي دول العالم- إلى إقرار مجموعة من الضرائب والرسوم البيئية كمحاولة لوضع حد لمختلف أنواع التلوث وخاصة تلوث الماء والهواء، ذلك أنها من بين الدول النفطية ولا يخفى على أحد ما للصناعة النفطية (بتروكيمياء) من آثار سلبية على البيئة، بالإضافة إلى كون معظم المصانع تتركز على الشريط الساحلي وهي تقذف سنويا بملايين الأطنان من النفايات السامة في المسطحات المائية، ولتقدير مدى فعالية الجباية البيئية في الجزائر يجب معرفة مدى تأثيرها على الموارد المالية، وكذا على التلوث البيئي.

أولا: تأثير الجباية البيئية على الموارد المالية: يعتبر قانون المالية لسنة 1992 أول قانون تطرق إلى تأسيس الرسوم البيئية من خلال إقرار الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة، وقد مرت عائدات هذا الرسم بمرحلتين، امتدت المرحلة الأولى من 1994 إلى 1998 حيث قدرت المبالغ الإجمالية للرسوم البيئية في هذه الفترة بـ 13 مليون دينار سنة 1994، 17 مليون دج سنة 1995، 40 مليون دج سنة 1996 لتصل إلى 100 مليون دينار جزائري سنة 1998، أما المرحلة الثانية الممتدة من 2000 إلى 2008 عرف خلالها تحصيل الرسوم البيئية المفروضة على البيئة تطورا كبيرا وذلك نتيجة لإعادة تثمين هذه الرسوم في قانون المالية لسنة 2002، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 198/6 والمتعلق بضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، حيث قدر إجمالي المبالغ التي تم تحصيلها سنة 2001 بـ 198.067 مليون لترتفع سنة 2008 إلى 2.570.366 مليون دج.

كما شهدت عائدات الرسم على رفع النفايات المنزلية في الفترة ما بين 2004 إلى 2006 تطورا ملحوظا، حيث بلغت عائداتها سنة 2004 حوالي 306 مليون دج، أما سنة 2005 فتراجعت إلى301 مليون دج، في حين ارتفعت سنة 2006 لتبلغ 414 مليون دج. وذلك بسبب الزيادة في معدلات الرسم بموجب قانون المالية لسنة 2002[22]. تبقى هذه الضريبة غير كافية لتغطية التكاليف الحقيقية المتعلقة برفع النفايات المنزلية " فنسبة تحصيل هذه الضريبة في الجزائر تتراوح ما بين 20 و 30 بالمئة، مع العلم أن تكلفة رفع النفايات تقدر ب 1500 إلى 2000 دج للطن، وقدرتها مؤسسة NETCOM في مدينة الجزائر ب 2250 دج للطن سنة 2004. تحصل العوائد الجبائية البيئية عموما لصالح الصندوق الوطني للبيئة وإزالة التلوث، وهذا لكون المشرع اختار تخصيص معظم عائدات الرسوم لصالحه، وبالرغم من ارتفاع عوائد الجباية المحصلة لديه بسبب تأسيس الرسم على الوقود سنة 2002. رغم التطور التشريعي في مجال إقرار الجباية البيئية إلا أن أدائها المالي لا يزال ضعيفا، حيث لا يرتب أي أثر تحفيزي كبير لدى المنشآت والمؤسسات الإنتاجية من أجل إتباع وسائل إنتاج صديقة للبيئة، كما لا ينتج عنها أي أثر جبائي لفائدة الخزينة العمومية أو الصندوق الوطني للبيئة لتمويل سياسات وبرامج الحد من التلوث[23].

ثانيا: تقييم دور الجباية البيئية في مجال الحد من التلوث البيئي في الجزائر: إن تفعيل الجباية البيئية في الحد من التلوث بصفة عامة، والتلوث الناتج عن النفايات بصفة خاصة إنما يتم إذا ما حسن اختيارها وتطبيقها على أرض الواقع، فيجب أن تكون أداة كفيلة بردع الملوث أيا كانت طبيعته فردا أو مؤسسة، والمتتبع للنظام الضريبي في الجزائر وأثره يرى بأن مفعولها لا يزال ضعيفا ومحدودا على أرض الواقع بدليل التقارير الخاصة التي تفيد بتزايد التلوث في مختلف القطاعات خاصة التلوث الناتج عن سوء تسيير النفايات، فمثلا أشارت دراسة أعدتها وزارة تهيئة الإقليم والبيئة حول النفايات بمختلف أشكالها، إلى أن الكميات المخزنة على مستوى المؤسسات بلغت 6.1 ملايين طن من النفايات الصلبة، وأن هناك 28 ألف طن من النفايات تطرحها المستشفيات والعيادات سنويا منها 13 ألف طن من النفايات الناقلة للعدوى و803 أطنان ذات أخطار كيميائية وسامة[24].

خاتمة

أولا: النتائج: من خلال دراستنا لهذا الموضوع، فإننا توصلنا إلى النتائج التالية:

1- تلعب الجباية البيئية دورا كبيرا في التقليل من إنتاج النفايات وضمان حسن تسييرها باعتبار أنها مصممة أساسا لاستيعاب التكاليف وتوفير حوافز اقتصادية للشركات والأفراد لتعزيز الأنشطة المستدامة بيئيا.

2- لقد تضمنت جل التشريعات الدولية الخاصة بتسيير النفايات أحكاما تتعلق بالجباية البيئية، إلا أنها من الناحية العملية نجد أن تطبيقها يختلف من دولة إلى أخرى و تبرز مكانتها أكثر في الدول المتقدمة، أما في الدول النامية وفي الجزائر تحديدا نجد أن مفعولها لا يزال ضعيفا على أرض الواقع بدليل التقارير التي تفيد بتزايد انتشار النفايات بمختلف أصنافها.

3- تبنت الدولة الجزائرية جملة من السياسات البيئية، من بينها إدراج الجباية البيئية كأداة للحد من التلوث البيئي، وبغية تفعيل هذه الجباية عمدت السلطات المختصة في الدولة – من خلال قوانين المالية ابتداء من سنة 1992- إلى تأسيس جملة من الرسوم البيئية شملت العديد من المجالات البيئية، لاسيما مجالات النفايات الصلبة، الانبعاثات الجوية الملوثة، التدفقات الصناعية السائلة و الأنشطة الصناعية الملوثة أو الخطرة على البيئة، إضافة إلى منح بعض الحوافز الضريبية لصالح الاستثمارات البيئية في إطار برامج الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

4- ضعف المردودية المالية للجباية البيئية وعدم كفايتها لتغطية تكاليف تسيير النفايات، ولعل ذلك راجع أساسا إلى التأخر في إصدار التشريعات الجبائية الردعية، التي تدفع المنتجين أو المتسببين في إنتاج النفايات من تبني أدوات و وسائل تكون أكثر تناسبا مع التوازن البيئي و تحافظ على استمرار جميع عناصر البيئة.

ثانيا: الاقتراحات: من خلال النتائج المتوصل إليها، فإننا نقدم الاقتراحات التالية:

1- توسيع المجالات البيئية التي يطالها تطبيق الجباية البيئية، كإقرار رسم على الضوضاء أو مصادرها و هذا للحيلولة دون استفحالها و لاسيما في الأوساط الحضرية، و إنشاء رسم على إنتاج و استيراد الأسمدة و مختلف المبيدات الكيميائية، والاعتماد على التجسيد الفعلي لمبدأ الملوث الدافع.

2- تكييف الرسوم البيئية الحالية لتتلاءم مع التطبيق الفعلي لمبدأ الملوث الدافع، و هذا من خلال التحكم في تقنيات القياس المباشر للتلوث، لكي تكون الرسوم البيئية تناسبية مع حجم التلوث المنبعث.

3- يتعين منح حوافز ضريبية للمؤسسات التي تقدم خدمات للبيئة كأنشطة رفع القمامة المنزلية أو التي تقوم باستثمار جزء من أرباحها في المجال البيئي، من خلال إعفائها الكلي أو الجزئي من الضريبة على القيمة المضافة TVA، فيما يخص اقتناء آلات و معدات التدوير للنفايات و الحد من التلوث.

4- اعتماد نظام الاهتلاك الاستثنائي على المعدات و التجهيزات الموجهة لمكافحة التلوث داخل المؤسسات الإنتاجية.

الهوامش:

[1] سايح تركية، حماية البيئة في ظل التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى،2014، ص 34.

[2] فارس مسدور، أهمية تدخل الحكومات في حماية البيئة من خلال الجباية البيئية، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، العدد السابع، 2009-2010، ص 142.

[3] عصام خوري، النظام الضريبي وأثره في الحد من التلوث البيئي، سلسلة العلوم الاقتصادية والاجتماعية، الطبعة الأولى، 2005، ص 112.

[4] كمال رزيق، دور الدولة في حماية البيئة، مجلة الباحث، العدد الخامس، 2007، ص 95.

[5] محمد عباس محرزي، اقتصاديات الجباية والضرائب , دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع , الجزائر ، 2004، ص 78.

[6] KHODJA Mansour khaled, Problèmes environnementaux en Algérie ; Dimension et gravité, revue sciences sociales et humaines, N 9, Décembre 2012, P 45.

[7] بن عزة محمد، بن حبيب عبد الرزاق، دور الجباية في ردع وتحفيز المؤسسات الاقتصادية على حماية البيئة من أشكال التلوث دراسة تحليلية لنموذج الجباية البيئية في الجزائر، الملتقى العلمي الدولي حول سلوك المؤسسة الاقتصادية في ظل رهانات التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية يومي 20 و 21 نوفمبر2012، ص 05.

[8] نزيه عبد المقصود محمد مبروك، الضرائب الخضراء والرخص القابلة للتداول كأدوات لمكافحة التلوث، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2011، ص 66.

[9] شراف براهيمي، البيئة في الجزائر من منظور اقتصادي في ظل الإطار الاستراتيجي العشري (2001-2011)، مجلة الباحث، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، العدد 12، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، 2013، ص 17.

[10] فارس مسدور، مرجع سابق، ص 144.

[11] علي ياحي، النفايات الطبية في الجزائر، مجلة البيئة والتنمية، العدد182، ماي2013، ص 55.

[12] القانون 01-19 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها و إزلتها، الجريدة الرسمية العدد 77 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2001، ص 9.

[13] سعودي محمد، الجباية البيئية كأداة لتحقيق التنمية المستدامة في الجزائر، أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد الخامس عشر، جوان 2014، ص 21.

[14] القانون 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية العدد 43 الصادر بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 12.

[15] بوقيمة سعاد، الجباية البيئية في الجزائر (واقع وآفاق)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2014-2015، ص 58.

[16] لأكثر توضيح : تم تأسيس الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة لأول مرة من خلال المادة 117 من قانون المالية 1992 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 65 بتاريخ 18 ديسمبر 1991.

[17] الأنشطة الملوثة والخطيرة تم ضبطها في قائمة المنشآت المصنفة المنصوص عليها في المرسوم رقم 88-149 المؤرخ في 26 يوليو سنة 1988.

[18] سعيدي نبيهة، تسيير النفايات الحضرية في الجزائر بين الواقع والفاعلية المطلوبة – دراسة حالة الجزائر العاصمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس، 2012/2011، ص 49.

[19] Vincent Marcus et autre, La fiscalité environnementale en France: un état des lieux, Service de l'Économie, de l'Évaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du Commissariat Général au Développement Durable(CGDD), Avril 2013. P 62 .

[20] سالم أحمد، الحماية الإدارية للبيئة في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة،2013-2014، ص 73.

[21] عبد الباقي محمد، مساهمة الجباية البيئية في تحقيق التنمية المستدامة-دراسة حالة الجزائر-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص 85.

[22] Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement, Plan National d'Actions pour l'Environnement et le Développement Durable, Janvier 2002. P 33.

[23] فريد عبة، اسماعيل مناصرية، آليات حماية البيئة في الجزائر في ظل التنمية المستدامة، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الوطني الأول حول : آفاق التنمية المستدامة في الجزائر ومتطلبات التأهيل البيئي للمؤسسة الاقتصادية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، ص09.

[24] محمد النمر، التسيير المستدام للنفايات المنزلية-دراسة ميدانية لبلدية قسنطينة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة منتوري قسنطينة، 2008-2009، ص 126.

القواعد الآمرة في الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية *

حميطوش جمال، أستاذ مساعد"أ"،
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

HAMITOUCHE Djamel, M A"A",
Département des Enseignements de Base en Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie

الملخص:

من خلال بحثنا، حاولنا إجراء مقاربة قانونية حول القواعد الآمرة في القانون الدولي العام لاسيما في اجتهاد قضاء محكمة العدل الدولية من خلال قراراتها و أرائها و نجد أثارها في تغيير معالم القانون الدولي و كذا قانون المعاهدات لسنة 1969 و توصلنا بذلك في دراسة بحثنا أن المحكمة رغم تحفظاتها على تبنيها لهذه القواعد الآمرة إلا أنها أسهمت بشكل كبير في تطويرها و فتحت آفاقا جديدة بظهور الالتزامات في مواجهة الكافة التي تمس بمبادئ القانون الدولي التقليدي و تأثره في تغيير المنظومة القانونية الدولية.

الكلمات المفتاحية:

القواعد، الآمرة، الاجتهاد القضائي، محكمة العدل الدولية، القانون الآمر.

Peremptory norms in the international jurisprudence of the International Court of Justice

Abstract:

As part of this study, attempts have been made to adopt a legal approach to mandatory norms in international law and international jurisprudence and their effect on changes in international law and the law of treaties of 1969. In conclusion, it has been shown that the International Court of Justice, despite its reservations, has played a major role in the development of these standards, which gives them new perspectives in public international law, especially after the appearance of obligations towards the international community in its together.

Keywords:

Standards, imperative, international law, ICJ, imperative.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/25 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/07/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Les normes impératives dans la jurisprudence internationale de la cour internationale de justice

Résumé:

Dans le cadre de cet étude on a essayé d'adopté une approche juridique sur les normes impératives dans le droit international et la jurisprudence internationale ainsi leur effets sur les mutations de droit international et du droit des traités de 1969.

En conclusion on a démontré que la cour internationale de justice malgré ses réserves elle a joué un grand rôle dans le développement de ces normes ce qui leur donne de nouvelles perspectives en droit international public notamment après l'apparition des obligation vers la communauté internationale dans son ensemble.

Mots clés:

Normes, impérative, droit international, CIJ , impératif.

مقدمة

أفرزت تطورات العلاقات الدولية نظاما دوليا جديدا، أدى إلى تغيير معالم المنظومة القانونية الدولية فكان من النتائج المنطقية بالنسبة للمفكرين وفقهاء القانون الدولي أنه يستحيل تنظيم هذا المجتمع دون تزويده بقانون يرقى لمرتبة الإلزام، يحول مانعا لسلطان امتداد سيادة الدول، فذهبت المدارس الكلاسيكية للبحث في الطبيعة الإلزامية لقواعد القانون الدولي دون المغامرة إلى التسليم بوجود نظام عام شبيه بالأنظمة الداخلية.

وتظهر من كل هذا أهمية بحثنا هذا، فمن جهة نشير إلى التحولات التي يكاد يعرفها القانون الدولي في التأثير والتأثر الذي يحدثه قانون المعاهدات في الحياة الدولية المعاصرة وسريان القاعدة الدولية نحو الوجوبية في التطبيق ونحو تكريس المبادئ السامية للإنسانية في فحوى نصوصه "الآمرة"، وفي مقابل ذلك التخوف أو المعارضة التي تلقاها هذه القواعد رغم احتياج المجموعة الدولية ألىها وهو ما أدى إلى تناقض في محاولة تكريس المبادئ السامية كقواعد إن خلت من إلزاميتها. فإذا بحثنا في القانون الدولي والمعاملات الدولية، نجد أن قانون المعاهدات هو الذي ينظم الروابط وأصول التعامل بين أشخاص القانون الدولي

وكنتيجة حتمية، نجد هذه الطائفة من القواعد قد جعلتها لجنة القانون الدولي (CDI) تترسخ في قانون المعاهدات لفينا1969 وبالتالي جاء تعريف القواعد الآمرة في نص المادة 53 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 نصت على أن: " تعتبر المعاهدات باطلة إذا تعارضت وقت إبرامها مع قاعدة قطعية من قواعد القانون الدولي العام .

ولأغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام كل قاعدة تقبلها الجماعة الدولية في مجموعها ويتعرف بها باعتبارها قاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام لها الصفة نفسها".و نظرا لصعوبة تحديد مضمون القاعدة الآمرة قامت لجنة القانون الدولي بإدراج نص المادة 66

فقرة (أ) : "... يجوز لأي طرف من أطراف نزاع يتعلق بتطبيق أو تفسير المادة 53 أو المادة 64 أن يعرضه بطلب خطي على محكمة العدل الدولية للبت فيه ما لم تقرر الأطراف بالاتفاق العام أن تعرض النزاع للتحكيم..." كانت هذه المادة الركيزة الأولى التي تحيل الاختصاص لمحكمة العدل الدولية بالدرجة الأولى لحل نزاعات القواعد الآمرة مع المعاهدات المخالفة لها، ثم إلى التحكيم والذي نرى أنه قليلا جدا في هذا المجال إن لم نقل ينعدم تماما.

ومن هنا نطرح الإشكالية التالية:

إذا كان لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات الفضل في إعطاء الصبغة الرسمية للقواعد الآمرة في القانون الدولي، فكيف أسهمت محكمة العدل الدولية في تطوير مفهوم القاعدة الآمرة ؟

ارتأينا لدراسة هذه الإشكالية، التعرض إلى القواعد الآمرة في المعادلة التطبيقية الدولية لمحكمة العدل الدولية في الشق الأول ومحاولة الإلمام بآثار هذه القواعد على تحولات القانون الدولي.

أولا: القواعد الآمرة في المعادلة التطبيقية الدولية لمحكمة العدل الدولية

يظهر من خلال أراء وقرارات م ع د الصادرة في القضايا التي تعرضت فيها لمفهوم القاعدة الآمرة القليلة رغم مرور40 سنة من تقنين القانون الدولي الآمر،وبعد 30 سنة من دخول اتفاقية فينا حيز التنفيذ[1] ورغم أن مهمة تطوير القانون الدولي تركت للممارسة الدولية إلا أنها لم تلعب الدور الكافي للقيام بذلك حيث اكتفت في هذا الشأن بتعبيرات ضمنية أو باستعمال مصطلحات مجاورة للدلالة على هذه القواعد[2]، بالرغم أن لجنة القانون الدولي أدرجت المادة 66 من اتفاقية فينا [3] التي أحالت الاختصاص لها في هذا المجال.

1- التكريس الضمني للقواعد الآمرة الدولية:

يتبين لنا من خلال دراستنا للتطبيق العملي لمحكمة العدل الدولية في الاجتهادات الدولية المعروفة في هذا المجال أن في معظم قرارات وآراء م ع د تتفادى اللجوء إلى تسميتها مباشرة نظرا لأمرين أولهما الحذر و التردد من الإفصاح بوجودها و الثاني اتخاذ موقف الحياد في الكلام عنها [4] ويظهر أيضا أن م ع د لم تصمت نهائيا عنها بل تحتمت الضرورة لتبيان إلزامية القانون الدولي إلى التعرض لها في عدة مواقف بنوع من التستر وراء بعض المصطلحات و العبارات ذات نفس الدلالة.

ونلاحظ أن المحكمة استخدمت عبارة " **مخالفة الآداب العامة** " في قضية " الفريد كورب وحكومة فيشي حيث قضت م ع د أن الاتفاق يكفي أن يون مخالفا للآداب العامة حتى يكون باطلا [5] لكن هذه القضية جاءت قبل معاهدة فينا لقانون المعاهدات أو بالأحرى

تزامنا مع تحضيراتها وهذا ما يوضح أن معارضة هذه القواعد كان سببا في عدم التصريح بها بشكل مباشر.

كما استعملت المحكمة مصطلح " المطلقة " حيث أشارت في حكم قضية مضيق كورفو 1949 إلى الالتزامات الإنسانية الأساسية المطلقة [6] وهذا للدلالة على القواعد الدولية الآمرة وطبيعة قواعد القانون الدولي الإنساني[7]. أما في قضية الأنشطة العسكرية و الشبه العسكرية بنيكاراجوا 1986 فقد جاءت المحكمة بعبارة أخرى " القواعد التي لا يجب مخالفتها " وهذا عند ترأس القاضي الجزائري محمد بجاوي ل م ع د في هذه القضية[8]، كما أعادت ذلك في الرأي الاستشاري حول مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية الصادر في 08-07- 1996 حيث لجأت المحكمة إلى استخدام عبارة جديدة " المبادئ التي لا يجوز مخالفتها" INTRANSGRESSIBLE [9].

أشارت م ع د في حكمها الصادر في قضية برشلونة تراكشن 1970 [10] إلى مسالة الالتزامات في مواجهة الكافة، حيث ميزت بين الالتزامات في مواجهة دولة ودولة أخرى و الالتزامات ذات الطبيعة المطلقة أو لها حجية عل الكافة ERGA OMENS [11] وذا ما يطرح وجود التزامات متعددة مما ينشئ تدرجا في قواعد القانون الدولي بحيث أن القاعدة الآمرة لا يجب بالضرورة أن تكون التزاما دوليا[12].

2- تقييم التطبيق العملي لمحكمة العدل الدولية في مجال القانون الآمر:

نجد بالنظر إلى ما عرضناه أنفا أن القواعد الآمرة لم تلق قبولا في الساحة الدولية كما بينه التطبيق العملي فنلاحظ قلة التطبيقات و تردد القضاء الدولي في الإفصاح المباشر عنها.يتجلى لنا من الوهلة الأولى أن التطبيقات قليلة مقارنة مع الأحكام الأخرى وهذا نتيجة أن القواعد الآمرة لقيت رفضا شديدا من الدول الكبرى باعتبار أنها كسب للدول الضعيفة وذلك انه لأول مرة يخضع الجميع لقواعد عامة التطبيق لا تفرق بين الدول لا على أساس القوة السياسية و الاقتصادية أو العسكرية [13] بالإضافة إلى ذلك نجد أن أشخاص القانون الدولي يتخوفون من ان يكون لمحكمة ع د سلطة التشريع وهذا ما يتنافى مع مهمتها الأساسية إذ من الصعب ترك مهمة إدخال قواعد أمرة في صلب القانون الدولي [14].

أما بالنسبة لدور القاضي الدولي في قلة التطبيقات فنجد في أن القاضي الدولي يتمتع بسلطة واسعة في تطوير قواعد القانون الدولي باعتباره الواسطة بين التطبيق والابتكار، وصحيح أنه لا يستطيع آن يفصل إلا في النزاعات المعروضة بين يديه إلا أن السلطة له بالإفصاح من عدمه عن القواعد الآمرة كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك، لكن بالنظر إلى الواقع العملي نجد أن القاضي شديد التحفظ في التعرض لمثل هذه القواعد، ويتجلى لنا بالعودة إلى أراء القضاة وتصريحاتهم الفردية أنهم يفصحون عن وجود القواعد الآمرة [15]

ونجد في ذا الشأن قضاة المحاكم الجنائية أكثر جرأة من قضاة م ع د في الأخذ بمدلول القاعدة الآمرة وهذا ما نلاحظه في محكمة يوغوسلافيا سابقا[16] أما القاضي "اي سانجا " يقول :"من الممكن خلق قواعد أمرة بالاتفاق بين الدول وأثرها هو البطلان لكل تصرف يتم إقراره مخالفا لها" [17]. لكن يبق المشكل مطروحا وهو كون أنها أراء شخصية لا تلزم أحدا في انتظار تكريسها و كون القضاة أكثر جرأة وهو الأمر الصعب كون اغلبهم من الدول الرافضة أصلا بوجودها وتبنيها.

ثانيا: اثر الاجتهاد القضائي في مجال القاعدة الآمرة بالتحولات الجوهرية للقانون الدولي

لا شك أن تبني قواعد أمرة في القانون الدولي قد احدث تغيرات جذرية في المنظومة القانونية الدولية ومسه في صميم مبادئه السامية لأن هذا كان أمرا لا بد منه مع ظهور النظام الدولي الجديد ودخول الفرد كطرف في العلاقات الدولية مما أدى إلى تلطيف وأنسنة القانون الدولي وكذا اتجاه مضمون القانون الدولي إلى سن قواعد تحميه بصفة أمرة الشئ الذي أدى إلى تغيير معالمه الأولية حيث يظهر ذلك في أمرين أساسيين سواء في شكل القانون الدولي عامة وتغيره نحو شاكلة الأنظمة الداخلية أو في تأثير القواعد على المعاهدات النابعة منه.

1-تاثير القواعد الآمرة في اتجاه القانون الدولي نحو شاكلة القانون الداخلي:

يجمع فقهاء القانون الدولي العام على وجود قواعد آمرة تفرض إطاعتها بصورة مطلقة على جميع المخاطبين بها [18] وفي هذا الصدد تحدث الكثير من الفقهاء عن فكرة النظام العام الدولي والتي تأخذ مرجعياتها من النظام الداخلي الهادف لتحقيق الصالح العام[19].

ولم تكن هذه الفكرة مستثناة من الجدل حيث انقسمت إلى معارضين و مؤيدين لها، وكان لمحكمة ع د الدور الأساسي في إرساء هذه الفكرة وذلك بالإشارة في مضمون قراراتها وأرائها إلى المبادئ التي لا يجب مخالفتها و الآداب العامة مما يضفي وجوبيه احترامها خاصة في القانون الدولي الإنساني وذلك في الكثير من المواقف بداية من قضية كرفو إلى رأيها في قضية جدار الفصل العنصري في فلسطين[20] وفي أخر المطاف اتفق جمهور الفقهاء على وجود شبه نظام عام دولي لا يرقي إلى النظام العام الداخلي[21].

أضف إلى ذلك، نجد أن م ع د ساهمت بشكل واسع في تحريك المبادئ العامة للقانون الدولي حيث كرست نوع من التدرج و الهرمية في قواعده و ذلك في تعبيرها عن الالتزامات في مواجهة الكافة التي تسمو على باقي قواعد القانون الدولي[22] مما يشكل ترتيبا غير معروف في القانون الدولي سابقا ،وفي هذا الصدد أشارت لجنة القانون الدولي أن فيما يخص

الالتزامات في مواجهة الكافة لا تنحدر من نفس صنف القاعدة الآمرة jus cogens بالنظر إلى أن هذه الأخيرة من الالتزامات التعاقدية و الأولى لا[23].

2-أثر القاعدة الآمرة على قانون المعاهدات لسنة 1969:

يبدو جليا أنه بغض النظر عن ما جاءت به قواعد القانون الدولي الآمرة في تكريسها في قانون المعاهدات وكذا مصير المعاهدات المخالفة لها حسب ما جاء في نص المادة 64 من الاتفاقية، نجد أنها تقيد مبدأ سلطان الإرادة في التطبيق العملي حتى وإن كان اعتماد القواعد يتراوح بين الحاجة والحذر ،وعبرت المحكمة في قضية كرفو أن:" لا مكان للمميزات و العيوب الفردية للدول ذاتها أو الحفاظ عل التوازن التعاقدي المثالي والتبادلي بين الحقوق و الواجبات"[24].

يتبين من هنا أن هذه القواعد تعلو على إرادة الدول وعلى سلطان الإرادة إذ أصبحت واجبة على الجميع، لكن هذا لا يعني زوال السيادة في الإبرام أو الاتفاق فهذه القواعد قليلة وسيادة الدول بحد ذاتها قاعدة آمرة لا يمكن مخالفتها أو الاتفاق عل مخالفتها [25] بالتالي لا يمكن الاتفاق عل محل غير مشروع تماما مثل القواعد الداخلية للدول.

نجد أيضا من خلال التحليل التطبيقي لهذه القواعد أنها تتعارض بشدة مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصـــوص عليه في المـــادة 26 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات [26].

لا يعني وجود القواعد الآمرة وقف العمل بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فهذا لا بد منه لكن الحتمية الأولى هي وضع حد للاتفاقات التي تخالفها بالتالي هذا يعد تجاوز عل المبدأ [27].

وتجدر الإشارة من خلال تكريس الالتزامات في مواجهة الكافة أن الشخص الدولي يجد نفسه ملزما بتطبيق معاهدة لم يكن طرفا واضعا لها ومثال ذلك معاهدة مناهضة التعذيب ومعاهدة تحريم الإبادة البشرية و الأمثلة الأخرى التي عددتها المحكمة الدولية في جميع قراراتها وهذا يعد توسيعا لنطاق تطبيق المعاهدات إذ أن التعاقد المبرم بين طرفين أو أكثر يحمل فيه قواعد أمرة يصبح عام التطبيق عل أشخاص القانون الدولي.

خاتمة

توصلنا من خلال دراستنا للقواعد الآمرة أن محكمة العدل الدولية من خلال القرارات و الآراء التي تبنتها في هذا الشأن.

أقرت نوعا جديدا من القواعد القانونية التي لها صلة وثيقة من القواعد الآمرة أطلقت على مصطلح الالتزامات في مواجهة الكافة،الشيء الذي أحدث ضجة في الفقه الدولي حيث تبين وجود التزامات تعاقدية و أخرى غير تعاقدية بالإضافة إلى أن المحكمة

قامت بتقديم أمثلة عن ذلك مما يضفي تفضيل الطريقة التعدادية للقواعد الآمرة التي درست في مؤتمرات فينا السابقة للمعاهدة، هذه القواعد التي غيرت بنية القانون الدولي في ذاته و قانون المعاهدات بصفته مصدرها و التي تتبع منه فأما في القانون الدولي فقد توصلنا في مقاربتا أنها أثرت في اتجاهه نحو شكل النظام الداخلي للدول و ذلك من خلال تجسيد شبه نظام عام دولي مما مس بالقانون الدولي في جذوره و منح الشك في تراجع سيادة الدول في إبرام المعاهدات حيث ساهمت هذه القواعد في خلق توسيع في نطاق التعاقد الدولي باعتبار الشخص الدولي يمارس معاهدات لم يمكن طرف فيها.

مما يؤدي المساس معاهدات مبدأ سلطان الإدارة و اصطدام المفهوم بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه من الجلي أن هذه القواعد ساهمت بشكل ايجابي في مجال القانون الدولي الإنساني في تكريس الإلزامية في حماية حقوق الإنسان و الأفراد نظرا لكون جل هذه القرارات و الافتاءات تمس جانب حماية حقوق الإنسان. لكن صعوبة تحديد مضمون القواعد الجديدة بقي مشكلا دوليا يجب التعرض إلى دراسته و مازال إلى الحد الآن مهما مما يستدعي الدراسة و بالتالي فان كان دور المحكمة هو تطوير القانون الدولي و قواعده فإننا نجزم أنها ساهمت بالكثير بذلك إلا أنها مساهمة نسبية حيث أنها لم تكشف بعد عن طبيعة الالتزامات في مواجهة الكافة.

الهوامش:

(1) MAIA (C), Le juge international au cœur du dévoilement du droit impératif entre nécessité et prudence, R.D.I.S.D.P, vol 83/01, Janvier-Avril, 2005, pp. 01-25.

(2) سليمان عبد المجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في التنظيم الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي، جامعة القاهرة، 1979، ص 216.

(3) اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 مايو 1969، انضمت إليها الجزائر مع التحفظ بموجب المرسوم 22.87 مؤرخ قس 13 أكتوبر 1987، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 42، الصادرة في 24 مايو 1987 .

(4) حنافي نسيمة، القواعد الآمرة في القانون الدولي العام، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية ،جامعة الجزائر1 ،بن عكنون ،2012 ،ص128.

(5) سليمان عبد المجيد، المرجع السابق،ص 265.

(6) Detroit de Corfou (royaume unie c Albani) ,cij affaire de fond arrêt du 9avril 1949 ,rec1949, p22 .

(7) A.GOMEZ (R), Le jus cogens, international, R.C.A.D.I, Volume 03, 1982,p

(8) Cij affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, (Nicaragua c Etats unies Amérique), arrêt du 27 juin 1986 , rec 1986 p 100 .

(9) بولوح رضا، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية على ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في 08 جويلية 1996، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 20022001، ص106.

(10) Affaire Barcelona traction, 05/02/1970, 2eme phase, Rec., C.I.J, 1970.

(11) KOLB. R , Jus cogens, intangibilité, intransgréssibilité dérogation positive et négative, R.G.D.I.P, N° 02, 2005, p325.

(12) Rapport de la C.D.I, 57eme session. 2 mai, 3 juin et 11 juillet et 05 aout 2005, Assemblé générale, documents officiels, 60eme session supplément N° 01 (A/60/10), Nation Unies, 2005, p 443.

(13) علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص223.

(14) مومو نادية، التحفظ في الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة2004، ص 95.

(15) MAIA (C), op cite, p 59.

(16) DECAUX (E), Droit international public, 6eme éd, ED/DALLOZ, Paris, 2008, p 59.

(17) علي إبراهيم، المرجع السابق، ص 240.

(18) العيشاوي عبد العزيز، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الثاني، محاضرات للدراسات العليا، (المنظمات الدولية، القواعد الآمرة، الجريمة المنظمة)، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 160.

(19) KOLB (R), Réflexion de philosophie du droit international , problèmes fondamentaux du D.I.P, Théorie et philosophie du droit International, ED/Bruylant, Bruxelles, 2003, p 182.

(20) خلفان كريم، دور مجلس الأمن في مجال القانون الدولي الإنساني، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2007، ص 141.

(21) أحمد أبو الوفاء، التعليق على قضاء محكمة العدل الدولية، م.م.ق.د، العدد 51، مصر، 1995، ص179.

(22) BORE,EVEN (V), Le contrôle juridictionnel des résolutions du conseil de sécurité, vers un constitutionalisme international, R.G.D.I.P, N4, 2006, p847.

(23) Rapport de la C.D.I, 60eme session, 1er Mai- 9 juin et 3 juillet et 11 aout 2006, Assemblé générale, documents officiels 61eme session supplément N° 10 (A/61/10), Nations Unies, 2006, P 170.

(24) Detroit de Corfou (royaume unie c Albani) ,cij affaire de fond arrêt du 9avril 1949, op cite,p 22.

(25) DECAUX (E), op cite, p50 ,51.

(26) اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 مايو 1969، المرجع السابق.

(27) BEDJAOUI Mohamed, Pour un nouvel ordre économique international, UNESCO,1979, p174.

ضمان المساواة في المعلومة المالية بين المتدخلين في سوق الأوراق المالية*

تغربيت رزيقة، أستاذة مساعدة "أ"،
قسم قانون الأعمال،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

TAGHERBIT Razika, M A"A",
Département de Droit des Affaires,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تلعب المعلومة دورا هاما في سوق القيم المنقولة حيث على أساسها يقوم المستثمر باتخاذ قرار استثمار أمواله فيها من عدمه، نظرا لأهميتها في توفير حماية كافية له عن طريق ضمان الشفافية و السير الحسن للبورصة، لذلك عمدت مختلف التشريعات بإلزام المصدر بالإعلام عن القيم المنقولة محل الإصدار عن طريق نشر كل المعلومات المتعلقة بها مهما كانت أساليب إصدارها، وأي إخلال بهذا الالتزام يوقع جزاء عليه.

الكلمات المفاتيحية:

الالتزام بالإعلام، نشر المعلومات، مسؤولية المصدر، سندات مالية، جريمة استغلال معلومات امتيازية، جريمة نشر معلومات خاطئة، جريمة المناورة بهدف عرقلة السير المنظم للسوق.

Ensuring equality of financial information among stock market participants

Abstract:

The information plays an important role in the market of movable values, on the basis of which the investor makes the decision to invest his money in it or not, in view of its importance in providing adequate protection to him by ensuring transparency and good conduct of the stock exchange. Therefore, the various legislations oblige the issuer to report the transferred values Through the dissemination of all information related to it, whatever the methods of its issuance, and any breach of this obligation shall be punished.

Keywords:

The obligation of information, the dissemination of information, the liability of the issuer, financial securities, the crime of exploiting privileged information, the crime of spreading false information, the crime of maneuvering in order to obstruct the orderly conduct of the market.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/05/12 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/09/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

La garante l'égalité des informations financières entre les acteurs du marché boursier

Résumé :

L'information constitue un élément très important dans le marché boursier ; une personne ne peut prendre une décision d'investir son argent si elle ne dispose pas d'informations suffisantes .c'est pourquoi, les différentes législations obligent l'émetteur des titres financiers d'informer le public sur ces valeurs.

Compte tenue de la méthode d'appel public à l'épargne choisi, l'importance de l'information destinée à l'investisseur et au marché financier a poussé les différents législateurs à sanctionner tout contrevenant à cette obligation.

Mots clés :

Obligation d'information, publication des informations, la responsabilité de l'émetteur, la publication des informations erronées, perturbation du marché boursier.

مقدمة

يلعب مصدر الأوراق المالية دور مزدوج و فعال سواء من الناحية الاقتصادية أو المالية هذا من جهة، كما يلعب دور أيضا في السوق المالية من جهة أخرى، وذلك مهما كانت طبيعته سواء كان شخصا اعتباريا تابعا للقانون الخاص (الشركات التجارية) أو القانون العام(الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها) باعتباره المتدخل الأول في سوق القيم المنقولة.

يتمثل المصدر في الشخص الذي يقوم بعرض ورقته المالية لأول مرة، سواء كانت صكوك تمثل حقوق ملكية (الأسهم) أو حقوق مديونية (سندات دين) على الجمهور، قصد تمويل مشاريعه الاستثمارية لأول مرة عند إنشاء مشروعه، أو قصد توسيع نشاطه لتحقيق أهداف مستقبلية، بهدف بيعها لمن يرغب في ذلك من المستثمرين. خاصة كون أفضل الاستثمارات في الوقت الحالي هو استثمار الفرد للفائض من دخله في القيم المنقولة حيث أصبحت عملية شراء الصكوك المالية بديلا جديدا، وواضح الآفاق لاستثمار مدخرات الأفراد مهما بلغ حجمها[1]، لما يوفر هذا الاستثمار من عنصر السيولة الذي تمتاز به الأوراق المالية، وإمكانية التخلص منها بكل سهولة عن طريق بيعها في السوق الثانوية أي سوق البورصة متى رغب المستثمر في ذلك[2].

نظرا لأهمية الإستثمار في الأوراق المالية عمدت معظم تشريعات العالم حماية المستثمر المتواجد في مركز ضعيف بمقارنته مع المصدر،عمدت مختلف التشريعات تكريس ضمانة المساواة في المعلومة المالية بين المتدخلين في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، عن طريق فرض التزامات على هذا الأخير بهدف إيصاله المعلومات المتعلقة بالورقة المالية، ليتخذ قرار استثماره عن دراية تامة، وأي إخلال بذلك يجعله مسؤولا ، و على هذا الأساس نقسم دراستنا هذه إلى قسمين، القسم الأول نتناول فيه إلتزامات مصدر الأوراق المالية بإعلام الجمهور، و القسم الثاني نخصصه لدراسة المسؤولية المترتبة على المصدر عند إخلاله بإلتزام إعلام الجمهور عن عملية الإصدار.

1-التزام مصدر الأوراق المال بالإعلام

تتسم المعلومة المالية بأهمية بالغة في وسط الأسواق المالية نظرا للدور الذي تلعبه، في خلق رغبة المستثمر في شراء القيم المنقولة محل الإعلان، لذلك يلتزم المصدر إعلام الجمهـــور بالعملية التي يقوم بها، كما أن الإعلام يوفر للمساهم كل المعلومات المتعلقة بالشركة سواء تلك المتعلقة بالسندات التي تمثل في مجموعها رأس مال الشركة أو تلك التي تمثل ديونا عليها، حتى يتمكن من ممارسة حقه في التصويت في جمعياتها، فبذلك يتمكن المساهم من إبداء رأيه سواء بالموافقة أو بالرفض بشأن السياسة العامة التي تهدف الشركة انتهاجها أو إتباعها[3] .

أقرت معظم تشريعات العالم على التزام المصدر بإعلام الجمهور عن عملية إصداره للقيم المنقولة، ذلك بتوفير لهم كل البيانات والمعلومات المتعلقة بالعملية، مع اشتراط أن تكون المعلومة صحيحة، دقيقة، واضحة وكاملة[4]، وذلك بنشرها وتقريبها للجمهور. فلسنا بحاجة للتأكيد عن دور النشر و الإعلام في عالم أهم ما يتميز به اليوم هو الاتصالات و تبادل المعلومات إلى درجة تمكننا من إتباع لحظة بلحظة ما يدور مباشرة في مجال أسواق رأس المال، وفي أية بورصة من بورصات العالم[5]، لذلك يعتبر الإعلام وسيلة فعالة لتقوية وزيادة ثقة الجمهور وتحقيق السير الحسن للعملية، حيث يساعد على تطوير الأسواق المالية[6]، ونظرا لأهميته فيها وسط الأسواق المالية عموما وبين المستثمرين خصوصا أقرته مختلف تشريعات الدول و من بينها التشريع الفرنسي و الجزائري .

أولا- في القانون الفرنسي

نص المشرع الفرنسي كأصل عام على التزام المصدر بإعلام الجمهور وإيصالهم كل المعلومات المتعلقة بالورقة المالية محل الإصدار، سواء عند إدخالها للبورصة لتداولها أو عند زيادة رأس مالها، و يظهر ذلك جليا من نص المادة 1/412 من التقنين النقدي و المالي الفرنسي[7] .

كما أعطى المشرع الفرنسي أهمية خاصة للمعلومة في قوانين أخرى[8]، نظرا للدور الذي تلعبه بين وسط الجمهور المدخرين الذين بواسطتها يمكنهم استثمار أموالهم، لذلك تنص مختلف الأنظمة المتعلقة بإصدار القيم المنقولة على تراب الجمهورية الفرنسية على أحكام تقر فيها عدة مبادئ بشأن المعلومات التي يلتزم المصدر بنشرها لإعلام الجمهور نذكرها فيما يلي:

1-مبدأ النزاهة والتكامل

تسهر سلطة سوق القيم المنقولة الفرنسية على إعلام المستثمرين وإيصالهم كل المعلومات المتعلقة بعملية الإصدار، و يظهر هذا جليا من استقراء نص المادة 222 في فقرتها

الثانية من النظام العام لسلطة سوق الأوراق المالية الفرنسية، كما تسهر أيضا هذه السلطة على مراقبة المصدرين والتأكد من المعلومات المنشورة والموجهة إلى الجمهور[9].

نصت على هذا المبدأ أيضا أحكام النظام العام لسلطة سوق الأوراق المالية الفرنسية، التي خولت صلاحية تطبيق ذلك ووضعها حيز التنفيذ إلى جهة أخرى تتمثل في سلطـــات الضبط، التي تكون على مستواهـــا، حيث خول لها القانون صلاحية مراقبة مدى تنفيذ مصدري الأوراق المالية لالتزامهم بالإعلام ومدى صحة المعلومات الموجهة للجمهور[10].

2- مبدأ المساواة في المعلومة

مفاد هذا المبدأ هو مساواة الجمهور أمام المعلومات المقدمة في محتواها وفي وقت إصدارها[11] حيث يجب أن تحتوي المعلومة المتعلقة بالأوراق المالية المعروضة علي الجمهور بهدف الاكتتاب فيها على كل البيانات التي بموجبها يتعرف الجمهور على الورقة المالية محل الإصدار، والشخص المصدر لها محددا في ذلك نوعه، والنشاط الذي يمارسه، ووضعيته المالية ومدى تطور نشاطه... وغيرها[12].

يتضمن البيان الإعلامي حسب نص المادة 1/412 من القانون النقدي والمالي الفرنسي كل المعلومات المتعلقة بالمصدر واللازمة للمستثمر لاتخاذ قرار استثماره فيها عن قناعة، سواء تلك المتعلقة بنشاط المصدر أو وضعيته المالية، الحقوق المتعلقة بالأوراق المالية، النتائج المتحصل عليها من المصدر بمناسبة ممارسته لنشاطه. كما يجب أن توجه بنفس الطريقة وفي نفس الوقت دون تمييز فئة عن فئة أخرى مهما كانت صفة المستثمر المرغوب جذبه[13].

أكدت على الالتزام الخاص بهذا الإعلام مختلف الأنظمة المنظمة لـ AMF مع اشتراط الدقة والوضوح فيها[14]، خاصة أنه على أساسها يتم الحصول على التأشيرة من طرف سلطة سوق القيم المنقولة الفرنسية AMF.

ثانيا: في القانون الجزائري

وضع المشرع الجزائري على عاتق الشخص المصدر الالتزام بالإعلام، نظرا لما تلعبه المعلومات التي اشترط القانون توضيحها فيه من دور هام في سبيل حماية المستثمرين من الاستثمار في سوق الأوراق المالية محل الإصدار، عن طريق شرائها. فيحرر مشروع المذكرة الإعلامية وفق شروط معينة حددتها اللجنة[15]، وحرصا منها على نوعية الإعلام وضمانا منها لمصالح المدخرين والمستثمرين فالقانون خول لها حق المطالبة بكل الوثائق والمعلومات التي تراها ضرورية لتكملة الإعلام، كلما رأت غموضا فيها[16]، ويتخذ وضع مذكرة إعلامية مثلا البيان الذي أصدرته مؤسسة الصناعات الغذائية من الحبوب ومشتقاتها بهدف الحصول على التأشيرة من طرف اللجنة[17].

يلعب الإعلام بالعملية المزمع القيام بها من طرف المصدر في سبيل إصدار الأوراق المالية، دورا هاما في حماية المستثمر فيها وفي ضمان الشفافية والسير الحسن لسوق رؤوس الأموال، كما تظهر أهمية المعلومة خاصة في مساعدة المستثمرين في اتخاذ قراراتهم المتمثلة في عرض رؤوس أموالهم وفائض سيولته داخل البورصة بهدف استثمارها[18].

اشترط المشرع في المعلومة المقدمة أن تكون صحيحة، ودقيقة ، وواضحة بهدف تسهيل عمل اللجنة في اتخاذ قراراتها عند مواجهة المصدرين سواء بالقبول عن طريق تقديم التأشيرة والسير في إجراءات الإصدار أو بالرفض[19] .

يكون نشر المعلومة عن طريق الإشهار بالعملية المزمع القيام بها من طرف المصدر، حيث تلتزم الشركة المصدرة بنشر إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية قبل عملية الإصدار، وقبل أي إجراء يتعلق بالإشهار. ويتضمن هذا الإعلان البيانات المتعلقة بالتعريف الشامل بالشركة المصدرة، مؤرخ عليها من طرف المؤسسين، إما بألقابهم أو بأسمائهم وجنسياتهم، موطنهم، وإما باسم الشركة وشكلها ومقرها ومبلغ رأس مالها[20].

تلتزم الشركة المصدرة للأوراق المالية بنشر الإعلام في النشرة الرسمية، إلا أن الإجراءات التي تتخذها لإتمـــام هذا النشر تختلف باختلاف وضعية الشركة عند إصدارها للأوراق المـــالية، سواء عند تأسيسها أو بمناسبة زيادة رأسمالها.

1-عند تأسيس الشركة

يكون الإشهار عن عملية إصدار القيم المنقولة من طرف المصدر عند تأسيسه للشركة باتخاذ الإجراءات التالية:

-نشر المذكرة الإعلامية التي أشرت عليها اللجنة مرفقة ببيان إعلامي يلخص ما جاء في المذكرة[21].

-التزام الشركة المصدرة بوضع البيان الإعلامي والمذكرة الإعلامية تحت تصرف الجمهور في مركز المؤسسة المصدرة، ولدى الوسطاء الماليين المكلفين بتسويق وتوظيف الإصدارات، بغية التطلع عليها لمن تهمه عملية الإصدار.

-تنشر إعلانات وبلاغات تبين العملية المزمع إنجازها مع كافة البيانات المتعلقة بالشركة المصدرة[22] وبالتأشيرة التي وضعتها اللجنة[23]، والبيان الإعلامي المنشور في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في جريدة واحدة على الأقل توزع على كامل التراب الوطني[24].

2-عند زيادة رأس مال الشركة

إن الإجراءات المتخذة بشأن إصدار قيما منقولة جديدة من طرف المصدر، بهدف عرضها على الجمهور يختلف حسب ما إذا كانت الشركة المصدرة قد لجأت علانية للادخار أو لم تلجأ إليه علانية.

بالنسبة للشركة التي تلجأ علانية للادخار من أجل اكتتاب الجمهور في سنداتها الجديدة إثر زيادة رأسمالها، فإنها تلتزم بنشر بيان إعلامي لإعلام الجمهور، بالعملية المزمع إنجازها في النشرة القانونية التي يوجد بها مقر الشركة، وذلك قبل ستة (6) أيام على الأقل من تاريخ افتتاح الاكتتاب.

يتضمن البيان الإعلامي تسمية الشركة منسوبا برمزها الاقتصادي عند الاقتضاء، شكل الشركة ومبلغ رأس المال، عنوان مقر الشركة، رقم تسجيل الشركة في السجل التجاري، مبلغ زيادة رأس المال، تواريخ افتتاح الاكتتاب وقفله، ووجود الحق التفضيلي للاكتتاب في الأسهم الجديدة لصالح المساهمين القدامى، كذلك شروط ممارسة هذا الحق، القيمة الاسمية للأوراق المالية، المبلغ المطلوب فورا على كل مكتتب، اسم الموثق وإقامته المهنية أو اسم الشركة، البنك الذي يستلم الأموال، ووصف مختصر وتقييم تسديد المساهمات العينية التي تدخل في حساب زيادة رأس المال وكيفياته[25].

أما الشركات التي تلجأ علانية لادخار الجمهور بمناسبة زيادة رأس مالها بهدف توسيع مشاريعها، وباعتبار هذا الإجراء يفتح أبوابها لمدخرات الأفراد وفوائض سيولتهم[26]، فإن القانون ألزمها باتخاذ الإجراءات التالية:

-نشر بيان إعلامي في النشرة القانونية للدلالة التي يتواجد بها مقر الشركة يتضمن البيانات المتعلقة بالشركة وبالعملية المزمع انجازها[27].

- نشر بيان إعلامي في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية قبل ستة (6) أيام على الأقل من تاريخ افتتاح الاكتتاب وإشعار أصحاب الأسهم الرسمية عن طريق رسالة موصى عليها مع طلب وصل الإشعار بالاستلام بعملية زيادة رأس المال، وأخيرا إعداد بلاغات و نشرها في الجرائد تبين كل المعلومات المتعلقة بالشركة وبعملة زيادة رأس المال وإصدار سندات جديدة[28] كما تلتزم بنشر الجداول المالية ولاسيما الميزانية[29] وجداول حسابات النتائج[30] والمذكرات الملحقة والرأي المعبر عنه من طرف مندوب الحسابات حسب نص المادة 11 من نظام ل ت ع ب م رقم 02/2000[31].

2-المسؤولية المترتبة على المصدر عند إخلاله بالالتزام بالإعلام

إن إخلال الالتزام الذي يقع على الشخص سواء أملاه عليه القانون أو مصدر من مصادر الالتزام الأخرى (العقد مثلا) يوقع على صاحبه جزاء، وذلك حسب مقتضيات القواعد العامة التي يمليها القانون المدني. فإخلال الشخص المصدر بالتزامه القانوني المتعلق بالإعلام و الذي فرضته مختلف الأنظمة و القوانين التي تحكم السوق المالية توقع عليه جزاءات تجعله مسؤولا.

عرفت التعديلات القانونية الأخيرة تمييزا بين عقوبة المصدر وعقوبة أجهزته، فعقوبة أحدهما لا يترتب عليه مباشرة عقوبة الآخر، فطبيعة عقوبة المصدر تختلف باختلاف العمل المخل للالتزام بالإعلام و كذلك المسؤولية التي تقع عليه من جراء ذلك ، فقد تكون إما مدنية أو إدارية أو جنائية.

أولا: المسؤولية المدنية للمصدر

المبدأ العام هو أن المصدر الذي يخل بالتزاماته القانونية في مجال تقديم المعلومة الواجبة عند نشره للإعلام، لاكتتاب الجمهور للسندات المصدرة، يمكن أن يرتب مسؤولية مدنية كلما تبين للقضاء أن هذا الإخلال يعتبر خطأ و توفرت بشأنها علاقة سببية واضحة مع الضرر الذي ألحق بالضحية، بالتالي مسائلتهم مدنيا عن طريق طلب إزالة الضرر عن الضحية أو تقديم تعويض يعوضه عن ما أصابه من ضرر.

إن مسألة تحديد العلاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المصدر من جراء الإخلال بالتزامه بالإعلام والضرر الذي لحق بالمستثمر يكون أمرا سهلا للقضاء، في حالة ما إذا كان القرار الذي اتخذه المستثمر الراغب في شراء السندات المالية مباشر لنشر المعلومات المتعلقة بالمصدر، وبالعملية المزمع القيام بها، فهذا يعني بأن المعلومة التي أبدتها الشركة أثرت في قراره المتعلق بالاستثمار فيها وإلحاقها الضرر به، بالتالي يتبن الخطأ في المعلومة والضرر الذي أصاب المستثمر والعلاقة السببية بينهما. إلا أنه يصعب إيجاد هذه العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر في حالة كون القرار المتخذ من طرف المستثمر المتضرر اتخذ بعيدا عن نشر المعلومات، حيث يصعب معرفة مدى تأثير المعلومة على قرار الاستثمار[32].

إلى جانب المسؤولية المدنية قد تقع المسؤولية نفسها على أعضائه متى ارتكب المدير خطأ مثلا سبب ضررا لغيره، شرط أن يكون هذا التصرف بمناسبة قيامه بعمله باسم و لحساب الشركة[33] ، كما يمكن أن تقع مسؤوليته المدنية من جراء أعمال صنفها قانون العقوبات من الأفعال الإجرامية مثل نشر معلومات خاطئة أو نشر حسابات غير صحيحة ، بالتالي يمكن للشخص المتضرر تقديم طلب التعويض أمام القضاء أثناء مسائلته جزائيا.

ثانيا: المسؤولية الإدارية للمصدر

يهدف الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المصدر عند إصداره للأوراق المالية إلى حماية المستثمر و ضمان السير الحسن للسوق المالية، بالتالي إخلاله لالتزامه يعتبر مساسا لحماية المستثمر و للسير الحسن و المنتظم للسوق و لكل المعاملات التي تقع فيه، لذلك كرست مختلف القوانين و أنظمة السوق المالية حماية ذلك. فبالرجوع إلى أحكام التقنين النقدي و المالي الفرنسي فإن المشرع الفرنسي خول للسلطة السوق المالية (AMF) صلاحية توقيع عقوبات على كل شخص مقيم على الإقليم الفرنسي أو في الخارج، قام أو حاول

القيام بأي فعل قد يمس بحماية المستثمرين أو بالسير الحسن للسوق و كل مناورة بهدف عرقلة السير المنتظم لسوق القيم المنقولة من خلال تظليل الغير[34].

تترتب مسؤولية المصدر عند إخلاله لالتزامه بالإعلام عن طريق الامتناع بنشره، كما تنشأ مسؤولية المصدر أيضا عند عدم إيصاله المعلومات و نشرها وسط الجمهور كما يقتضيه القانون[35].

قد تقترن مسؤولية المصدر بمسؤولية المدير باعتباره المسير لها، ذلك عند إخلاله بالتزامه بالإعلام[36] ، لأنه يعتبر خطأ بمناسبة ممارسته لمهامه و قد صدرت عدة قرارات في هذه الشأن نذكر منها قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 31 مارس 2004[37]. التي جعلت المدير وحده ملزم بتسيير الشركة بطريقة محكمة عن طريق عدم مخالفة القوانين والأنظمة التي تخضع لها، فبذلك خطأ المصدر يوقع مسؤولية على المدير المسير لها، لأنه مسؤولا عن حسن سيرها وعن احترامه للقوانين، كما أن المدير حتى وإن قام بتفويض سلطته في مجال المعلومة المالية، فإنه يبقى مسؤولا عن المخالفة ولا يسمح له القانون الاحتجاج بتفويض صلاحياته لأنه ملزم برقابة الشخص المفوض، فعدم احترامه لهذا الالتزام يسمح لسلطة السوق المالية أن ترتب عليه جزاء إذا تبين من ذلك مساسا بحماية المستثمر وبالسير المنتظم للسوق.

1-المسؤولية الجزائية للمصدر

إن إخلال كل من المصدر أو أحد أعضائه لالتزاماتهم المتعلقة بإعلام الجمهور، عن كافة المعلومات المتعلقة بالشركة المصدرة للسندات المالية، وبالعملية المزمع القيام بها من شأنه ترتيب مسؤولية جزائية عليهم. كما يمكن للمستثمر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا أن يطالب بالمسؤولية المدنية للمدير من جراء الدعوى الجزائية المرفوعة ضد الشركة المصدرة للسندات المالية، نظرا لكونه المسؤول عن الضرر من جراء القرارات التي اتخذها أثناء ممارسته لمهامه باسم ولحساب الشركة[38].

ترتكب في سوق البورصة جرائم لها علاقة متينة بطبيعة المعلومة وكيفية نشرها، خاصة أن أهم ما تتسم به هو سرعة انتقالها ، فقد تنتشر أحيانا بعض المعلومات الكاذبة والخاطئة عن وضع أو مستقبل الشركات مصدرة السندات، وكل ما يتعلق بتطور حالة الأوراق المالية المسجلة بالبورصة بهدف التأثير على السوق وإثارة موجة بين المستثمرين في القيم المنقولة، وكذا مساهمة هذه الأفعال في المساس والإضرار بقانون العرض والطلب وبالتالي خرق مبدأ حرية المنافسة[39]، سنبين جرائم السوق المالية فيما يلي:

2-جريمة استغلال معلومات امتيازيه

تقوم هذه الجريمة عند استغلال المعلومات الإمتيازية في السوق المالية أو التعمد بالسماح بإنجازها إما مباشرة أو عن طريق شخص مؤهل لذلك، بعد الاطلاع عليها بمناسبة ممارسته لمهنته أو لوظيفته.

كرست معظم التشريعات مبدأ حظر استغلال المعلومات ، نظرا لكونه يخل بمبدأ المساواة أمام المعلومة بين المستثمرين في القيم المنقولة والمساس بحسن سير السوق، نذكر منها المشرع الأمريكي[40] والمشرع الفرنسي بموجب الأمر الصادر سنة 1967 [41]، إلا أن أحكام هذا الأمر لم تعرف تطبيقا على أرض الواقع، حتى سنة 1975، حيث تم إصدار القرار الأول المتعلق بتطبيق أحد مواده والذي جعل استغلال المعلومات بطريقة غير شرعية فعل إجرامي مكيف على أساس جنحة معاقب عليها .إلا أنها لم تقدم تعريفا ليوضح معني المعلومة الإمتيازية ، إنما اكتفي القضاء الفرنسي بإدراج الشروط المتعلقة بالمعلومة لكي توصف بأنها إمتيازية[42].

نصت على مبدأ تجريم استغلال المعلومات الامتيازية التشريعات العربية ، التي نذكر من بينها التشريع الجزائري حيث كرس ذلك في المرسوم التشريعي رقم 93-10 وأكد عليه بإبقائه في ضل القانون المتعلق ببورصة القيم المنقولة 03- 04[43] الذي صدر ليعدل ويتمم هذا الأخير.

لقيام جريمة استغلال المعلومات الامتيازية يجب أن تتوفر المعلومة على الشروط التالية:

أ-شرط السرية: يتحقق هذا الشرط عن طريق عدم الإعلان المسبق للمعلومة الإمتيازية، مع أنها تبقى سرية حتى ولو اطلع عليها عدد من الأشخاص، بشرط محدوديتهم وعلمهم بسريتها، وللإضفاء صفة العلنية على المعلومة يشترط نشرها ليعلم بها جميع الأشخاص،و بالتالي تكون المعلومة غير المعلنة أو السرية تلك التي لن تنشر بطريقة تجعلها متوفرة لعامة المستثمرين للاطلاع عليها[44].

ب-شرط الصحة: إلى جانب شرط السرية يجب أن تكون المعلومة صحيحة ومن ثم فإن الإشاعة البسيطة لا تعتبر من قبيل المعلومة الإمتيازية[45].لأن مصطلح المعلومة الإمتيازية يفترض صحة و دقة المعلومة[46].

ج-شرط التأثير في السعر: أن الإعلان عن المعلومة السرية والتي تحمل أرقاما صحيحة يحدث تغييرات جوهرية في أسعار الأوراق المالية المقيدة في البورصة، ويكون التأثير فعال عند اعتقاد المستثمر بأن المعلومة غير المعلنة عنها المتسربة من شأنها أن تحدث تغييرا في

قراراته سواء بالبيع أو بالشراء، وهذا مساس باستقرار المعاملات في سوق الأوراق المالية وخرق لمبدأ حرية المنافسة[47].

3-جريمة نشر معلومات خاطئة

وسع المشرع الجزائري دائرة جرائم البورصة فبعدما نص في المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 على جريمة واحدة والمتمثلة في جريمة استغلال معلومات امتيازيه، أضاف جريمتين أخربتين في القانون رقم 03-04 المتمثلتين في جريمة نشر معلومات خاطئة ومغالطة وسط الجمهور و جريمة القيام بمناورات بهدف عرقلة السير المنتظم لسوق القيم المنقولة.

سلك المشرع الجزائري مسلك المشرع الفرنسي وذلك لسبب تيقنه بمدى خطورة هذه الجرائم وتأثيرها على حماية المستثمرين والادخار العام ومصلحة السوق بأكملها، لذلك إستحدث جريمة نشر المعلومات الخاطئة في القانون رقم 03/ 04 حيث نص في المادة 19 منه على ما يلي: " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة قدرها 30.000 د ج ، ويمكن رفع مبلغها حتى يصل إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه دون أن تقل هذه الغرامة مبلغ الربح نفسه، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

كل شخص يكون قد تعمد نشر معلومات خاطئة أو مغالطة وسط الجمهور بطرق ووسائل شتى عن منظور أو وضعية مصدر تكون سنداته محل تداول في البورصة أو عن منظور تطور سند مقبول للتداول في البورصة بشأنها التأثير على الأسعار ".

تقع مسؤولية الشخص في هذا النوع من الجرائم عند إجرائه لعمليات بيع أو شراء القيم المنقولة داخل السوق وفقا للمعلومات التي تحصل عليها وبغرض التأثير على الأسعار، كما قد تقع بمجرد السماح باستغلال هذه المعلومات قبل أن تصل إلى الجمهور[48] فمسؤوليته تقوم بمجرد نشر معلومات خاطئة، فبذلك تسلط العقوبة على الفاعل الأصلي وعلى الشريك[49] ومهما كانت طريقة نشر المعلومة سواء كانت عن المناشير(circulaire) أو بيانات إعلامية (prospectus) أو حوارات أو لقاءات (interviews) أو محاضرات (conférences)[50].

نلاحظ أن المشرع بالغ في تشديد هذه المسؤولية، وللتخفيف من حدتها استعمل مصطلح " تعمد " التي تدل على توجه وتعمد وقصد الجاني على إتيان الفعل الإجرامي عن طريق سعيه إلى نشر المعلومات مع علمه أنها خاطئة مع تعمده وقصده التأثير على الأسعار داخل البورصة.

- **جريمة المناورة بهدف عرقلة السير المنتظم للسوق:** تعد جريمة المناورة بهدف عرقلة السير المنتظم للسوق حسب التشريع الجزائري من مستحدثات القانون رقم 03-04 ، والتي تقوم على أساس وجود عمل معين يهدف إلى الحيلولة دون السير الحسن للسوق المالية وذلك بإيقاع المستثمر في الخطأ.

عمل التشريع الوطني ومختلف التشريعات المقارنة على منع التلاعب بالأسعار في البورصة وما ينتج عنه من سحب ثقة المستثمرين في البورصة ولما لذلك من نتائج وخيمة على أوضاع بعض الشركات التي تتداول أسهمها في البورصة فيسعى المتلاعب إلى تحقيق غرض من الأغراض الآتية:

رفع السعر، تثبيت السعر، خفض السعر.

لجريمة التلاعب بالأسعار علاقة وطيدة مع جريمة نشر معلومات خاطئة لأن من خلال نشر معلومات خاطئة يكون هناك التلاعب بالأسعار، فالتمييز بين الركن المادي لهاتين الجريمتين مسألة صعبة للغاية حيث هناك إرادة في عرقلة السير العادي للسوق من أجل التأثير على تكوين وتطور الأسعار، فالفرق الوحيد هو أن جريمة التلاعب بالأسعار تستوجب تدخل الشخص مباشرة في السوق والتي تتحقق من خلال أوامر الشراء والبيع[51].

بالتمعن في أحكام جريمة المناورة بهدف عرقلة السير المنتظم للسوق الذي يكون عن طريق التلاعب بالأسعار[52]، ونشر معلومات خاطئة نلاحظ اقتراب مفهومها وإن لم نقل امتزاجهما مع مفهوم وفكرة المضاربة غير المشروعة المنصوص عليها في المادة 172 من قانون العقوبات الجزائري، لأنه من فكرة المضاربة نتجت جريمة التلاعب بالأسعار بعد تحييثها لتتلاءم مع جرائم البورصة بشكل خاص[53].

باستقراء الفقرة 4 من المادة 60 من المرسوم التشريعي 93-10 التي تنص على ما يلي: " كل شخص يكون قد مارس أو حاول أن يمارس مباشرة أو عن طريق شخص آخر مناورة ما بهدف عرقلة السير المنتظم لسوق القيم المنقولة من خلال تضليل الغير "، فإن المشرع الجزائري وسع من دائرة التجريم في جريمة المناورة بهدف عرقلة سوق القيم المنقولة، وذلك بمعاقبة حتى من حاول أو شرع في ذلك، فلم يشترط أن تؤدي هذه المناورات إلى حدوث تأثير مفتعل على سير السوق بل يكفي محاولة ذلك عن طريق تضليل الغير بمعنى استعمال طرق احتيالية كالغش والخداع...إلخ، خاصة أن الجرائم الاقتصادية لا تتطلب وقوع ضرر فعلي بل يكفي لقيام الجريمة مجرد التهديد بوقوع الضرر[54].

تعتبر جريمة المناورة حسب أحكام المرسوم رقم 93-10 جنحة، بالتالي تقادم الدعوى العمومية بخصوصها تكون بمرور ثلاث سنوات تبدأ من يوم ارتكاب أفعال المناورة أو

محاولة ارتكابها، في حالة عدم اتخاذ أي إجراء ومتابعة بشأنها، وتتقادم بمرور ثلاث سنوات من تاريخ آخر إجراء تحقيق تم بشأنها.[55]

خاتمة

تمثل الأوراق المالية السلعة الرئيسية التي يتم تداولها في البورصة و تعتبر أهم العناصر الأساسية التي تقوم عليها هذه الأخيرة، حيث يتدخل المصدر في سوق الأوراق المالية بعرض ورقته المالية للجمهور قصد تمويل استثماراته أو توسيع نشاطاته لكونه المتدخل الأول في سوق القيم المنقولة.

لذلك أوقعت مختلف تشريعات الدول و التي من بينها المشرع الجزائري التزام على عاتق المصدر يتمثل في نشر كل المعلومات المتعلقة بالسند محل الإصدار و بالوضعية المالية والقانونية للمصدر، بهدف حماية المستثمر عند اتخاذه قرار الاستثمار في القيم المنقولة .

يشترط في المعلومات المعلنة عنها الصحة و الدقة و الوضوح بهدف مساعدة المستثمر عند استثمار أمواله و خوضها معركة التلاقي الحر لحركة العرض و الطلب في البورصة ، أكثر من ذلك جعل المشرع إخلال المصدر بإلتزام بالإعلام يوقع عليه مسؤولية مدنية و جزائية، إلا أن فرض هذه الأخيرة قد لا تكون كافية أحيانا نظرا لخطورتها على السوق المالية بصفة خاصة، و على الإقتصاد الوطني بصفة عامة، لذلك يجب أن تكون العقوبات الجزائية المنصوص عليها في المادة 60 من المرسوم التشريعي 93-10 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 03-04، أكثر صرامة لتصل إلى الإقصاء التام من التعامل في سوق الأوراق المالية ، سواء كانت صفته مستثمر أو وسيط أو مصدر للأوراق المالية.

الهوامش:

1-إن التبعية المكثفة للادخار تمكن من تمويل الاستثمار. للتفصيل أنظر: أيت مولود فاتح، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، رسالة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012، ص49.

2- سيد طه بدوي محمد، عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية و الآجلة من الوجهة القانونية، رسالة لنيل درجة دكتوراه

في القانون، جامعة القاهرة،2000، ص83.

3- LIRRQIN PQRWEQN Isabelle, et BOIWQRD Martine , « Statuts des associations et Liban pratique », Revue des sociétés, Avril Juin 1995, p. 1449

4- قاسم محسن الحبيطي وشكر محمد مصطفى، " تأثير كفاءة سوق المستثمر في تحديد التوازن الظرفي لخصائص المعلومة المحاسبية " ، مجلة البحوث المستقبلية، عدد 10، 2005، ص. 103.

5-عبد الناصر طلب الزيود و محمد سليم أبو زيد،" أثر الانترنيت في الأسواق المالية، دراسة تطبيقية علي بورصة عمان" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، مجلد 23، عدد ،2007، ص73.

6 - POULLE Jean Batiste, « La régulation par l'information en droit des marches financiers « , Petite affiches, n° 15 , 21 Janvier 2009, p. 09.

7-Article L 412-1 du code monétaire modifié par Ordonnance n˚2009-80 du 22. janvier2009, www.legifrance.gouv.fr/

8 -L'article 06 de la directive 2003 /06 CE relatif à l'information privilégiée et aux déclarations des dirigeants et des personnes étroitement liées pour les opérations qu'ils réalisent sur les titres de la société. Voir aussi la directive 2004/109/CE et la directive 2007 /14/CE

9- أنظر كذلك المادة 1/223من النظام العام لسلطة سوق الأوراق المالية الفرنسية التي تحيل إلى المادة 1/632 منه و التي تمنع إصدار معلومات غير صحيحة ومضللة . وللتفصيل أنظر في ذلك:

POUTHINON-DUMAS Hugues, Le droit des sociétés côtés et le marché boursier, L.G.D.J , Paris, 2007, p. 222.

10 -Ibid, p.223.

11 -BONNEAU Thierry, DRUMMOND France, Droit des marchés financiers , troisièmes édition, Economica, Paris, 2010, p.620.

12- ونص على ذلك المادة 1/412 من القانون النقدي والمالي الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم 80/2009 المؤرخ في 22 جانفي 2009 كما يلي:

« Sans préjudice des autres dispositions qui leurs sont applicables, les personnes on les entités qui procèdent a une offre au public de titre financier on a une admission de titres financiers en négociation sur un marche réglementé, doivent en préalable publier et tenir a la disposition de toute personne intéressé un document destiné a l'information d'un publique, pourtant sur le contenu et les modalités de l'opération qu'en fait l'objet ainsi que sur l'organisation et la situation financière, et l'évolution de l'activité de l'émetteur et des garants des titres financiers qui font l'objet des opération dans les conditions prévus par le règlement général de l'autorité des marches financiers… », L'article 412/1 du code monétaire et financier modifié par ordonnance n˚2009-80 du 22 janvier 2009. www.legifrance.gouv.fr.

13- كأن يكون المستثمر المرغوب جذبه فئة معينة كالأجانب مثلا،

PELTIER Fréderic, Marche financier et droit commun, Edition l'organisation, Paris, 1997, p. 132.

أنظر كذلك تواتي نصيرة، ضبط سوق القيم المنقولة الجزائري-دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ،تخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2013، ص. 27.

14-إلي جانب المواد القانونية التي تم الاستدلال بها نذكر المادة 223-10-1من النظام العام ل AMF

« sur ces marchés ,il est essentiel que les intervenants soit mis en mesure d'évaluer quotidiennement leurs positions et leurs risque, et ces risque doivent être surveilles notamment lorsque il s'agit de gestion de patrimoine pour compte d'autruit ».LEPORTZ Yves, « L'évolution du rôle et des pouvoir de C.B » R.D.B.B,N˚08 ,Juillet–Aout,1982,p.121.

15 -أنظر المادة 16 من النظام رقم 97-03، مؤرخ في 18 نوفمبر 1997، يتعلق بالنظام العام للبورصة القيم المنقولة، ج رجج ،عدد 87، صادرة في 29 ديسمبر،معدل بالنظام رقم 03-01، مؤرخ في 18 مارس 2003، يتضمن النظام العام للمؤتمر المركزي علي السندات، جريدة رسمية عدد 73،صادر في 30 نوفمبر 2003.

16- أنظر المواد 35، 41 و 42 على التوالي من المرسوم التشريعي رقم 93-10، مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة ،جريدة رسمية عدد 34،صادر في 23 ماي 1993.

لا يمكن تصور سوق ما يعمل دون إعلام، فإذا أرادت الشركة إدخال ورقة جديدة في السوق عن طريق الاكتتاب، فلابد من إعلام الجمهور لدفع وتحفيز المدخرين والمستثمرين وتهيئة جمهور المكتتبين لإنجاح هذا الاكتتاب، كذلك الحال بالنسبة لزيادة رأس المال أو نشر ميزانية الشركات المصدرة.

DOCOULOUX- FAVARD Claude, « Les raisons de l'incrimination pénale des délits boursiers » in Melges AEDBF -France, 1997, p. 178.

17 - Entreprise des industrie alimentaires et dérivé, ERINO, SETIT, op. cit, p. 44.

18- إن فرض المدخر في تحقيق الأرباح وتفادي الخسائر تتعدد وفقا لمسيرة المصدر وازدهاره أو عجزه، لذلك من أجل اتخاذ القرار الملائم يجب ضمان إعلام ملائم حول وضعه، وأفاق المصدر. وإعلام المدخر عند الاكتتاب مضمون قانونا سواء عند التأسيس باللجوء علنية للادخار أو عند زيادة رأس مال الشركة. أيت مولود فاتح، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص. 265.

19- أنظر المادتين 3 و 5 من نظام اللجنة رقم 20-02 (معدل ومتمم).

20- أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 95-458، المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 يتضمن أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، ج رج ج، عدد 80 ، صادر في 24 ديسمبر 1995.

إلا أن هذا الإجراء يتعلق فقط بالشركات المساهمة التي تلجا علانية للادخار، وهذا ما يفهم من نص المادة الثانية فقرة أولى من المرسوم التنفيذي رقم 95- 438 المؤرخ في 23 ديسمبر،يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة و التجمعات ،ج رج ج، عدد 80 صادر في 24 ديسمبر 1995. والتي جاءت تطبيقا للمادة 2/595 من القانون التجاري.

21- أنظر المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي رقم 95-483 السابق الذكر والمادتين 7 و 15 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 96-02 المؤرخ في 22 جوان 1996 المتعلق بالإعلام الواجب نشره من طرف الشركات والهيئات التي تلجأ علانية إلى الادخار عند إصدارها قيما منقولة، جريدة رسمية عدد 36 صادر في 01 جوان 1997.

22- إن مجمل هذه البيانات تضمنها الفصل الأول من ملحق التعليمة رقم 97-03 الصادرة عن لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة الصادرة بتاريخ 30 نوفمبر 1997 المتضمنة تطبيق النظام رقم 96-02، مرجع سابق.

23- إن تأشيرة اللجنة التي تمنحها تكون على شكل وضع رقم وتاريخ على المذكرة الإعلامية التي تصدرها الشركة المصدرة، انظر المادة رقم 04 من التعليمة رقم 97- 03 الصادرة عن لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها بتاريخ 30 نوفمبر 1997.

24- أنظر المادة 13 من النظام رقم 97-03 السابق الذكر.

25- أنظر المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 95-438، مرجع سابق.

26- بمناسبة زيادة (ERIAD SETIF) لرأس مالها فإن التأشيرة التي منحتها لها على مذكرتها الإعلامية المتعلقة بزيادة رأس مالها هي 01/98، بتاريخ 27/06/ 1998.

Voir ; Entreprise et Industrie Alimentaire et Dérivés de Sétif notice d'information, augmentation.de capital en numéraire, Par appel public a l'épargne, op. cit, p. 44.

وللتفصيل أنظر:

VANDIER.A, « Les droits de société à l'épreuve des offres publiques» Revus de jurisprudence commercial, Juillet- Aout 2000, p.p. 243 et 244.

27- إن البيانات التي يجب أن يحتوي عليها الإعلان تضمنتها المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 95/ 438 السابق الذكر.

28- أنظر المادتين 9 فقرة 3 و4 والمادة 12 على التوالي من المرسوم 95/ 438، مرجع سابق.

29- تمثل الميزانية عرضا في وقت معين للوضعية المالية للمؤسسة في صيغة خصوم وأصول وأموال ذاتية تعكس الوضعية المالية للشركة، وتمثل جردا لأموالها، لذلك يقال بأنه يجب وضع حساب جرد مفصل عند طلبه.

AMMAR Héla ép.Ben becher , La protection institutionnelle de l'épargne investis en valeurs mobilières, : l'exemple de la Tunisie, Thèse de doctorat, Université de sciences sociales, Toulese I,2004-2005, p.44 et 45.

30- أنظر القانون رقم 11/07 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007، يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج رج ج، عدد 74 صادر في 25 نوفمبر 2007.

تنص المادة 4 منه على ما يلي : " تلتزم الكيانات التالية بمسك محاسبة مالية:

- الشركات الخاضعة لأحكام القانون التجاري
- التعاونيات
- الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون المنتجون للسلع والخدمات التجارية وغير التجارية، إذا كانوا يمارسون نشاطات مبنية على عمليات متكررة.
- وكل الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين لذلك بموجب نص قانوني أو تنظيمي ".

31- نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 200-02، مؤرخ في 20 جانفي 2000، يتعلق بالمعلومات الواجب نشرها من طرف المؤسسات التي تكون قيمها مسعرة في البورصة ،ج رج ج، عدد 50، صادر في 16 أوت 2000.

32- تواتي نصيرة، ضبط سوق القيم المنقولة الجزائري...، مرجع سابق، ص.ص 32 و33. نقلا عن:
-COURET Alain, LENABASQUE Hervé, COQUELET Marie-Laure ,GRANIER Thierry, PORACCHIA Didier, RAYNOUARD Arnaud, REYGROBELLET Arnaud, ROBINE David, Droit financier, Dalloz, Paris, 2008.p.908.

33-صالح البربري، الممارسات غير المشروعة للأوراق المالية، دراسة قانونية و اقتصادية مقارنة، مركز المساندة القانونية،القاهرة، 2001، ص 254.

34- La directive 2003-06-CE relatif à l'information privilégiée et aux déclarations des dirigeants.
Voir aussi la directive Transpararence 2004-109-CE.

35-أنظر المادة 412 فقرة 1 من القانون النقدي و المالي الفرنسي رقم 2009، المؤرخ في 22 جانفى 2009(معدل و متمم) .www, légifrance.gouv.fr و أنظر كذلك المادتين 222 فقرة 2 و المادة 223 فقرة 1 من النظام العام لسلطة سوق الأوراق المالية الفرنسية .

36 -Voir :L'article 621-14 du code monétaire et financier, op-cit. L'article 01 du règlement 98-09 de la commission des opérations de bourse.

37-للتفصيل أنظر الموقع .https://ggs4.xiti.com

38- صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية واقتصادية، مرجع سابق، ص ص. 254و255.

39 -DOCOULOUX- FAVARD Claude, « Les raisons de l'incrimination pénale des déliboursiers » ,op.cit,pp.178 et 179.

40- وكان ذلك بمناسبة إصدار قانون الأوراق المالية لسنة 1434، أنظر في ذلك: الملحم أحمد عبد الرحمان، حضر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص. 8.

41- تنص المادة 3/10 منه على ما يلي: " يعاقب طبقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه، كل شخص مارس أو حاول ممارسة عمليات على سوق القيم المنقولة أو العقود الآجلة المتداولة، والذي من شأنها الإخلال بالسير العادي للسوق أو مغالطة الغير الذي يكون إما بصفة مباشرة أو عن طريق مساعدة شخص مسخر ".

42 -ABDELATY MOHAMED Mohamed Saïd, La protection pénale de circulation des valeurs mobilières- Etude comparative des droits pénaux français et égyptien-, Thèse de doctorat en droit, faculté de droit et de science politique, d'Aix- Marseille, 2007,pp.24.

43-قانون رقم 03-04، مؤرخ في 17 فيفري 2003، يعدل و يتمم المرسوم التشريعي رقم 93-10،مؤرخ في 23 ماي 1993،يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج رج ج، عدد 11 صادر في 19 فيفري 2003.

44- حمليل نوارة، " جنحة استغلال معلومات امتيازيه في البورصة *بين* اختصاص القاضي وسلطة ضبط السوق المالية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، عدد 2، 2007، ص. 118، انظر كذلك: أيت مولود فاتح، " استغلال معلومات امتيازيه في قانون البورصة الجزائري "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، 2009، ص ص. 197و 199.

45- على هذا الأساس أقر القضاء الفرنسي بموجب الحكم الصادر في 28 جانفي 1985 بأن التوقعات الصحفية لارتفاع أسعار الأوراق المالية لا تعتبر من قبيل المعلومات الامتيازية، لأنها ليست إلا آراء وتوقعات من طرف الصحافيين وليس من الخبراء الاقتصاديين الذين يعملون كمهنيين في السوق المالية الفرنسية، لذلك ليس لها أن تؤثر في أسعار الورقة المالية.

DUCOULOUX FAVARD Claud, Droit pénal des affaires , op.cit, p. 162.

46- حمليل نوارة، " جنحة استغلال معلومات امتيازيه في البورصة *بين* اختصاص القاضي وسلطة ضبط السوق المالية"، مرجع سابق، ص. 118.أنضر كذلك :أيت مولود فاتح، "استغلال معلومات امتيازيه في قانون البورصة الجزائري"، مرجع سابق، ص.212.

47- الملحم أحمد عبد الرحمان، حضر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل في الأوراق المالية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 21.

48- في القانون الفرنسي يمكن مساءلة الشخص المعنوي عن جريمة تسرب معلومات خاطئة وهذا حسب ما نصت عليه المادة 465-3 من قانون النقد والمال، أما في القانون الجزائري فإن الأمر مستبعد وذلك بتطبيق نص المادة 51 مكرر من الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات ،معدل و متمم، ج رج ج،عدد 49، صادر في 11 جوان 1966.

49- الفاعل الأصلي هو الشخص الذي يقوم بنشر المعلومة، أما الشريك هو الشخص المستفيد من نشر المعلومة.

ANTALI Jasem, La protection des opérations de bourse : Etude comparée en droit Français, Emiratie et Egyptien, Thèse de doctorat, Panthéon- Sorbonne, Paris I, 2006, p. 327.

50 - Ibid, p. 322.

51- أيت مولود فاتح، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص. 423، نقلا عن بوريشة منير، المسؤولية الجنائية للوسطاء الماليين في عمليات البورصة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص. 195.

Voir aussi : ANTALI Jasem, La protection des Operations de bourse, op. cit, p. 332.

52- كان التلاعب في أسعار القيم المنقولة أو المضاربة غير المشروعة من أكثر الأفعال غير المشروعة التي كانت تقع في بورصات الأوراق المالية في الولايات المتحدة الأمريكية، ولقد أثبتت ذلك التحقيقات التي قام بها الكونغرس الأمريكي عقب أحداث الكساد الكبير الذي سادت هذه الفترة (ما بعد سنة1929) .

محمد فاروق عبد الرسول، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2007، ص. 122.

53 - DEVAUPLANE Hubert et BORNET Jean Pierre, Les marchés financier, 3 eme édition, Edition Litec, Paris, 2001, p. 929.

54- محمد فاروق عبد الرسول،، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية، مرجع سابق، ص. 134.

55- هذا حسب أحكام المادة 08 من الأمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم.

الغرف الإفريقية الاستثنائية كآلية لمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية*

شراد محمد، أستاذ مساعد قسم "أ"،
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

CHERRAD Mohammed, M A"A",
Département des Enseignements de Base en Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

شهدت معظم دول القارة الإفريقية لعقود مضت انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان ارتكبت من خلالها كل الجرائم الدولية بوصف القانون الدولي الجنائي تبعها إفلات مرتكبيها من العقاب، عدا بعض المحاكمات الدولية المتأخرة في ظل عجز القضاء الجنائي الوطني عن تفعيل اختصاصه لاعتبارات عدة.

وبالموازاة مع ذلك لجأ الاتحاد الإفريقي بالاتفاق مع دولة السنغال إلى إنشاء ولأول مرة محكمة جنائية دولية ذات طبيعة خاصة للنظر على سبيل الحصر في الجرائم المرتكبة في دولة تشاد في فترة حكم الرئيس المخلوع حسين حبري ، هذه المحكمة تعد نقلة نوعية في العدالة الجنائية الدولية باعتبارها أكثر فعالية في المحاكمة وتوقيع العقاب و أكثر رضائية للضحايا من جهة ،و من جهة أخرى حافظت على سيادة الدول الإفريقية من كل أشكال تدخل الاختصاص الجنائي الدولي أو الأجنبي.

وبالفعل أنشأت المحكمة وقامت بمحاكمة المتهم حسين حبري باعتباره المسؤول الأول على الجرائم الوقعة بتشاد بعد سلسلة من التحقيقات التي أجرتها وأصدرت حكمها عليه بالسجن المؤبد بتاريخ 2016/06/30.

الكلمات المفتاحية:

الجرائم الدولية، القضاء الوطني، القضاء الجنائي الدولي، مرتكبوا الجرائم الدولية، الغرف الإفريقية الاستثنائية، الإفلات من العقاب، حسين حبري.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/10/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Extraordinary African Chambers as a Mechanism for Prosecuting Perpetrators of International Crimes

Abstract:

For decades, the most states of African continent has witnessed gross violations of human rights in which all international crimes have been committed under international criminal law, followed by the impunity of the perpetrators, with the exception of some international prosecutions in light of the inability of the national criminal court to exercise its jurisdiction for several reasons.

In parallel, the African Union, in agreement with the State of Senegal, established for the first time an international criminal court of a special nature to look exclusively at the crimes committed in the State of Chad under the rule of deposed President Hissène Habré. This Court is a qualitative leap in international criminal justice In the trial and punishment and more consensual to the victims on the one hand, and on the other maintained the sovereignty of African countries from all forms of interference international criminal jurisdiction or foreign.

Indeed, the Tribunal established and tried the accused Hissène Habré as the chief culprit of the crimes in Chad after a series of investigations and sentenced him to life imprisonment on 30 June 2016.

Keywords:

International Crimes, national jurisdiction, international criminal jurisdiction, The perpetrators of international crimes, Extraordinary African Chambers, Impunity, Hissène Habré .

Les chambres africaines extraordinaires en tant que mécanisme de poursuite des auteurs de crimes internationaux.

Résumé :

Pendant des décennies, La plupart des états de le continent africain a été victime de violations flagrantes des droits de l'homme dans lesquelles tous les crimes internationaux ont été commis en vertu du droit pénal international, suivis de l'impunité des auteurs, à l'exception de certaines poursuites internationales à la lumière de l'incapacité du criminel national Pour exercer sa compétence pour plusieurs raisons.

Parallèlement, l'Union africaine, en accord avec l'État du Sénégal, a créé pour la première fois une cour pénale internationale de nature spéciale pour se pencher exclusivement sur les crimes commis dans l'Etat du Tchad sous le régime du président déchu Hissène Habré. Cette Cour est un saut qualitatif de la justice pénale internationale Dans le procès et la peine et plus consensuelle aux victimes d'une part, et d'autre part a maintenu la souveraineté des pays africains de toute forme d'ingérence juridiction pénale internationale ou étrangère.

En effet, le Tribunal a établi et jugé l'accusé Hissène Habré en tant que principal responsable des crimes au Tchad après une série d'enquêtes et l'a condamné à la réclusion à perpétuité le 30 juin 2016.

Mots-clés:

Crimes internationaux , juridiction nationale, juridiction pénale internationale, Les auteurs de crimes internationaux, Chambres extraordinaires africaines, Impunité, Hissène Habré .

مقدمة

شهدت معظم دول القارة الإفريقية على مر عقود ماضية انتهاكات خطيرة و فضيعة لحقوق الإنسان من قتل وتعذيب وتنكيل واغتصاب و غيرها من الجرائم التي تهز ضمائر

الإنسانية جمعاء ،وهي بذلك جرائم دولية يعاقب عليها القانون الجنائي الوطني والدولي على حد سواء .

وبالموازاة مع ذلك تحرك المجتمع الدولي بإنشاء محاكم جنائية خاصة وعلى رأسها المحكمة الجنائية الخاصة لرواندا ومحكمة سيراليون للنظر في الجرائم التي ارتكبت في هذين البلدين على التوالي. كما كان للمحكمة الجنائية الدولية بعض الأثر في تفعيل اختصاصها في ملاحقة البعض ممن ارتكبوا جرائم حرب أو تعذيب أو جرائم إبادة جماعية أو جرائم ضد الإنسانية في القارة السمراء، لكن في المقابل واجهت المحكمة الجنائية الدولية الدائمة إشكالات إجرائية وموضوعية من طرف قادة الدول الإفريقية وصلت إلى حد المطالبة من الانسحاب من المحكمة[1].

وفي الفترة الأخيرة عرف القضاء الجنائي الدولي على الصعيد الإفريقي نقلة نوعية بخصوص العدالة الجنائية الدولية بمناسبة إنشاء أول محكمة جنائية إفريقية خاصة تختص بمحاكمة مرتكبي جرائم دولية ارتكبت في دولة تشاد ، هذا الانجاز يعد تحولا هاما في سياسة مكافحة الإفلات من العقاب والحد من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في إفريقيا .

أخذت المحكمة الجنائية الإفريقية الخاصة تسمية الغرف الإفريقية الاستثنائية أو الغرف الإفريقية غير العادية (Chambres africaines extraordinaires) أسست باتفاق بين الاتحاد الإفريقي ودولة السنغال للاختصاص بالنظر في جرائم دولية وقعت في دولة تشاد في الفترة الممتدة بين 07 يونيو 1982 و 01 ديسمبر 1990 وهي فترة حكم الرئيس التشادي السابق حسين حبري[2].

يثيرنا التساؤل هنا حول ماهو الإطار القانوني والموضوعي للغرف الإفريقية الاستثنائية وما مدى تأثير انشائها في الحد من الإفلات من العقاب في إفريقيا؟

للإجابة عن هذه التساؤلات وأخرى نتناول هذا الموضوع من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: الإطار العام للغرف الإفريقية الإستثنائية

المطلب الأول: مفهومها

الفرع الأول: التعريف بالغرف الإفريقية الاستثنائية .

الفرع الثاني: دوافع وأسباب إنشائها.

المطلب الثاني: تحديد نطاق اختصاصها وخصائصها.

الفرع الأول: تحديد نطاق اختصاصها,

الفرع الثاني: خصائصهامقارنة مع محكمة مشابهة لها

المبحث الثاني: أثر إنشاء المحكمة على الحد من الإفلات من العقاب

المطلب الأول: طبيعة الحكم الصادر عن المحكمة وأثره على العدالة الجنائية
المطلب الثاني: فعالية الاختصاص الجنائي العالمي للحد من انتهاكات حقوق الإنسان

المبحث الأول: الإطار العام للغرف الإفريقية الاستثنائية

على الرغم من تعدد الآليات القضائية الجنائية الدولية بالنظر في الجرائم الدولية على غرار جرائم الحرب والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية إلا أن المجتمع الدولي خاصة على المستوى الإقليمي مازال يبحث دائما على إيجاد الآليات التي تحفظ سيادة الدول وتحقق العدالة الدولية وفي هذا الاتجاه عمد الاتحاد الإفريقي إلى إيجاد آلية الغرف الإفريقية الاستثنائية كمحكمة طابعها وطني إقليمي لمحاكمة من ارتكبوا جرائم دولية في دولة تشاد.

المطلب الأول: مفهوم الغرف الإفريقية الإستثنائية

الفرع الأول: التعريف بالغرف الإفريقية الاستثنائية

هي محكمة جنائية إفريقية خاصة أنشأت بموجب اتفاق بين الاتحاد الإفريقي والسنغال للنظر في جرائم التعذيب وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت في تشاد في الفترة الممتدة ما بين 07 جوان 1982 و 01 ديسمبر 1990 تضمن نظامها الأساسي تقريبا أهم الأحكام الأساسية العامة التي تضمنها ميثاق المحكمة الجنائية الدولية ما عدا ما تعلق منها بخصوصية إنشاء هذه المحكمة من حيث اختصاصها الشخصي والمكاني.

1- تاريخ إنشاء المحكمة:

- أنشئت الغرف الإفريقية الاستثنائية بعد توقيع السنغال على معاهدة إنشائها مع الإتحاد الإفريقي بتاريخ 22أوت 2012 .

- صودق على نظامها الأساسي بتاريخ 2013/01/30 وافتتحت أعمالها في 2013/02/08 بالعاصمة السنغالية دكار.

2- تشكيلة المحكمة:

جاءت تسمية المحكمة بالغرف لأنها بالفعل تتشكل من أربع غرف استثنائية على النحو الآتي بيانه:

أ/- الغرفة الإفريقية الاستثنائية للتحقيق: تتكون من أربعة قضاة تحقيق ذوي جنسية سنغالية، و اثنان من القضاة معوضين ذوا جنسية سنغالية، يعينهم رئيس مفوضية الإتحاد الإفريقي باقتراح من وزير العدل السنغالي (حسب المادة1/11 من نظام الغرف الإفريقية الاستثنائية).

ب/- الغرفة الإفريقية الاستثنائية للإتهام: تتكون من ثلاث قضاة ذوي جنسية سنغالية، وقاض معوض ذو جنسية سنغالية، يعينهم رئيس مفوضية الإتحاد الإفريقي باقتراح من وزير

العدل السنغالي واثنان من كتاب محاكم (حسب المادة 2/11 من نظام الغرف الإفريقية الاستثنائية).

ج/- الغرفة الإفريقية الاستثنائية للجنايات : تتكون من رئيس واثنان من القضاة ذوي جنسية سنغالية، وواثنان من القضاة معوضين ذوا جنسية سنغالية، يعينهم رئيس مفوضية الإتحاد الإفريقي باقتراح من وزير العدل السنغالي رئيس الغرفة يكون من دولة أخرى عضو في الاتحاد الأفريقي.(حسب المادة 3/11 من نظام الغرف الإفريقية الاستثنائية).

د/- الغرفة الإفريقية الاستثنائية لاستئناف الجنايات :تتكون من رئيس واثنان من القضاة ذوي جنسية سنغالية، واثنان من القضاة معوضين ذوا جنسية سنغالية، يعينهم رئيس مفوضية الإتحاد الإفريقي باقتراح من وزير العدل السنغالي رئيس الغرفة يكون من دولة أخرى عضو في الاتحاد الأفريقي(حسب المادة 4/11 من نظام الغرف الإفريقية الاستثنائية).

ما يلاحظ على تشكيلة الغرف الإفريقية الاستثنائية أن قضاتها سنغاليون ما عدا رؤساء الغرفة الإفريقية الاستثنائية للجنايات و الغرفة الإفريقية الاستثنائية لاستئناف الجنايات ضف إلى ذلك إلحاقها بالمحاكم الجنائية السنغالية ، الأمر الذي يعطيها طابعا وطنيا أكثر منه دوليا مقارنة بالمحاكم المختلطة التي أنشأها مجلس الأمن الدولي كمحكمة سيراليون مثلا .

الفرع الثاني: دوافع إنشاء الغرف الإفريقية الاستثنائية

ارتبط إنشاء الغرف الإفريقية الاستثنائية بمجموعة من العوامل القانونية منها والسياسية ؛

أولا- أثر قرار محكمة العدل الدولية (بلجيكا ضد السنغال) في إنشاء المحكمة (التسليم أو المحاكمة) :

أصدرت محكمة العدل الدولية بتاريخ 20 جويلية2012 قرارا بخصوص المحاكمة أو التسليم في النزاع الذي رفعته بلجيكا ضد السنغال حول محاكمة الرئيس التشادي السابق عن ارتكابه جرائم دولية أثناء فترة حكمه جاء فيه على دولة السنغال محاكمة حسين حبري أمام محاكمها الوطنية باعتبارها دولة مصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لسنة 1984 أو تسليمه إلى بلجيكا المتنازعة معها.

وهو ما أكده الاتفاق المبرم بين الإتحاد الإفريقي وجمهورية السنغال بخصوص إنشاء الغرف الإفريقية الاستثنائية في ديباجته[3] وعلى هذا الأساس فقد كان لقرار محكمة العدل الدولية دافعا هاما في سبيل اتخاذ السنغال خطوة ايجابية نحو محاكمة حسين حبري وهو ما تم بالفعل.

ثانيا-رغبة الإتحاد الإفريقي في تقويض اختصاص محكمة الجنايات الدولية في إفريقيا:

تمر العلاقة بين محكمة الجنايات الدولية والدول الإفريقية بمفترق طرق خاصة بعد صدور مذكرة اعتقال بحق الرئيس السوداني عمر حسن البشير بتهمة ارتكاب جرائم ضد الإنسانية في 2008، حيث أصدر الإتحاد الإفريقي قرارات متتالية تنص على عدم التعاون مع المحكمة كان آخرها في قمة مايو /2013 المنعقدة في أديسا بابا حيث صوتت 53 دولة ضد قرار المحكمة الخاص بكينيا مقابل صوت واحد لبتسوانا مؤيد للقرار، اتهم خلالها الإتحاد الإفريقي الجنائية الدولية " باستهداف عنصري " للقارة الإفريقية.[4]

وهنا دون الدخول في الخلفيات السياسية لمحكمة الجنايات الدولية بإيعاز من مجلس الأمن الدولي في العمل بازدواجية المعايير في تحريك الدعوى الجنائية الدولية أو الخلفيات السياسية أيضا لقادة دول الإتحاد الإفريقي للخوف من الملاحقة الجنائية الدولية ،فإن إنشاء محكمة جنائية افريقية يعد تحديا مشروعا للإتحاد الإفريقي و إثباتا للمجتمع الدولي بقدرة القضاء الإفريقي بمحاكمة المتهمين الأفارقة داخل القارة الإفريقية هذا من جهة ومن جهة أخرى توجيه رسالة إلى الجنائية الدولية بالكف عن ملاحقة الأفارقة والسعي نحو عالمية القوانين الجنائية الإفريقية .

ثالثا- قصور مبدأ إقليمية القانون الجنائي في محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية:

مؤدي مبدأ الإقليمية أن القانون الجنائي للدولة هو الواجب التطبيق داخل نطاق الدولة، ويستبعد من التطبيق أي قانون جنائي آخر، فالقاعدة السائدة في التشريعات الوطنية تطبيق مبدأ الإقليمية على كافة الجرائم المرتكبة على إقليم الدولة، وما في حكمه "السفن والطائرات" باعتباره مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، حيث يرتبط تطبيقه بوقوع الجريمة كلها أو بعضها داخل إقليم الدولة[5].

إلا أنه رغم الاعتبارات التي استدعت صياغة هذا المبدأ، فإن تطبيقه بهذا المفهوم، على الجرائم الدولية لم يحل من النقد والنقص في ردعها ويثير العديد من الإشكاليات منها:

أ- ارتكاب الجريمة في مكان لا يخضع لأي سيادة إقليمية .

ب- لجوء الجاني إلى دولة بعد ارتكاب جريمة في دولة أجنبية، فمبدأ الإقليمية يخطر محاكمته في دولته، كما أنه لا يمكن تسليمه للسلطات الأجنبية، لعدم جواز تسليم مواطني دولة الملجأ.

ت- ارتكاب السلطة ذاتها للجريمة، حيث لا يصور أن يحاكم الأفراد في هذه الدولة أنفسهم أمام محاكمهم الداخلية، إذ ينظر إلى ما قاموا به من أفعال على أنها من أعمال السيادة التي لا تخضع لولاية القضاء الوطني.

ث- عدم إمكانية تحديد مكان ارتكاب الجريمة الدولية ببقعة جغرافية معينة.

وعلى ذلك لا يتفق تطبيق مبدأ الإقليمية بهذا المفهوم مع فكرة التعاون الدولي في مكافحة الإجرام التي أقرتها العديد من الاتفاقيات الدولية.

ومنه كان لزاما على السنغال تعديل دستورها وقانونها الجنائي الوطني لكي تجعل من محاكمها مختصة بالنظر في الجرائم التي ارتكبها حسين حبري وتدرأ بذلك مشكلة تنازع الاختصاص مع المحاكم الوطنية أو المحاكم الدولية الأخرى.

المطلب الثاني: تحديد نطاق اختصاصها وخصائصها

الفرع الاول: نطاق اختصاص الغرف الإفريقية الاستثنائية:

تختص الغرف الإفريقية الاستثنائية حسب المادة الثالثة [6] من النظام الأساسي المنشئ لها بمحاكمة الأشخاص الرئيسيين المتهمين بارتكاب جرائم دولية منصوص عليها في المواد 8،7،6،5،4 من نظامها الأساسي وهي:

- جريمة الإبادة الجماعية(م 5).
- الجرائم ضد الإنسانية (م 6).
- جرائم الحرب (م 7).
- جريمة التعذيب (م 8).

كما حدد النظام الأساسي للغرف الإفريقية الاستثنائية اختصاصها الزماني والمكاني حسب المادة الأولى [7]، حيث تختص هذه المحكمة بالنظر في الجرائم المذكورة أعلاه الواقعة في دولة تشاد في الفترة الممتدة بين 07 جوان 1982 و 01 ديسمبر 1990.

1- قراءة في اختصاص الغرف الإفريقية الاستثنائية:

ما يمكن أن نستخلصه عند تحليلنا لاختصاص المحكمة العديد من الملاحظات نوردها تواليا:

- فيما يتعلق بالاختصاص الموضوعي فإن المحكمة تختص بالجرائم الأساسية المنصوص عليها في المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بجريمة الإبادة وجريمة الحرب والجرائم ضد الإنسانية وقد جاءت منسوخة في المواد المذكورة أعلاه.
- إضافة جريمة التعذيب إلى اختصاص المحكمة وفي رأينا فإن النص على هذه الجريمة في المادة الثامنة له ما يبرره ، على اعتبار أنها من بين أكبر الجرائم التي مورست في تشاد في أبشع صورها .
- حصر الاختصاص الزماني والمكاني للمحكمة يجعل منها محكمة مؤقتة خاصة بمرحلة معينة لها اختصاص رجعي لا مستقبلي، على عكس المحكمة الجنائية الدولية ويرجع ذلك أن جعل الاختصاص شاملا غير محدد من شأنه ترتيب العديد من الإشكالات المتعلقة بالتحقيق والتعاون الدولي خاصة مع النظام القائم الحالي في تشاد.

- اختصاص المحكمة بمحاكمة أهم مرتكبي الجرائم الدولية في التشاد وعلى رأسهم الرئيس السابق حسين حبري رسالة واضحة خاصة إلى القادة الأفارقة ورؤساء أجهزة الأمن والاستخبارات لردعهم عن القيام بانتهاكات جسيمة في بلدانهم من جهة ومن جهة أخرى صعوبة أن يشمل التحقيق والمتابعة كل من قام أو ساهم في ارتكاب الجرائم الدولية مع إمكانية القضاء التشادي بمحاكمتهم.

2- طبيعة العلاقة بين الغرف الأفريقية الاستثنائية والمحكمة الجنائية الدولية :

بالرجوع إلى الأحكام المنظمة لاختصاص كل من الغرف الإفريقية الاستثنائية والمحكمة الجنائية الدولية بخصوص تنظيم اختصاص كل منهما يتبين لنا استبعاد حدوث تنازع في الاختصاص بين الهيئتين رغم اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من الناحية الموضوعية بالجرائم[8] التي تختص بها الغرف الإفريقية الاستثنائية ومرد ذلك أن هذه الأخيرة حسب المادة الأولى من القانون المنشئ لها تختص بأثر رجعي بالنظر في الجرائم المنصوص عليها في المادة الرابعة من نظامها الأساسي في الفترة الممتدة ما بين07 جوان 1982 و 01 ديسمبر 1990.

أما اختصاص المحكمة الجنائية الدولية حسب المادة 11 الفقرة الأولى من نظامها الأساسي فلا تختص إلا بالجرائم الواقعة بعد بدء نفاذ نظامها بتاريخ 01 جويلية 2002 أي أن ليس للمحكمة الجنائية اختصاص رجعي مطلقا على الجرائم التي تختص بها المحكمة الإفريقية.

الفرع الثاني: خصائصها مقارنة بينها وبين بعض المحاكم المشابهة لها

شهد القضاء الجنائي الدولي في الفترة الأخيرة إنشاء عدد من الهيئات القضائية على غرار محكمة سيراليون والمحكمة الخاصة بلبنان والمحكمة الجنائية العراقية العليا ، كل هذه المحاكم لها ميزات خاصة تتعلق بطريقة إنشائها أو اختصاصها، وسوف نفرد نوعا من هذه المحاكم فيه من التشابه والاختلاف ما يكون محلا للمقارنة وهي محكمة سيراليون.

مقارنة بين الغرف الإفريقية الاستثنائية ومحكمة سيراليون:

عانت سيراليون حربا أهلية مروعة خلال عقد كامل(1991-2001) ارتكبت خلالها أبشع الجرائم من قتل وتعذيب واغتصاب وغيرها من الجرائم التي لا يمكن بالوصف ذكرها[9] بالرغم من اتفاق المصالحة الموقع بين الأطراف المتصارعة برعاية الأمم المتحدة سنة 1996 بل تجددت الأعمال العدائية والانتهاكات بصورة أكبر من ذي قبل.وكانت أول خطوة لإنشاء المحكمة هي صدور القرار رقم 1315[10] من مجلس الأمن بتاريخ 08/14/ 2000 بموجبه كلف الأمين العام للأمم المتحدة بالتفاوض مع حكومة سيراليون وفي 16 يناير 2002 وقعت الأمم المتحدة وحكومة سيراليون على اتفاق إنشاء المحكمة الخاصة [11].

1- المقارنة من حيث الإنشاء:

أنشأت الغرف الإفريقية باتفاق ابرم بين الاتحاد الإفريقي ودولة السنغال أما محكمة سيراليون فأنشأت باتفاق بين دولة سيراليون والأمم المتحدة فيتشابهان من حيث الإنشاء فمحكمة سيراليون لم تنشأ بموجب قرار من مجلس الأمن كما كان عليه الحال بالنسبة للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

ولعل الفرق الجوهري في إنشاء هاتين المحكمتين يكمن في أن الغرف الإفريقية الاستثنائية أنشئت للنظر في جرائم دولية وقعت في غير الدولة التي أبرمت الاتفاق وهي سابقة في تاريخ إنشاء المحاكم الجنائية الدولة الخاصة بإفريقيا أما بالنسبة لمحكمة لسيراليون فأنشئت لمحاكمة مرتكبي جرائم دولية وقعت في سيراليون وليس دولة أخرى.

2- المقارنة من حيث الاختصاص:

أ- بالنسبة للاختصاص الشخصي: كلا المحكمتين يختصان بملاحقة ومحاكمة أهم كبار القادة المجرمين المتهمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في ميثاق إنشائهما، وبالفعل لاحقت محكمة سيراليون الرئيس الليبيري السابق ريتشارد تايلور ولاحقت الغرف الإفريقية الاستثنائية الرئيس التشادي الأسبق حسين حبري؛ تجدر الإشارة أنه ولأول مرة يمثل قادة أفارقة للمثول أمام محاكم جنائية الأمر الذي يشكل تطورا هاما في مكافحة الإفلات من العقاب.

ب- بالنسبة للاختصاص الموضوعي: بالرجوع إلى المواد:2،3،4،5 بالنسبة لمحكمة سيراليون نجد أنها وسعت في اختصاصها الموضوعي لتشمل كل الانتهاكات القانون الدولي الإنساني والاتفاقيات الدولية ضف إلى ذلك الجرائم الداخلية المنصوص عليها في القانون السيراليوني ، أما الغرف الإفريقية الاستثنائية فشمل اختصاصها النظر في فقط في جرائم الإبادة وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم التعذيب كما سبق بيانه في الرابعة من ميثاقها، وهي تقريبا الجرائم التي كانت محل كل المحاكم الجنائية الدولية التي سبقتها.

ج- بالنسبة للاختصاص الزماني والمكاني: تختلف أكيدا المحكمتين فيما يخص الاختصاص الزماني والمكاني وذلك لاختلاف زمن ومكان ارتكاب الجرائم محل اختصاصهما، الغرف الإفريقية الاستثنائية (الجرائم الواقعة في تشاد في الفترة الممتدة مابين: 07 جوان 1982 و 01 ديسمبر 1990)، ومحكمة سيراليون (الجرائم الواقعة في سيراليون منذ تاريخ 30 نوفمبر 1996).

وبالرغم من اختلاف المحكمتين من حيث الاختصاص الزماني والمكاني إلا أنهما يشتركان في كون أنهما تختصان بأثر رجعي على عكس المحكمة الجنائية الدولية الدائمة الأمر الذي استبعد اختصاص هذه الأخيرة.

3- المقارنة من حيث أولوية الاختصاص والقانون الواجب التطبيق:

لا يثار إشكال بالنسبة للغرف الإفريقية الاستثنائية في حدوث تنازع في الاختصاص بينها وبين المحاكم السنغالية طالما أن طبيعتها وطنية أكثر منها دولية إضافة إلى ذلك أنها اختصت بنظر جرائم على أساس مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي لم تقع على أراضيها فهي بذلك تطبق القانون المنشئ لها كأساس والقانون السنغالي كاستثناء.

أما محكمة سيراليون فاختصاصها مشترك مع القضاء السيراليوني طبقا لنص المادة الثامنة فقرة 01 كما أن للمحكمة أسبقية على المحاكم الوطنية في سيراليون(نفس اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا) ويجوز للمحكمة الخاصة في أي مرحلة من مراحل الدعوى أن تطلب رسميا إلى المحكمة الوطنية أن تتنازل لها عن اختصاصها حسب المادة الثامنة الفقرة 02.

المبحث الثاني: أثر إنشاء المحكمة على الحد من الإفلات من العقاب

حققت الدول الإفريقية خطوة هامة في سبيل وضع آليات قانونية أكثر فعالية لمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية بما فيهم الأشخاص المشمولين بالحصانة ، وهي فرصة أيضا لتحقيق ردع عام على مستوى القارة خاصة في ظل صدور حكم بإدانة الرئيس التشادي السابق حسين حبري.

المطلب الأول: الآثار الإيجابية للحكم الصادر من طرف الغرف الإفريقية الاستثنائية بخصوص حسين حبري

يضع الحكم الصادر من طرف الغرف الإفريقية الاستثنائية بخصوص حسين حبري بالحكم علية بالسجن المؤبد نهاية ولو نسبية للإفلات من المساءلة الجنائية والعقاب في إفريقيا، كما أنه يحقق تعويضا معنويا وشعورا بالرضا لأقارب حوالي أربعون ألف قتيل خلال الفترة التي قضاها حبري رئيسا لتشاد(1982-1990)بالإضافة إلى آخرين تعرضوا للاختطاف والاغتصاب والتعذيب خلال الفترة المذكورة. ومهما يكن من أمر فإن المحاكمة في حد ذاتها إنجازاً كبيراً في سبيل القتال الطويل والشاق ضد الإفلات من المساءلة والعقاب، وخاصة وأن أفريقيا بدأت بالسير صوب إقرار حكم القانون، وسوف تشكل هذه المحاكمة نموذجا لقدرة مؤسسات القارة الأفريقية والدول مجتمعة أو على إنفراد للإقدام على خطوات مماثلة، كما أنها دليل على قدرة الأفارقة لتولي شؤونهم الخاصة في بعض الأوقات[12].

إنشاء الغرفة الاستثنائية الإفريقية هو تأكيد على سيادة إفريقيا على البت في قضاياها الخاصة وهو تعبير عن نضج ديمقراطي، ومطلب باستقلال القضاء الإفريقي عن التبعية القضائية للدول المستعمرة.

وعليه سوف تتوالى مثل هذه المحاكمات والأحداث، وذلك لوعي الأفارقة وميلهم صوب تحقيق العدل، والإحساس العام بأن لا حصانة تدوم لأي مسؤول كان، وأن الحصانة الوحيدة المتاحة لأي شخص، رئيساً كان أو مرؤوساً هي طبيعة أفعاله فقط ولا شيء سوى ذلك.

المطلب الثاني: نحو عالمية الاختصاص الجنائي بالنظر في الجرائم الدولية في إفريقيا

انتظر ضحايا النظام الدكتاتوري التشادي السابق وفي مقدمتهم بينوتشي إفريقيا حسين حبري ما يربو عن 25 عاما ليحاكم جلادهم ومنهم من مات ولم يشهد محاكمته ، هذا التأخر في المحاكمة مرده إلى العديد من العوائق الإجرائية والموضوعية خاصة ما تعلق بالجانب القانوني منها .

فقصور الضوابط التقليدية لاختصاص القضاء الوطني في إفريقيا حالت دون محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية ، فكانت بعض المحاكم الأوروبية تسلب الاختصاص من المحاكم الإفريقية الأصلية استنادا لعالمية قانونها الجنائي.

وبالرجوع إلى القضاء الجنائي الوطني في إفريقيا فإننا نلمس نوعا من التناقض الواضح فيما يخص آثار المعاهدات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان على القانون الوطني بعد المصادقة عليها بحكم أنها في معظم البلدان تسمو على القانون كاتفاقيات جنيف الأربعة واتفاقية مناهضة التعذيب[13] التي تنص على تفعيل عالمية القانون الجنائي الوطني ضد مرتكبي الجرائم الدولية .

وفي هذا الإطار احتجت بلجيكا لدى محكمة العدل الدولية ضد السنغال بخصوص محاكمة حسين حبري أو تسليمه إلى بلجيكا على اعتبار أن السنغال صادق على اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب ، حيث تنص المادة السابعة الفقرة الأولى على مبدأ المحاكمة أو التسليم " -تقوم الدولة الطرف التي يوجد في الإقليم الخاضع لولايتها القضائية شخص يدعى ارتكابه لأي من الجرائم المنصوص عليها في المادة 4 في الحالات التي تتوخاها المادة 5، بعرض القضية على سلطاتها المختصة بقصد تقديم الشخص للمحاكمة ،إذا لم تقم بتسليمه."

وفي هذا المسعى قامت السنغال بتعديل قانونها الجنائي الوطني وجعله قانونا جنائيا عالميا تختص بموجبه بمحاكمة كل شخص ارتكب جريمة دولية وألقي عليه القبض في السنغال وبالتالي انتهت إشكالية تنازع الاختصاص التي كانت مع بلجيكا وامتثلت لقرار محكمة العدل الدولية القاضي بمحاكمة حسين حبري أمام القضاء السنغالي أو تسليمه لبلجيكا وبالفعل حوكم بالتعاون مع الإتحاد الإفريقي عن طريف الغرف الإفريقية

الاستثنائية وصدر في حقه حكما بالسجن المؤبد مع دفع تعويضات للضحايا في 30 جوان 2016[14].

في هذا الاتجاه سعت عدّة دول أفريقية مؤخرا إلى إنشاء آليات تدعو لمحاسبة منتهكي حقوق الإنسان،حيث تبنت حكومة أفريقيا الوسطى في السنة الماضية قانونا لإنشاء دائرة قضائية متخصصة – داخل منظومة المحاكم الوطنية – لمحاكمة جرائم خطيرة ارتُكبت أثناء أعمال العنف القاتلة التي شهدتها البلاد في 2012. ستتكوّن هذه المحكمة الجديدة من قضاة وموظفين محليين وأجانب.

كما تبنى جنوب السودان السنة الماضية اتفاق سلام سمح للاتحاد الأفريقي بإنشاء محكمة مختلطة فيها قضاة وموظفون من جنوب السودان . ودول أفريقية أخرى كساحل العاج والكونغو وغينيا شهدت هي الأخرى ارتفاعا في التحقيقات الجنائية، وأحيانا في محاكمة الانتهاكات الجسيمة.

تبقى النتائج التي ستتحقق من هذه المبادرات مرهونة بمدى الاستعداد السياسي و قدرة القضاء واستقلاليته في تفعيل اختصاصه.

خاتمة

من الأهمية بمكان أن ننوه بميلاد محكمة جنائية إقليمية إفريقية لها الاختصاص بمحاكمة من ارتكبوا أشنع الجرائم الدولية في دولة تشاد ، وهي سابقة في تاريخ القضاء الجنائي الدولي تفتح الباب لعهد جديد في تاريخ العدالة الجنائية الدولية، فاليوم حوكم حسين حبري وغدا أمثاله وربما تتخذ القارة السمراء هذا النهج لتطويق كل ملاذ آمن لمن روعوا ونكلوا بشعوبهم.

كما تعد إقليمية المحكمة فرصة لتسريع إجراءات التحقيق وأكثر تعاونا بين الدول الإفريقية في ظل وجود نية صادقة من الدول والحكومات بعيدا عن الاعتبارات السياسية الضيقة، كما نأمل أن تشهد القارة الإفريقية ميلاد محكمة جنائية إفريقية مختصة بالنظر في الجرائم التي ترتكب على مستوى القارة في ظل تصاعد أعمال العنف والإرهاب وغياب تفعيل آليات الردع لذلك.

الهوامش:

[1] صرح رئيس المفوضية الإفريقية لحقوق الإنسان جون بينغ في مذكرته بخصوص دعمه لفكرة الانسحاب من المحكمة الجنائية الدولية بقوله: "ألا يوجد غير الأفارقة ليحاكموا؟ هذا السؤال الذي نطرحه، إذ توجد مشاكل في سيريلانكا ولم يتدخل مدعي المحكمة الجنائية الدولية، لفعل أي شيء، بل لم يجرؤ على ذلك. وهنالك مشاكل في غزة كما تعلمون، ولم يحرك ساكنا، وفي وضعيات أخرى، مثل العراق، قتل نصف مليون

شخص، استنادا على الأكاذيب، ولم يفعل شيئا"، قبل أن يختم مذكّرته بجملته الشهيرة: "وكأنه لا توجد إشكالات إلا في إفريقيا."

الانسحاب الجماعي الإفريقي من الجنائية الدولية.. هل من بديل؟ مقال على الموقع:

http://islamonline.net/15122. اطلع عليه بتاريخ: 2016/11/12.

(2) حول قضية حسين حبري انظر: بوروبة سامية، معاقبة الجرائم ضد الانسانية بين القانون الدولي والقانون الداخلي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر،2015-2016، ص344-346

(3) استند الاتحاد الإفريقي بخصوص الاتفاق المبرم مع دولة السنغال حول إنشاء الغرف الإفريقية الاستثنائية إلى قرار محكمة العدل الدولية وهو ما جاء في ديباجة الاتفاق:

"Rappelant l'Arrêt de 20 juillet 2012 de la cour internationale de justice sur les questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c Sénégal) ;"

(4) أنظر التقرير الذي أعده د/أدامز أولو، الإتحاد الإفريقي ومحكمة الجنايات الدولية (ترجمة الحاج ولد ابراهيم) تقارير مركز الجزيرة للدراسات 23يونيو2013.على الموقع:

http://studies.aljazeera.net/ar/reports/2013/06/2013624114525423673.html

اطلع عليه بتاريخ: 2017/01/20

(5) انتهت دراسة هارفارد بمشروع اتفاقية الاختصاص بنظر الجرائم لسنة 1935 إلى إرساء خمسة مبادئ معترف بها من الدول للاختصاص بولاية النظر:

1- مبدأ الإقليمية: ويتعلق الاختصاص بمكان ارتكاب الجريمة.

2 – مبدأ الجنسية : ويتعلق الاختصاص بجنسية مرتكب الجريمة.

3-مبدأ المصلحة : ويتعلق الاختصاص بالمصلحة القومية التي لحقها الضرر.

4- مبدأ العالمية : ويتعلق الاختصاص هنا بمكان القبض على المتهم .

5-مبدأ شخصية المجني عليه: ويتعلق الأمر بجنسية المضرور من الجريمة.

وقد اعتمد القائمون بالمشروع في جامعة هارفارد المبادئ الأربعة الأولى و أسقطوا المبدأ الخامس.

أمجد هيكل ، المسؤولية الجنائية الفردية الدولية أمام القضاء الجنائي الدولي، الطبعة الثانية 2009، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص342.

(6) تنص المادة الثالثة من النظام الأساسي للغرف الإفريقية الاستثنائية على ما يلي:

"1. Les Chambres africaines extraordinaires sont habilitées à poursuivre et juger le ou les principaux responsables des crimes et violations graves du droit international, de la coutume internationale et des conventions internationales ratifiées par le Tchad, commis sur le territoire tchadien durant la période allant du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990.

2. Les Chambres africaines extraordinaires peuvent choisir de poursuivre les crimes les plus graves relevant de leur compétence."

(7) **تنص المادة الأولى من النظام الأساسي للغرف الإفريقية الاستثنائية على ما يلي:**

"L'objet du présent Statut est de mettre en œuvre la décision de l'Union africaine relative à la poursuite par la République du Sénégal des crimes internationaux commis au Tchad entre le 7 juin 1982 et le 1er décembre 1990, et conformément aux engagements internationaux du Sénégal."

(8) تنص المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة: " يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره ، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية:

(أ) جريمة الإبادة الجماعية؛

(ب) الجرائم ضد الإنسانية؛

(ج) جرائم الحرب؛

(د)جريمة العدوان؛"

[9] وصف المدير التنفيذي لقسم إفريقيا بمنظمة مراقبة حقوق الإنسان (هيومن رايتس ووتش) بشاعة انتهاكات القانون الدولي الإنساني في سيراليون بقوله: " لقد اشتهرت الحرب في سيراليون ببتر الأيدي والأرجل ، أما الاغتصاب فقد لا يكون ظاهرا بنفس الطريقة ، لكن لا يقل فداحة بأي شكل من الأشكال عن ظاهرة البتر".

منشور على:

http://www.hrw.org/arabic/press/2003/sl0116.htm

اطلع عليه بتاريخ: 2017/01/13

[10] قرار مجلس الامن ، وثيقة رقم(2000) S /RES/1315

[11] **للإطلاع على النظام الأساسي لمحكمة سيراليون، منشور باللغة العربية على الأنترنت على موقع المركز الدولي للعدالة الانتقالية ، وثيقة مترجمة رسميا بمعرفة المركز ومنشور على:**

http://198.170.242.9/arabic/specialcourtstatute2002.pdf

اطلع عليه بتاريخ: 2017/02/17

[12] قال رئيس الائتلاف العاجي للمحكمة الجنائية الدولية علي وتارا انه "مسرور لان إفريقيا حاكمت إفريقيا. نأمل أن تتمكن أفريقيا من محاكمة الأفارقة بشكل دائم ونأمل أن تكون المحكمة الجنائية قائمة، كدعامة لنا، بوصفها هيئة قضائية مكملة."

وأضاف وتارا "عندما لا يؤدي الإفريقيون عملهم في مجال القانون والعدل، يمكن حينها أن تتدخل المحكمة الجنائية الدولية مثل شرطي."

وتابع "طالما أن كل مواطن إفريقي هو ضحية محتملة لقادتنا، بالمثل فان كل رئيس دولة وكل شخص مهم هو زائر محتمل لدى المحكمة الجنائية الدولية أو للمحاكم الإفريقية."

إفريقيا مطالبة بتطبيق عدالة دائمة بعد إدانة حبري مقال منشور بجريدة الغد على الموقع:

http://www.alghad.com/prints/941941

اطلع عليه بتاريخ: 2016/10/15

[13] **اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة اعتمدتها الجمعية العامة وفتحت باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها في القرار 46/39 المؤرخ في 10 كانون الأول / ديسمبر 1984 ، تاريخ بدء النفاذ: 26 حزيران/ يونيه 1987،وفقا للمادة 27(1).**

[14] **وفي هذا الإطار علق المحامي الأمريكي** Reed Brody **بعد صدور الحكم على حسين حبري بقوله:**

« Je pense que ce procès a vocation à être historique pour le Tchad et pour l'Afrique. Il va montrer que de simples victimes peuvent, par leur action et leur persévérance, arriver à faire juger un dictateur C'est la première fois, non seulement en Afrique mais dans le monde, que les tribunaux d'un pays jugent un ancien dirigeant d'un autre pays pour des crimes présumés de droits humains ».

La compétence universel, une arme contre l'impunité, interview par Christine Laroque, courrier de l'ACAT , p.43. Voir le site : www.acatfrance.fr/public/c328-int-web-dossier-comp-univ.pdf consulté le : 19/02/2017

جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت
(دراسة في القانون الأمريكي والعراقي)*

سحر فؤاد مجيد،
مدرس مساعد،
كلية القانون،
جامعة بغداد، العراق.

Sahar Fouad Majeed ,
Assistant Lecturer ,
College of Law,
Baghdad University, Iraq.

الملخص:

تُعد جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت"الدعارة المصوره أو الإباحية الجنسية"Child Pornography أحدى جرائم استغلال الأطفال، ومن أسوء جرائم وسائل الإعلام والإتصال بأنواعها كافة لأنها تستغل الأطفال فعلياً، كما أنها من الجرائم التي تمس الأخلاق والآداب العامة للمجتمع وفقاً لقوانين مختلف الدول، وقد زاد انتشارها خلال ثمانينات وتسعينيات القرن الماضي، ويرجع الفضل في ذلك للثورة التكنولوجية الهائلة التي شهدها العصر خلال العقود الأخيرة، كذلك قلة التشريعات العقابية العابرة الحدود، إذ معها يقف القانون الجنائي التقليدي عاجزاً عن مواجهتها، لذا انقسمت الدول بمواجهة الجريمة، أما بتشريعات عقابية مستقلة أو بالقوانين العقابية التقليدية، كما تُمثل الجريمة إنتهاكاً صريحاً لحقوق الطفل، إذ يُجبر الطفل على استغلاله ومعه تمتد أثار الجريمة إلى بلوغه ووفاته .تتجلى أهمية البحث في كونه يتناول قضية حساسه، كون التعامل مع هذه القضية ليس مألوفاً في الثقافة الشرقية، وبالتالي قد تسهم في تعريف المجتمع بتلك القضية التي تعد من أهم القضايا التي طرحت نفسها على جدول أعمال الدول وخاصة المهتمين بحقوق الطفل.

الكلمات المفتاحية:

أطفال، تحرش جنسي عبر الإنترنيت، إباحية جنسية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/05/21 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

The Crime of Children sexual harassment in the Internet
(A Study Under US and Iraqi law)

Abstract:

Child Pornography is a serious crime and one of child exploitation crimes, the worst of media and communication crimes, also, it is one of the crimes that affect ethics and morals of society according to the laws of different countries.

Child Pornography doesn't consider a new phenomenon; and it increased during the eighties of the last century because the enormous technological revolution in the era in recent decades, as well as the lack of cross-border punitive legislation, as with the traditional criminal law stands unable to face it.

The legislators are divided confronting this crime whether by independent punitive legislation or traditional punitive laws.

Thus, The importance of research being reflected in dealing with a sensitive issue especially in the eastern culture, and thus may contribute to define the community that issue which is considered one of the most important issues raised itself on the agenda of international and local countries, especially those interested in children's rights.

Keywords:
Children, Child Pornography, sexual harassment.

Crime de pornographie juvénile selon
(Étude réalisée en vertu de la législation irakienne et américaine)

Résumé :

La pornographie juvénile est un crime grave et un crime d'exploitation d'enfants, le pire des crimes liés aux médias et à la communication, et c'est aussi un des crimes qui affectent l'éthique et la morale de la société selon les lois des différents pays. La pornographie enfantine n'est pas considérée comme un phénomène nouveau; Et il a augmenté au cours des années quatre-vingt du siècle dernier parce que l'énorme révolution technologique à l'époque au cours des dernières décennies, ainsi que l'absence de législation punitive transfrontalière, comme avec le droit pénal traditionnel est incapable de faire face. Les pays sont divisés face à ce crime, que ce soit par des lois punitives indépendantes ou des lois punitives traditionnelles. L'importance de la recherche se reflète dans une question délicate, en particulier dans la culture orientale, et peut donc contribuer à définir la communauté qui est considérée comme l'une des questions les plus importantes soulevées à l'ordre du jour des pays internationaux et locaux, Intéressés par les droits de l'enfant.

Mots clés:
Enfants, Pornographie juvénile, harcèlement sexuel.

مقدمة

الجنس أو بالأدق الغريزة الجنسية هي أمر طبيعي بل ضروري في حياة الكائنات الحية جميعاً، كي يبقى النوع البشري ويعّمر هذا الكون، إذ هي فطرة بشرية ومن ضرورات الحياة الإنسانية، فلم تخلقْ لكونها متعةبذاتها بل وسيلة لتحقيق حفظ النوع، وساهمت القيم الدينية والأخلاقية والقواعد القانونية في تنظيمها وتوجيهها بمجموعة من القيود تكفل تحقيق الأغراض التي تستهدفها هذه القواعد.وفي عالمنا السريع التطور ظهرت شبكة الإنترنيت التي أصبحت عصب الحياة بأختلاف مجالاتها، اسُتخدمت كأداة لإرتكاب الجرائم ومنها الجرائم المستحدثة التي سخرت التقانة الحديثة في إرتكابها ومنها جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت.إذتمثل تجارة الصور والأفلام الإباحية للأطفال من العوامل

التي تسهم في إساءة معاملة الأطفال جنسياً وعلى نطاق تجاري إذ تحتل مكانه بارزة ومربحه في سوق الصور والفن الإباحي المزدهر عالمياً.إذ يُعد هذا الإنتاج إنتهاكاً صريحاً لحقوق الأطفال وإساءه في معاملته ومايرافقهامن آثار وإضطرابات نفسية وجسدية التي تترك أثرها في نموّه الجسدي والنفسي على المدى الطويل التي تجعله غير سويّاً مع غيره.وغالباً ما تستخدم القوة في إجبار الأطفال دون سن الثامنة عشرة من قبل البالغين على التصوير الإباحي وغيرها من صور الإباحية الجنسية.من هنا جاء بحثنا هذا ليسلط الضوء على هذه الجريمة، وبناءً على ذلك، سنتناول هذه الدراسة ثلاثة مباحث :الأول: مفهوم جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت، والثاني: صور جريمة التحرش الجنسي بالاطفال عبر الإنترنيت، وأخيراً: الموقف القانوني من جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت.

المبحث الأول: مفهوم جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت

أدى إعتماد الجيل الجديد على الإنترنت والإعلام الإلكتروني إلى تضاعف تعرّضه لموضوع الجنس بكل أشكاله وزواياه، وقد أدى الاستخدام الواسع للإنترنيت إلى إتاحة الوسائل لصناعة الإباحية الجنسية (Pornography Industry) وظهور تجارة الجنس الخاص بالأطفال لما تعرضه من صور ومقاطع فديو لأطفال حقيقين أو أفتراضيين في أوضاع جنسية.سنتناول هذا المبحث في مطلبين: مفهوم الطفل، ومفهوم التحرش الجنسي مطلباً ثانياً.

المطلب الأول: مفهوم الطفل

أختلفت تشريعات دول العالم في وضعها تعريفاً للطفل يحدد مفهومه في قوانينها، إذ تميل الدول المتقدمة في أطالة مرحلة الطفولة لأسباغ المزيد من الحماية القانونية للطفل ورعايته من النواحي العقلية والنفسية والإجتماعية وعدم تعريضه للمسائلة الجنائية، على عكس الدول الفقيرة التي تميل إلى تقصير مرحلة الطفولة لأسباب إقتصادية وإجتماعية [1]، وعليه سنتاول الموضوع على الشكل التالي:

أولاً: القانون الأمريكي: تختلف تعريفات الطفل في القانون الأمريكي، إذ أطلق قانون خصوصية الأطفال عبر الإنترنيت تعبير"طفل" على كل شخص لم يتجاوز الثالثة عشرة من العمر [2]، بينما أطلق قانون منع إساءة الأطفال ومعاملتهم لعام 2010، في الفصل الثالث/ المادة 1، لفظ " طفل" على كل شخص لم يتم الثامنة عشرة من العمر، فيما استثنت المادة الثانية من القانون بقولها بأنه يحدد عمر الطفل وفق قانون حماية الطفل الخاص بولاية الطفل في حالة الإعتداء الجنسي [3]، إلا أنه عموماً تشير أغلب قوانين الإباحية الجنسية الفدارلية، بانه يعد طفلا كل من لم يتجاوز الثامنة عشرة من العمر، ومن هذه القوانين(

قانون الاستغلال الجنسي 18 U.S. Code § 2251، قانون بيع وشراء الأطفال 18 U.S. Code §A2251، قانون أنتاج التصوير الجنسي الصريح لقاصر لإجل استيراده في داخل الولايات المتحدة 18 U.S. Code § 2260، قانون التمثيلات البصرية الفاحشة للإعتداءات الجنسية على الأطفال 18 U.S. Code § A1466 وغيرها) [4] ، وقد أطلق قانون حماية حالة الاطفال الذي وقعه الرئيس الامريكي جورج بوش عام 2002، تعبير قاصر على من أكمل الواحدة والعشرين من العمر [5].

ثانياً القانون العراقي:لم يردْ في نصوصه التي نظمت حقوق الطفل والمتناثرة في مختلف التشريعات تعريفاً للطفل أو أنتهاء مرحلة الطفولة أو من يطلق عليه طفلاً، ففي قانون العقوبات العراقي رقم 111لسنة 1969 المعّدل، إذ نصت المادة(64) عدم إقامة الدعوى الجزائية على من لم يتم سن (7) من عمره وقت إرتكاب الجريمة دون أن يطلق عليه أية تسميه. أما المادة 66 "يعتبر حدثاً من كان وقت إرتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة. وإذا لم يكن الحدث وقتئذ قد أتم الخامسة عشرة اعتبر صبياً أما إذا كان قد أتمها ولم يتم الثامنة عشرة اعتبر فتى." أما قانون رعاية الأحداث رقم (76) لسنة 1983، فوفقاً للمادة (47/أولا) فقد أطلق تسمية الصغير على من لم يتم التاسعة من عمره وقرر عدم مساءلتة جنائياً [6]، ويعتبر حدثاً من أتم التاسعة ولم يتم الثامنة عشرة من العمر. وهذا هو المنهج الذي سار عليه المشرع في القانون الجنائي أما المنهج الذي سار عليه في القوانين الأخرى منها:قانون رعاية القاصرين رقم 76 لسنة1980، إذ عرف القاصر في م/3 /أولا "الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهي الثامنة عشرة من العمر، ويعد من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن المحكمة كامل الأهلية".بينما عدّ القانون المدني رقم 40 لسنة 1951، الشخص كامل الأهلية بتمام سن الثامنة عشرة، وناقص الاهلية من اتم السابعة ولم يتم 18 من العمر، وعديم الأهلية من الولادة إلى دون السابعة من العمر، ويلاحظ على القانون في المادة 1/98، استخدام لفظ الصغير المأذون من يمارس التجارة بأذن وليه.وبعكس هذا المنهج سار قانون العمل النافذ حالياً لعام 2015فقد عرف في م/21/1، الطفل، " أي شخص لم يتم 15 من العمر، "أما م/ 20/1، فقد عرفت العامل الحدث كل ذكر أو أنثى أتم 15 ولم يتم 18 من العمر [7].والذي يستفاد من منهج المشرع العراقي في القوانين المذكوره عدم الاستقرار على استخدام مصطلح قانوني محدد في هذا الموضوع وهو أمراً يدعو إلى الإرباك التشريعي، فضلاً عن الإرباك القضائي.وكان الأولى بالمشرع تحديد اللفظ"بالطفل" كونه يعبر عن المعنى الحقيقي للمرحلة المشمولة بالرعاية. أما مفهوم الطفل في أطار المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال، إذ يُعرّف، بأنه كل طفل لم يتم الثامنة

عشرة من العمر بغض النظر عن سن الرشد[8].**استنتاج:** بعد استعراضنا لمفهوم الطفل في القانون الأمريكي والعراقي نجد عدم استقرار في هذه القوانين على مفهوم محدد للطفل بل أن بعض هذه القوانين تتباين في مفهوم الطفل في النطاق المحلي. ونحن بدورنا ندعو إلى ضرورة استقرار هذه المصطلحات ليتسنى للفكر القانوني في العراق ممثلاً بالتشريع والقضاء ملاحظة أحدث الآراء والنظريات القانونية التي تكترث بجريمة التحرش الجنسي عموماً. من أجل غلق باب الإجتهاد الفقهي والقضائي فيه وذلك بأن يورد نصاً قانونياً صريحاً يحدد فيه مفهوم الطفل الذي نرى أنه، "يُعد طفلاً، كل شخص لم يكمل 18 أو أكملها لكنه عديم التمييز."

المطلب الثاني: مفهوم التحرش الجنسي

تمتد جذور جريمة التحرش الجنسي بالأطفال إلى الحقبة التي كانت الفتيات الصغيرات في مختلف المجتمعات – يتم اهداؤهن إلى المعابد كآلهة جنسية ومن ثم تسقط ضحية لهذه الجريمة، وعلى الرغم من قدم هذه الظاهرة، فأنه لم يُسنّ أي تشريع خاص بهذا الشأن حتى القرن السابع عشر، إذ أقر المشرع الأنجليزي، قانون حماية للذكور من جريمة اللواط بالإكراه وحماية الأناث دون سن العاشرة من الاغتصاب القسري[9]. تُعد جريمة التحرش الجنسي[10] من الجرائم التي تمس الإنسان في حريته وكرامته، كما أنها تتنافى مع مبادئ حقوق الإنسان كالحق في المساواة، ونكران الحرية الجنسية، وعدم التمييز، كما أنها سلوك فردي في أغلب الأحيان[11].يرجع أول استخدام صريح ورسمي لمصطلح التحرش الجنسي أو المضايقة الجنسية، إلى عام 1970وذلك في تقرير لرئيس معهد ماسيشويتس للتكنولوجيا (MIT) حول المظاهر المختلفة للتميز على أساس الجنس [12].كما عرّفته الأمانة العامة للأمم المتحدة في الوثيقة الرسمية (ST/SGB/2008/5) بأنه" كل ما هو غير مرحب به من تلميح جنسي، أو طلب أداء خدمة جنسية، أو سلوك أو إيماءة لفظية أو جسدية ذات طابع جنسي، أو أي سلوك ذي طابع جنسي يمكن اعتباره أو توقعه منطقياً كسبب لإهانة الآخرين أو إذلالهم، عندما يتعارض هذا السلوك مع العمل، أو يُجعل شرطاً من شروط التوظيف أو يخلق بيئة عمل مريعة أو عدائية أو مهينة"[13].هذا ويعرف برنامج العمل الخاص بالمؤتمر العالمي الأول حول استغلال الاطفال لاغراض جنسية المنعقد في ستوكهولم سنة 1996، الاستغلال الجنسي للأطفال بأنه"إعتداء جنسي من طرف شخص بالغ مقابل مكافأة نقدية أو عينية للطفل أو لشخص أو عدة أشخاص آخرين، وفي هذه الحالة فأن الطفل يعامل على أنه متاع جنسي ومتاع تجاري"، كما عُرّف أيضاً على انه"استخدام الاطفال ممن هم دون سن الثامنة عشرة لاشباع الرغبات الجنسية للبالغين"[14]. على الرغم من أن جريمة التحرش الجنسي قديمة النشأة إلا أن الإنترنيت هيأ البيئة الخصبة لأنتشارها وإنشاء سوق يوسع من

أستهلاكها[15]، وتتحقق الجريمة في الوقت الراهن باستخدام التقانة الحديثة التي سخرها الجناة لتحقيق مآربهم الجرمية، إذ يعمد الجناة على استخدام وسائل التقنية الجديدة و شبكة الإنترنيت والتي تشمل على سبيل المثال لا الحصر الأفلام، أقراص الفيديو الرقمية(DVD)، الأقراص المدمجة(CD-ROM)، الأقراص المرنة، الأقراص المضغوطة(CD-R) وغيرها من الوسائط الإلكترونية من أجل إنتاج المواد الاباحية التي يقوم بها الجاني بنفسه أو بواسطة غيره بالإنتاج الكتابي أو الرسومي أو الفوتوغرافي أو السينمائي أو الفديوي أو المكالمات الهاتفية الداعرة أو غير ذلك من الوسائل السمعية والمرئية ووسائل الإتصالات التي يكون موضوعها الجنس أو حيازة المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال بما في ذلك الأطلاع عن عمد على صورة من الإنترنيت أو تنزيل صورة إباحية على الكمبيوتر عن عمد وغيرها[16].رأينا في الموضوع، يُعد تحرشاً جنسياً بالاطفال عبر الإنترنيت استخدام الجاني وسائل التقانة الحديثة بأظهار طفل وهو يمارس ممارسة جنسية حقيقة أو محاكاة مع الكشف عن بعض أجزاء جسده بصورة فاضحة يجعله يثير الرغبة أو اللذة الجنسية، بصرف النظر عن ممارسة الفعل من قبل طفل بصورة فردية أو جماعية مع أطفال آخرين أو بمشاركة بالغين سواء أظهروا في الصورة ام لا.وقد يتحقق التحرش ايضاً بصور مشينة للغاية كالإغتصاب الوحشي، الشرجي، المهبلي، الفموي إلى حد ممارسة الجنس مع الحيوانات وغيرها من الصور المشينة الآخرى، يقحم فيها أطفال من مختلف الأعمار.هذا ويتم التحرش بعدة وسائل منها البريد الإلكتروني، غرف المحاوره، المواقع الاباحية والموقع الترفيه على شبكة الإنترنيت.

المبحث الثاني: صور جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت

تمس جريمة التحرش الجنسي أو الدعارة الإباحية *Child Pornography* سواء أكان المجني عليه طفلاً أم بالغاً، الأخلاق والآداب العامة للمجتمع، ولاتنهض مسؤولية الفاعل إلا بتوافر الركن المادي والمعنوي. إذ يقتضي الركن المادي أن يلجأ الجاني إلى استعمال وسائل معينة سنأتي على ذكرها، ولسنا هنا بمعرض بيان أركان الجريمة غير صورها والتي سنتناولها على الشكل الآتي: المطلب الأول:صنع المعطيات المخلة بالآداب العامة، المطلب الثاني: عرض الصور والأفلام والمحادثات المنافية للآداب العامة، والمطلب الثالث:التحريض على الفسق والفجور.

المطلب الأول: صنع المعطيات المخلة بالآداب العامة

أن جريمة صنع المعطيات (تشمل المعطيات الصور، الكتابات والأصوات) المخلة بالأخلاق أو الآداب العامة يمكن أن ترتكب في ثلاث صور والتي يستخدم الحاسب الآلي في أدائها، تتمثل الصورة الأولى في صناعة الرسوم الجنسية والتي غالباً ما تكون رسوماً متحركةً

لتحقق غرضها من جذب الأطفال ليقعون فريسه في شباك الجناة. أن الرسوم الإباحية المنتجة أما تكون مُقلدةأو أصليةمبتكرة" *original*".أما الصورة الثانية فتتمثل في سحب الصور والرسوم من لقطات الأفلام أو المجلات باستخدام الماسح الضوئي"*Scanner*"، إذ يدخلها الجناة كمعطيات مخزنة على ذاكرة الحاسوب الرئيسه أو على دعامات الخزن الثانونية، في حين أن الصورة الثالثة تتمثل في القيام بعمليات خلق صور بطريق تقنيات المونتاج والدوبلاج والتحوير، إذ يتم اخذ أجزاء من مجموعة صور جنسية ودمجها في صورة واحدة، حيث يعمد الفاعل بالتقاط مجموعة اجزاء من مجموعة صور يتراوح عددها من (5-8 صوره) من أجل اظهار مشهد أغتصاب مصطنع، أو تركيب صورة أحد المشاهير ووضعها على صورة جسم آخر عار، ويمكن أن تتعلق الصوره بالكبار أو الصغار وقد تبدو شبيهه للحقيقة[17].فإذا توافرت الصوره الفاضحة المعنية بطريق الإنتاج، أنتقل الفاعل إلى مظاهر الاستغلال المرتبطة بذلك، فعملية الإنتاج ليست مقصودة بذاتها، بقدر ما هي خطوه إلى تحقيق استغلال الأطفال جنسياً عبر الإنترنيت. ويلاحظ على هذه الصورة أن استغلال الأطفال يكون على طريقين:1-أن يكون الطفل مادة الإنتاج الجنسي المتمثله بالتقاط الصور أو إعادة إنتاجها وترويجها للغير عبر الإنترنيت.2- أن يكون الطفل هدف الاستغلال السابق ومادته، إذ توجه هذه الصور إلى الأطفال عبر مختلف وسائل الإتصال حيثما كانو عن خلال البريد والمواقع الإلكترونية.

المطلب الثاني: عرض الصور والأفلام والمحادثات المنافية للآداب العامة

لقد أصبح الترويج للمعطيات الإباحية لغرض أشباع الملذات الجنسية للجناة او لتحقيق مكاسب مادية والتي يكون فيها الطفل محلاً لهذا الإعتداء أمراً مألوفاً في شبكة الإنترنيت[18]، من ذلك عرض الجاني وبثه صوراً ومواداً إباحية عبر الإنترنيت.ويتحقق الركن المادي للجريمة بقيام الجاني بصناعة أو تسجيل أو نقل صوره أو فديو إباحي لطفل لغرض عرضه على أقراص حاسب آلي أو شبكة الإنترنيت.وتتحقق الجريمة بمجرد قيام الجاني بتصوير الأطفال في أوضاع جنسية مختلفه وعرضها على شبكة الإنترنيت أو عرض عليهم هذه الأوضاع مع أشخاص آخرين أو أرسال لهم بريداً إلكترونياً يحضهم على الإنحراف أو الفساد الأخلاقي، ولاعبرة في تحقق الإنحراف فعلاً في قيام مسوؤلية الجاني[19]، كما يجب أن يعلم الجاني بأنه يقوم بعمل أو تسجيل أو نقل أو عرض صور أو فديو ذات صبغه جنسية للأطفال وأن تتجه إراداته لذلك.

وتشترط بعض القوانين ومنها القانون الفرنسي بتوافر القصد الخاص بجانب القصد العام، أي أتجاه نية الجاني إلى عرض عمله أو نقله أو تسجيله من الصور الجنسية الخاصة بالأطفال[20].أن عميلة العرض تشمل لقطات جنسية أو قد تكون كلاماً أو محاورة تحمل بين

طياتها ما يخدش الحياء كاستعراضه لحوادث إباحية أو تعليقات أو محاورات أو قصص غير محتشمة، كما تتضمن أيضاً الترويج للمجلات والكتب وأشرطة الفديو والأقراص الليزرية المتضمنة مواد إباحية، غالبا ما تقف وراء هذه العملية غايات تجارية، إذ يشترط للولوج في المواقع الإباحية دفع رسوم أشتراك، إلا أن في بعض الأحيان قد يكون الترويج لتحقيق أهداف جنسية وبدون مقابل[21].كما تمتد الجريمة أيضاً إلى غُرف الحوار والبث السمعي والمرئي الذي توفره الشبكة العنكبوتية، لإجراء المحادثات والمحاورات ذات الطبيعة الجنسية، إذ عن طريقها يبحث الجاني عن شريك"ضحية"تتم معه عمليات الحوار الجنسي أو المغازلة أو لمجرد نشر الإباحية مثالها استعراض أفعال جنسية ذات طبعية سادية أو ماسوشية أو عرض مختلف الاصوات التي تتضمن الممارسات الجنسية.أن عمليات الحوار والمحادثة قد تكون تجارية وتوفرها شركات خاصة ومثال ذلك "خط الإتصال الداعر" الذي كان سائداً في ثمانينيات القرن السابق في الولايات المتحدة الأمريكية والذي كان يسخر الهاتف وبعدها استخدم شبكات الإنترنيت بتطور التكنولوجيا، وعن طريق"خط الإتصال الداعر"تُسخر مجموعة من القاصرات أو البالغات لتكون على الطرف الآخر من المحادثة أو المحاورة المكتوبة أو المسموعة كما قد ترقى إلى مرحلة الإتصال الجنسي في حالة استدراج الضحية[22].

المطلب الثالث: التحريض على الفسق والفجور

يتم التحريض عن طريق تهيج شعور الفاعل ودفعه إلى إرتكاب أفعال الفسق والفجور، ويذهب التحريض إلى تنبيه الذهن إلى أن هناك شخصاً مستعداً للفسق، وقد يقصد من وراء التحريض التأثير في نفس من يوجه إليه لإرتكاب أفعال البغاء[23].أن فعل التحريض على الجريمة الإباحية عبر الإنترنيت غالباً ما يرتكب بأرسال رساله أو مجموعة رسائل الكترونية تحريضيه إلى شخص واحد ذكراً كان أم أنثى أو قد تكون موجهه إلى الجمهور عن طريق عرض المعطيات الإباحية على خدمة الويب"Web". كما أن هناك مواقع على شبكة الإنترنيت العنكبوتية متاحه للكل، متخصصة بالجنس، ذات بوابات ونوافذ مغرية للأطفال ويتم الوصول إليها عبر كتابة العنوان في شريط العناوين، حيث يبدأ الموقع بعرض مواده تلقائيا وغالباً ماتكون مجانية، والأخطر من ذلك ظهور المواقع الإباحية تلقائياَ أثناء تصفح المستخدم لمواقع حميدة[24].أن أفعال التحريض الموجهه إلى الأطفال باستخدام الإنترنيت تتخد الصور الآتية:1-التحريض بالمحادثة الشفهية أو المكتوبة، تتضمن هذه المحادثات بصورتيها الحض على إرتكاب أفعال الفسق والفجور أو بأحتوائها على كل ماهو خليع من شأنه تجميل عملية ممارسة الجنس وتذليل صعوبات الوصل إليها وممارستها،

وغالباً ما تستغل غُرف الحوار ، communications-Usenet newsgroups، bulletin message boards التي توفرها شبكه الإنترنيت[25].

2- التحريض عن طريق صُنع مواقع إباحية مهمتها الترويج للإباحية الجنسية، كما تتوفر في الموقع أماكن بيوت الدعارة وكيفية الإتصال بهم وتوفير صور من يمارس معهم الجنس، وقد تتضمن المواقع عروضاً تشغيليه في مجالي الدعارة والبغاء ولاسيما عروض تشغيل الأطفال تمهيداً لاستغلالهم في أغراض جنسية[26]. 3- التحريض عن طريق الرموز أو الرسوم أو الصور أو الأفلام أو برامج الحاسوب الخاصة بذلك، والتي قد تكون صريحه أو ضمنيه بحملها معنى التحريض على الفسق والفجور.إذ تُرسل هذه المعطيات إلى شخص بعينه أو تعرض على الجمهور مما يؤدي إلى أثارة غريزة الغير، الدراسات ذات الصله تؤكد أن التعرض المتكرر للعنف الإباحي والصور الداعرة يقود إلى شهوه متنامية وعلى نحو مستمر حتى يصبح معها المتلقي مدمناً مع توفير ميل مستمر ومتناسق للأثارة[27]. كما قد يكون المحرض هو من يعرض نفسه للفسق مع غيره أو يعرض الفسق لغيره، أما الباعث فأنه قد يكون بمقابل أو لإرضاء الشهوات والملذات.

المبحث الثالث: الموقف القانوني من جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت

على مدار الخمس عشرة سنة الماضية حدث تغيير تشريعي، إذ سنَّت الكثير من الدول قوانين حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي والإنتهاكات الجنسية مع الآخذ بنظر الأعتبار المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال[28]، إلا انه لم تتفق القوانين على التعامل مع هذه الجريمة.[29] سنتناول في هذا المبحث موقف القانون الأمريكي والعراقي وعلى الشكل التالي.

أولاً: موقف القانون الأمريكي من جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت

لقد كفل الدستور الأمريكي الفدرالي لعام 1787 المعدّل، حرية وسائل الإعلام الرقمية بصوره ضمنيه كغيرها من الوسائل الأخرى أستناداً للحماية المقررة لحرية التعبير عن الرأي الواردة في التعديل الأول لعام 1791، وبالرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية قد دعت إلى انتشار شبكة الإنترنيت ورفضها أي تحديد لاستخدامها متفقاً ذلك مع أيدلوجيتها وفكرة النظام العالمي الجديد الذي تريده حسب تصوراتها بعد أنهيار الأتحاد السوفيتي وأنتهاء الحرب الباردة وغيرها من الأيديولجيات المقيدة لحرية التعبير[30]، إلا أنها أدركت في الوقت ذاته مدى خطورة ما تنطوي عليه هذه الوسيلة، لذا توجه أهتمام الكونغرس الأمريكي في الثلاثين سنة الماضية ولاسيما في السنوات السابقة، بجرائم الإباحية الجنسية عبر الإنترنيت عن طريق خلق جرائم جديدة وزيادة عقوبات المخالفين[31] بغية الحفاظ على النظام العام والآداب العامة. إذ أصدر الكونغرس في عام 1977قانون حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي" *The protection of Children Against Sexual Exploitation Act of, 18 U.S. Code*

2252 §"[32]، إذ جّرم القانون إنتاج أو تلقي أو شحن أو حيازة أو نقل أو بيع أي صورة باستخدام أي وسيلة "كمبيوتر-أيميل-تصوير مرئي"تظهر سلوكاً جنسياً صريحاً لحدث سواء كان داخل أم خارج الولايات المتحدة الأمريكية"في أي مكان مؤجر أو مملوك للجاني داخل الولايات أو أي مكان أخر تسيطر عليه حكومة الولايات المتحدة أو في مناطق السكان الأصلين" "*Indianland*" كما عاقبت ف/4 الجاني إذا كان عالماً مع نية عرض الكتب والمجلات والدوريات والأفلام وأشرطة الفيديو، وغيرها من المواد التي تحتوي على أي تصوير مرئي ينطوي على استخدام قاصر للانخراط في سلوك جنسي صريح، والذي يتم أرسالة بالبريد أو شحنه أو نقله بأي وسيلة بما في ذلك الكمبويتر. كما يعاقب الجاني الذي ينتهك أو يشرع بإنتهاك هذا القانون بغرامة وسجن لايقل عن خمس سنوات ولايزيد عن عشرين سنة أو كلتاهما، وتشدد العقوبة إلى غرامة أو سجن لايقل عن 15 سنة ولايزيد عن أربعين سنة، إذا كان للجاني إدانه سابقة بموجب هذا القانون أو قانون القضاء العسكري الموحد أو بموجب قانون أي ولاية أمريكية لأي فعل ينطوي على إعتداء جنسي أو أي فعل جنسي مسيء أو أرسال أو حيازة أو أستلام بريد الكتروني أو نقل أي مادة إباحية أو أتجار بجانح أو قاصر، ويعاقب الجاني الذي ينتهك أو يحاول إنتهاك الفقرة الرابعة بالغرامة أو السجن الذي لايزيد عن عشر سنوات أو كلهما وتشدد عقوبة الغرامة والسجن لمدة لاتتجاوز العشرين سنة أذا أنطوى التصوير المرئي على قاصر لايزيد عمره عن أثنتي عشرة سنة. ثم أصدر الكونغرس قانون حماية الطفل عام "*The Child Protection Act of 1984*" وسّع هذا القانون نطاق حماية الأطفال ليشمل الأطفال حتى سن الثامنة عشرة كما كان عليه الحال في القانون المذكور سلفاً[33]. أما فيما يتعلق بقانون سياسة كابل الإتصالات لعام 1984"*TheCable Communications Policy Act of 1984*"، إذ نصت المادة § 1470. *Transfer of obscene material to minors* (نقل المواد الفاحشة للقاصرين)، "كل من يستخدم بريده الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى سواء أكان ذلك للتجارة داخل أم خارج الولايات المتحدة، عالماً بنقل مواد فاحشة لشخص لم يبلغ السادسة عشرة من العمر، يعاقب بالغرامة أو بالسجن الذي لايزيد عن عشر سنوات أو كلتيهما[34]، ثم أصدر المشرع الأمريكي قانون حماية الطفل ومكافحة الفحش العام لسنة 1988، "*The Child Protection And Obscenity Enforcement Act of 1988*"وسّع هذا القانون من نطاق التجريم ليشمل الصور الإباحية التي يستخدم الحاسب الآلي في نقلها، إذ نص بقوله" لا يعد قانونياً استخدام الكمبويتر في نقل معلومات لأغراض التجارة سواء كان داخل أم خارج الولايات فيما يتعلق بتصوير مرئي لقاصر قد أنخرط في سلوك جنسي صريح"، وقد جرّم القانون بيع، شراء ونقل حضانة قاصر مع علم الجاني أن نتيجة البيع والنقل استخدام القاصر في مجال

الإباحية الجنسية أو بقصد تشجيع إنتاج الإباحية الجنسية، فيما جعل القانون جريمة فدرالية تلقي أو حيازة مع نية توزيع الأمور الفاحشة التي تم نقلها إلى داخل أو خارج الولايات المتحدة، كما جرّم كل من علم أو سهّل باستخدام أي وسيلة تجارية من أجل بيع أو توزيع مسائل فاحشة داخل أو خارج الولاية[35].وقد وسّع المشرع الأمريكي من دائرة تجريم الإباحية الجنسية بموجب قانون آداب الاتصالات"*The Communication Decency Act of 1996*"والذي جاء معدلاً لقانون الإتصالات لعام 1934 في المادة(223/أ) منه" كل من يقوم مع علمه بذلك، عن طريق الاستعانة بأي وسيلة من وسائل الإتصالات بصناعة أو خلق أو تشجيع أو بث أي تعليق أو أقتراح أو صورة أو أي أتصال آخر يكون فاضحاً *obscene* أو غير أخلاقي *indecent* عالماً أن المتلقي لم يبلغ 18 من عمره، كما نصت الفقرة (د) أعلاه، معاقبة كل من يستخدم خدمات متحركة على الحاسوب لتصبح في متناول من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، سواء كانت تلك الخدمات تعليقاً أو طلباً أو أقتراحاً أو أي صورة أو أي أتصال آخر، تكشف أو تصف مواضيع مُهينة فاضحة، ويعاقب المخالف لأحكام هاتين الفقرتين أعلاه بالحبس الذي لايتجاوز السنتين وبالغرامة التي لاتزيد على مئة الف دولار كما عاقب الحائز لهذه الصور بالسجن لمدة خمس سنوات والسجن المؤبد لمن يستغل الأطفال جنسياً[36].كما عرف التصوير الإباحي بأنه" كل تصوير مرئي- يتضمن صورة أو فيلم أو فديو أو رسم أو صورة أو صورة أُنشئت بطرق الكمبويتر أو بوسيلة اليكترونية(مثالها الإنترنيت) أو ميكانيكية أو بأي وسيلة أخرى-وذلك لأي أسلوب جنسي مباشر إذا:1-كان إنتاجه يقوم على استخدام طفل في وضع جنسي مباشر، -2 إن كان هذا التصوير قد صنع أو عدل ليظهر طفلاً في وضع جنسي مباشر، 3- إن كان هذا التصوير يبدو كما لو كان هناك طفل في وضع جنسي مباشر، 4- إذا تم إعلان أو توزيع أو دعاية لتصوير بحيث يوحي أنه ينطوي على صورة طفل في وضع جنسي مباشر. آثار هذا القانون نقاشاً عارماً في أروقة المحاكم الأمريكية التي أعتبرت عبارتي"*Indecency*" فاضحة وبين"*Obscenity*" فاحشة، غير دستورية بعد أن استقاضت في إجراء تحليل مسهب لخصوصية الإتصال عبر الإنترنيت، إذ قررت محكمة فيلادلفيا في 11 حزيران 1996 أن قانون الإتصالات "يعيق حرية التعبير، ولا يتلائم مطلقاً مع دستور الولايات المتحدة....لاسيما أن شبكة الإنترنيت تشكل محادثة عالمية لا نهاية لها.. ولا يمكن للحكومة أن تحد منها... وهي تستحق درجة عالية من الحماية بوجه التعرض الحكومي لها نظراً إلى كونها وسيلة التعبير الجماهرية الاكثر تفاعلية لغاية يومنا هذا.."، فيما أيد القرار ثلاثة قضاة من ولاية نيويورك بحجة أن القانون المشار إلية يخرق التعديل الأول لدستور الولايات المتحدة فيما يتعلق بحرية التعبير، أما على المستوى الفدرالي قضت المحكمة الفدرالية الأمريكية العليا في 26حزيران عام 1997، قراراً يقضي

بعدم دستورية بعض مواد القانون المذكور، وبررت حكمها على أنه لا يجوز ترتيب المسؤولية الجنائية على توجيهات أو قرارات عامة لم توضح الاسباب التي تقوم عليها أو عبارات أو نصوص عامة غير محددة الألفاظ مثل عبارتي"غير أخلاقي أو مهينة"، من شأنها تقيد حرية التعبير عن الرأي التي يكفلها[37].كما أصدر المشرع قانون منع إباحية الأطفال لعام *"The Pornography Prevention Act of 1996"*، إذ وسّع هذا القانون من نطاق التجريم للاستغلال الجنسي للأطفال، إذ يشمل استخدام أقراص الحاسب الآلي وأنه يشمل أيضاً الصور الأفتراضية غير الحقيقية" Virtual Pictures".لم ينثني الكونغرس الأمريكي من تجريم الإباحية الجنسية ضد الأطفال بإقراره قانون حماية الأطفال على الخط العام لعام ، " *The Online Protection Act of 1998*"، إذ وفر هذا القانون حماية قانونية أوسع للأطفال على الشبكة العنكبوتية، كما جرّم نقل المواد الطبيعية الجنسية على شبكة الأنترنيت في حال ما إذا كان أحد أطرافها طفلاً، كما كفل القانون حماية الأطفال من الإعتداء الجسدي والنفسي معاً، وجرّم توزيع أي مواد ضارة" أية إتصالات أو صور أو تسجيلات أو كتابات أو أية مواد ذات طبيعة جنسية" على الأطفال[38].

ثانياً : موقف القانون العراقي من جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت

تفتقر غالبية الدول العربية إلى تشريعات خاصة لمكافحة جرائم التحرش الجنسي بالأطفال عبر شبكة الإنترنيت، إذ اكتفت بالنصوص العقابية التقليدية واستعانتها بقوانين الآداب العامة لمعاقبة جناة الجريمة.ومنها المشرع العراقي، لقد أشار الدستور العراقي لعام 2005 في باب الحقوق والحريات إلى مجموعة من الحقوق والحريات ومن ضمنها حق الإنسان في عدم التمييز كما وضع ضمانات أساسية لهذه الحقوق والحريات واعتبارها ملزمة وواجبة التطبيق، إلا أنه يلاحظ عدم وجود قانون خاص يعالج قضية التحرش الجنسي في العراق إذ يمكن القول إن هذه الجريمة لم تعط الخصوصية اللازمة لها وأنما ضمنها بقوانين مختلفة.ويشار إلى أن مجلس النواب العراقي صادق على الإتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات في 2013/9/3 والتي أصبحت ملزمة منذ تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.إذ جرمت المادة الثانية عشرة من الإتفاقية "أنتاج أو عرض أو توزيع أو توفير أو نشر .....مواد إباحية أو مخلة بالحياء بواسطة تقنية المعلومات" فيما تُشدد العقوبة بالجرائم المتعلقة بإباحية الأطفال والقصر[39].ولم يشرع العراق لحد الآن، مسودة قانون الجرائم المعلوماتية ومن بين الأسباب تعارض بعض نصوصه مع الحريات العامة المكفولة دستورياً وإعادة النظر في النصوص العقابية والرقابة الإلكترونية(على الهواتف النقالة، أو شبكة الانترنت) إذ يجب أن يسبقها قرار قضائي والذي يجب أن ينتهي بمجرد إنجاز المهمة، وخلوّ المشروع من نص يمنح الدولة حق حجب المواقع الإباحية[40]، كما أن مجلس النواب

قد صوت في 2015/9/14 في الجلسة 22 على قرار يلزم الحكومة الأتحادية أصدار التعليمات الملزمة إلى الهيئات الحكومية وغير الحكومية بتنظيم عمل الإنترنيت والزامها بحجب المواقع الإباحية حفاظاً على المصلحة العامة فيما أمتنعت حكومة أقليم كردستان من تنفيذه. على الرغم من خلوّ العراق من قانون يجرم الإباحية الجنسية للأطفال عبر شبكة الإنترنيت، يخضع الجاني لقانون العقوبات التقليدي وغيرها من القوانين العقابية التقليدية، إذ جرمت المادة 399 من قانون العقوبات، بالحبس من يحرض ذكراً أو أُنثى لم يبلغ 18 سنة على الفجور أو إتخاذ الفسق حرفة أو سهل لهما سبيل ذلك وتشدد العقوبة إلى السجن مدة لا تزيد على عشر سنين او بالحبس إذا قصد الجاني الربح من فعله أو تقاضي أجراً عليه فيعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس. ولما كان من صور جريمة الإباحية الجنسية"التحريض على الفسق والفجور" إذ تتحقق مسؤولية الجاني عن طريق التحريض باستخدم الإنترنيت عن طريق تصوير من لم يتم 18 من عمره بأوضاع جنسية وبثها للغير عبر الإنترنيت أو عرض المواد الإباحية عليهم أو أرسل إليهم مواد مخلة للحياء عبر البريد الإلكتروني وغيرها تحضهم وتساعدهم على الإنحراف وإفساد الآخلاق. كما نصت المادة 403 من القانون المذكور والمعدلة بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم 266 في 2002، "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مليونين ولاتقل عن خمسمائة الف دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من صنع أو أستورد أو صدر أو حاز أو أحرز أو نقل بقصد الاستغلال أو التوزيع كتاباً أو مطبوعات أو كتابات أُخرى أو رسوماً..... إذا كانت مخلة بالحياء أو الآداب العامة. ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من أعلن عن شيء من ذلك أو عرضه على انظار الجمهور أو باعه أو ..... ويعد ظرفا مشدداً إذا أُرتكبت الجريمة بقصد إفساد الآخلاق." كما وتعاقب المادة 404 من قانون العقوبات على جريمة الجهر بأغان أو أقوال فاحشة أو مخلة بالحياء بنفسه أو بواسطة جهاز آلي وكان في محل عام إذ قد يكون من شأن الجهر التحريض على الفسق والفجور الذي هو من أحد صور الجريمة. وعليه نجد أن المشرع العراقي جرّم الأفعال التي تتخذ الصور الآتية:

1-الصناعة: ومعناها أي عمل أو خلق سواء كان في صورة فنيه أو تعبير ذهني قام الجاني بإيجاده لأول مرة، وأيضاَ التقليد أو النقل أو التعديل عن شيئ آخر موجود فعلاً. أن إجراء الصناعة-التعديل –التقليد يمكن أتمامها بطريق الحاسوب عن طريق المعالجات الإلكترونية كبرنامج photo shop وغيرها. وبالرجوع للقانون العراقي نجد أنه لم يحدد سوى الوسيلة والتي من الممكن أنجازها يدوياً أو الكترونياً[41].

2-الاستيراد والتصدير:التصدير أشياء مصدرها من الداخل والاستيراد فهو عكس التصدير، بتطور الحياة وتحول العالم قرية صغير، أمست الصفقات التجارية وعمليات البيع

والشراء تتم عبر الإنترنيت. ويمكن للجناة أن يعمدوا إلى تصدير أو استيراد الأشياء المخلة للأداب العامة الكترونياً أو عن طريق الكمارك[42].

3- الحيازة قد تكون أما لذات الشخص وبصفة خاصة له أو يحوز الشيء لصالح الغير.والحيازة أما تكون لأغراض شخصية أو لاغراض الاستغلال، وقد تتم حيازة مايخل الآداب العامة على ذاكرة الحاسوب أو أية وسائل خزن حديثة ذكية[43].وبرأينا يجب على المشرع تجريم الجاني بمجرد حيازته ما يخل الآداب العامة وأن لم يقصد الإتجار أو التوزيع لكونها قد تسهم في تعريض الغير للإنحراف ولو لم يقصد الحائز ذلك كسرقة أو ضياع هاتفة الذكي أو أجهزة الخزن الإلكترونية وأطلاع الغير عليها.

4- النقل: يتمثل بأرسال الأشياء المخلة بالآداب العامة من المكان التي أُنشت أو عُدلت فيه إلى مكان آخر، إذ قد يكون الأرسال إلى شخص معين بذاته أو إلى مجموعة من الأشخاص أو إلى الناس كافة عبر طرح المعطيات الإباحية في خدمة websiteباستخدام البريد الإلكتروني أوغرف الحوار أو المجموعات الأخبارية أو غيرها من الوسائل التقليدية.كما قد يكون النقل بقصد البيع أو الإيجار أو لأغراض التوزيع(النشر، الإذاعة) وأن كان التوزيع بدون مقابل[44].

5- الجهر:تتحقق هذه الوسيلة بإذاعة الأغاني والاقوال الفاحشة المتضمنه أثارة الغريزة الجنسية أو مايخل الآداب العامة والمخدشة للحياء والمفسدة للآخلاق، والموجه للغير، سواء وجهها الفاعل بنفسه أو أستعان بجهاز الحاسب الآلي على أن يكون ذلك في محل عام، ويمكن أن تتم عبر الإنترنيت[45].ويرى جانب من الفقة الفرنسي أن المجال الذي يوفره الإنترنيت هو مجال عام لاسيما غُرف الحوار ومواقع التواصل الإجتماعي ,Facebook ,Tweeter.وعليه فالمكان العام قد يكون بطبيعته أو بالتخصيص أو بالمصادفة[46].ولم يحدد المشرع الوسيلة في المواد(399-404) وبما أن المطلق يجري على إطلاقة لذا نرى أمكانية تطبيقها على جرائم التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت. واشار قانون رعاية الأحداث العراقي رقم 76 لسنة 1983، في المادة 1/25، "يعد الصغير أو الحدث منحرف السلوك إذا قام بإعمال الدعارة أو القمار أو شرب الخمور"، وعاد في المادة 29بعاقب الولي بالغرامة إذا أدى أهمالة للصغير أو الحدث إلى التشرد والإنحراف كما يعاقب بالحبس إذا دفعه الولي إلى التشرد والإنحراف".قد يؤدي أهمال الولي بمراقبة من هم تحت ولايته دون سن 18من العمر إلى الولوج إلى المواقع الإباحية واستدراجهم من قبل المجرمين إلى حد استغلالهم جنسياً عن طريق تصويرهم أو عرض خدماتهم الجنسية والترويج لها للعملاء بالمجان أو بمقابل عبر شبكة الإنترنيت أو قد يدفع الولي الصغير أو الحدث إلى العمل الإباحي لقاء المال بدافع الفقر.إذ تُعد موافقة الولي على مشاركة الصغير أو الحدث في مواد إباحية متعلقة بالأطفال دعماً للتصرفات التي تقود إلى ارتكاب جرائم متعددة والتي من بينها الاغتصاب

والاستغلال الجنسي والاعتداء الجنسي والإساءة الجنسية، ذلك إلى جانب إنتاج المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال أو التحريض والمساعده على إرتكابها.وفي السياق ذاته، أشار قانون مكافحة البغاءرقم8 لسنة 1988، في المادة 5/ف1و2، يعاقب بالسجن مدة لاتزيد عن 10 سنوات من أستبقى ذكراً أو أنثى تجاوز 18 من عمره، للبغاء أو اللواطة في محل ما مستخدماً الخداع أو الإكراه والقوة والتهديد، في حين بيّنت ف/2، بعقاب الجاني بالسجن الذي لايزيد عن 15سنه أذا لم يتجاوز الجاني 18سنة. ووفقاً للقانون لايعاقب مرتكب جريمة اللواطة والبغاء إلا أذا أرتكب الجاني الفعل مرتين على الأقل وبأجر وبعكسها تنتفي المسؤولية الجنائية، في حين يعاقب الوسيط "السمسار" ومالك المحل المُعد لفعل البغاء بالسجن الذي لايزيد عن سبع سنوات.أذ عرفت م/1 السمسرة بأنها الوساطة بين شخصين بقصد تسهيل فعل البغاء بأية طريقة بما في ذلك التحريض بموافقة أو طلب أحد الشخصين أو استغلال بغاء شخص بالرضا أو الإكراه، في حين عرف بيت الدعارة، بأنه المحل المهيأ لفعل البغاء أو تسهيله أو الدعاية له أو التحريض عليه أو أي فعل يساعد في تحقيق فعل البغاء. ووفقاً للنص قد تستخدم شبكة الإنترنيت وغيرها من الوسائل الممكنة للترويج والدعاية والتحريض لفعل البغاء أو تسهيله عبر إنشاء المواقع الإباحية أو أرسال صور أو مقاطع إباحية عبر البريد الإلكتروني وغيرها لأشخاص معينين بالذات أو لجمهرة الناس لتحريضهم على إرتكاب أفعال البغاء، كما قد تستخدم مواقع *"escort service"* الخدمة المرافقة التي يتم فيها عرض صور للفتاة مع مواصفاتها وخداماتها(الإباحية أو مجرد التنقل) وغيرها من الوسائل التي تستخدم لاستداراج الضحية، لأجل عقد اللقاءات بين العميل والضحية التي تمارس فعل البغاء بمقابل أو بدونه سواء كان بالرضا أو الإكراه.وقد جعل القانون صغر السن ظرفاً لتشديد عقوبة الجاني. هذا وقد أشار قانون مكافحة الإتجار بالبشر العراقي رقم 28 لسنة 2012 في م/1 منه على أن الإتجار، "تجنيد اشخاص او نقلهم او ايوائهم او استقبالهم بواسطة تهديد بالقوة او استعمالها او غير ذلك من اشكال القسر .....بهدف بيعهم او استغلالهم في اعمال الدعارة او الاستغلال الجنسي أو السخرة او العمل القسري....، " وجدير بالملاحظة، مساهمة الإنترنيت في زيادة نسبة جرائم الإتجار بالبشر، إذ يعمد المتاجرون إلى إنشاء المواقع الإباحية وتجنيد الضحايا لاسيما النساء والأطفال من أجل استغلالهم جنسياً في مجال الإباحية الجنسية والتي أمست من الأسواق الرائجة في العالم ولاسيما في مجال السياحة الجنسية.كما عاقبت م/ 22/ثانياً/أ، من مسودة مشروع الجرائم المعلوماتية، بالسجن المؤقت وبالغرامة التي لاتقل عن عشرة ملايين ولاتزيد على ثلاثين مليون دينار كل من إرتكب أحد الأفعال الآتية، أنشأ أو أدار أو ساعد على أنشاء موقع على شبكة المعلومات للترويج والتحريض على الفسق والفجور..... أو صور أو أفلام مخلة

بالحياء أو الآداب العامة أو دعا أو روج لها، كما عاقبت م/ 22/ثانياً/ ب، بالعقوبة ذاتها من يعرض صغير أو حدث لأنشطة مخالفة للآداب العامة أو استخدم المعلومات لترويج أو أنتاج أو توزيع الدعارة أو قام بتحضير أو تنظيم الأنشطة والإتصالات المخلة للآداب الى الصغير أو الحدث أو فاقد الأهلية طرفاً فيها باستخدام الحاسوب وشبكة المعلومات والبريد الإلكتروني. ويتبين مما سبق أن هذه النصوص قاصرة لا تعطي للجريمة أهميتها كما إن العقوبة المفروضة لا تتناسب مع شدة وخطورة هذه الجريمة وآثارها السلبية على الصعيد الصحي والنفسي والإجتماعي والإقتصادي للضحية وكان الأولى بالمشرع العراقي تشريع قانون خاص بالجريمة المعلوماتية بدلاً من الإتكاء على قوانين تقليدية متناثرة لتحكم مرتكبي الجريمة وسبيل للقضاء على الإرباك القضائي.وخلاصة القول فأنه يمكن القول وحسب إحصائيات المنظمة الإنمائية للمرأة التابعة للأمم المتحدة لعام 2003 ، فأن دولة16 فقط لديها تشريعات مستقلة للتحرش الجنسي و128دولة لديها نصوص تعالج جريمة التحرش الجنسي و44 دولة ليس فيها أي تشريع يعالج هذه الجريمة لاسيما في أفريقا والشرق الأوسط[47].

خاتمة

أن حياة الأطفال الذين يتم استغلالهم في المواد الإباحية تتغير تغيراً جذرياً ليس بسبب التحرش الجنسي فقط، لكن بسبب تسجيل وقائع هذا الاستغلال، إذ يصبح هذا التسجيل، العتاد المطلوب لإبتزاز الأطفال بشكل مستمر.وقد ساهم ظهورشبكة الإنترنيت بإحداث تغير جوهري في نقل وتبادل المعلومات ومعها أخُتصر الزمان والمكان، وأمسى العالم قرية صغيرة، وترك ذلك أثره في المستوى الثقافي والإقتصادي والإجتماعي والتعليمي، كما ترك أثره في ظهور إنماط جرمية مستحدثة أو تغير أساليب إرتكاب التقليديةمنها. استعرضنا في ثنايا البحث جريمة التحرش الجنسي بالأطفال عبر الإنترنيت وقد خلصنا من هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات ندرجها على النحو الآتي:

النتائج

1- يُعد طفلاً كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة من العمر. كما لاتعد الجريمة حديثة النشأة وهيأ الإنترنيت بيئة خصبة لإنتشارها ووسع سوق استهلاكها.

2- يقصد بالإباحية الجنسية إنتاج المواد الاباحية التي يقوم بها الجاني بنفسه أوبواسطة غيره بالإنتاج الكتابي أوالرسومي أو الفوتوغرافي أوالسينمائي أوالفديوي أوالمكالمات الهاتفيةالداعرةأو غير ذلك من الوسائل السمعية والمرئية ووسائل الإتصالات التي يكون موضوعها الجنس(فعل جنسي حقيقي أومحاك)أوحيازة الموادالإباحية المتعلقة بالأطفال بما في ذلك الأطلاع عن عمد على صورة من الإنترنيت أو تنزيل صورة إباحية على الكمبيوتر عن

عمد وغيرهاأوالتحريض والمساعدةعلى إرتكابها، سواء استعان الجاني بطفل حقيقي أو يبدو أنه حقيقي.

3- تتعدد صور إرتكاب الجريمة ومنها صنع المعطيات الإباحية، عرض الصور والأفلام والمحادثات المنافية للآداب العامة والتحريض على الفسق والفجور. وانقسمت الدول في معالجتها أما بالقوانين التقليدية أو بقوانين جديدة.

التوصيات

1-دعوة المشرع العراقي إلى التعجيل بتشريع قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية مع تلافي النقص التشريعي الذي يشوبه بصورة لا تتعارض مع الحقوق والحريات المكفولة في دستور 2005العراقي مع تضمنيه نص يجيز للجهات المعنية حجب المواقع الإباحية مع توفير ضمانات للأطفال الضحايا، وتضمنية مادة تجرم تصفح المواقع الإباحية.وكذلك وضع تعريف واضح للإباحية الجنسية، **ونقترح أن يكون التعريف على الوجه الآتي**، " قيام الجاني بنفسه أوبواسطة غيره بالإنتاج الكتابي أو الرسومي أو الفوتوغرافي أوالسينمائي أوالفديوي أوالمكالمات الهاتفية الداعرة أوغير ذلك من الوسائل السمعية والمرئية ووسائل الإتصالات التي يكون موضوعها الجنس(فعل جنسي حقيقي أو محاك) أوحيازة المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال بما في ذلك الأطلاع عن عمد على صورة من الإنترنيت أوتنزيل صورة إباحية على الكمبيوتر عن عمد وغيرها أوالتحريض والمساعدة على إرتكابها، سواء استعان الجاني بطفل حقيقي أو يبدو أنه حقيقي."

2- دعوة المشرع إلى تعديل نص م/ 403من قانون العقوبات، حيث يؤخذ عليها كثرة التكرار في إيراد عبارة" كتاباً أو مطبوعات.....إذا كانت مخلة بالآداب العامة" وكان الآولى به إيراد عبارة أشياء مخلة بالآداب العامة ليتسع ويشمل مختلف الأمور المنافية للآداب العامة، كما يؤخذ عليها، أن الجريمة لا تتحق في النص العقابي إلا في حالة أن تكون تلك الأشياء مخالفة للآداب العامة، في حين قد تتحق إذا كان وقوعها محتمل الوقوع وفق المجرى العادي للأمور.إذ تعد الجريمة من جرائم الخطر المجرد ووفق النص تتحق بمجرد إرتكاب سلوك يراه المشرع خطراً وكافياً لتحقيق الجريمة، ولايستلزم في الخطر المجرد أن تتعرض الحقوق والمصالح للتهديد، كما الحال في إنشاء موقع إباحي ولم ينشر عليه مايخل بالآداب العامة(الواردة في النص العقابي)لكن لو نشر مايخل بالآداب العامة لخضع للنص العقابي.كما ندعو المشرع إلى تشديد العقوبة إلى السجن الذي لايقل عن 6سنوات ولايزيد عن 10سنوات.

3- تشديد مسؤولية الولي في م/29من قانون رعاية الأحداث العراقي النافذ، في حالة إذا أدى أهمال الولي إلى استغلال من كان لايتجاوز 18من عمره وتحت ولايته وأدى الاستغلال إلى

التحرش الجنسي به لاسيما عبر شبكة الإنترنيت وبالصوره التي ذكرت بالدراسة، **ونقترح النص الآتي**، " يعاقب بالحبس الذي لايقل عن 1سنة ولايزيد عن3 سنوات وبالغرامة التي لاتقل عن مليون دينار، كلّ ولي أهمل في رعاية الصغير أو الحدث أهمالاً إدى به إلى التشرد وأنحراف السلوك."وتشديد عقوبة الولي في م/ 30، **ونقترح النص الآتي**، "يعاقب بالسجن الذي لايقل عن 5 سنوات ولايزيد عن7 سنوات، الولي إذا دفع عمداً بالصغير أو الحدث إلى التشرد وانحراف السلوك بأن يجعله مادة التحرش الجنسي."

4- استحداث مادة في قانون العقوبات حول تجريم الحيازة العمدية للمادة الإباحية **ونقترح النص الآتي**، "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن6أشهر ولا تزيد عن 1سنة وبالغرامة التي لاتقل عن مئة الف دينار وبالمصادرة، كل من حاز بصورة عمدية مواداً إباحيةً بصرف النظر عن عقد العزم لتوزيعها، والتنزيل والمشاهدة العمدية لهذه المواد ويعاقب بذات الفعل من يدل الآخرين على الأماكن التي يسهل العثور على مواد إباحية متعلقة بالأطفال(كموقع الكتروني، دار أو أشخاص يمارسون هذه الأفعال) سواء كان بمقابل أو بدونه."

6- الزام العاملين بقطاع التربية والصحة والتعليم وغيرهم ممن يتعاملون بالتكنلوجيا بتبليغ السلطات المعنية بوجود المواد الإباحية أو آثار التحرش على جسد الأطفال، مع عدم إغفال دور رجال الدين في التوعيه.

7-على الوالدين توعية أبنائهم حول الثقافة الجنسية والتي يتسع معناها من أن تكون ثقافة الفراش وإنما ثقافة حفاظ الأطفال على أعضائهم الجنسية من التحرشات وغيرها من الآفات الإجتماعية المنتشرة حالياً .

الهوامش:

[1] أسامة بن غانم العبيدي، جريمة التحرش الجنسي للإطفال عبر شبكة الإنترنيت (دراسة قانونية)، مجلة الشريعة والقانون،كلية القانون-جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد53 في 2013،ص82.على الموقع الإلكتروني
http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/53/images/2-20%Osama20%-20%20%.pdf

[2] ينظر قانون
- CHILDREN'S ONLINE PRIVACY PROTECTION 91U.S. Code Chapter 15
على الموقع الالكتروني
https://www.law.cornell.edu/uscode/text/6501/15

[3] ينظر في ذلك The Child Abuse Prevention and Treatment Act of 2010على الموقع الإلكتروني

[4] ينظر مجموعة القوانين على الموقع الالكتروني https://www.hg.org/child-pornography.html

[5] ينظر في ذلك Child Status Protection Act (CSPA) of 2010 على الموقع الالكتروني
https://www.uscis.gov/green-card/green-card-processes-and-procedures/child-status-protection-act/child-status-protection-act-cspa

[6] أوقف العمل بهذه المادة في أقليم كوردستان العراق بموجب قانون تحديد سن المسؤولية الجنائية رقم 14 لسنة 2001، إذ جعلت الطفل من لم يتم الحادية عشرة من العمر.

[7] ويراجع في ذلك أيظا مواقف القوانين الاخرى منها المادة57 من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل والمادة 32من قانون الرعاية الإجتماعية رقم 126 لسنة 1980 .

[8] إيرني ألن، المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال: التشريع النموذجي والاستعراض العالمي للتشريعات،المركز الدولي للأطفال المفقودين والمستغلين، ط7، 2013، ص 1، متاح على الرابط الإلكتروني
http://www.icmec.org/en_X1/pdf/Child_Pornography_Model_Law_7th_Edition_Arabic.pdf

[9] بشرى سلمان العبيدي، الإنتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون،جامعةبغداد،٢٠٠٤، ص185،167.

[10] التحرش لغة بأنه: حرشه-حرشا-خدشه والدابة حك ظهرها بعصا أو نحو لتسرع، فهي للإنسان والحيوان أغراء. أنظر في ذلك المعجم الوسط/معجم اللغة العربية/ص172-173/لسان العرب/أبن منظور/ص59ومابعدها.

[11] السيد عتيق، جريمة التحرش الجنسي "دراسة جنائية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون رقم طبعة،2003، ص22.

[12] صباح سامي داود، المضايقة الجنسية، ندوة علمية عقدها قسم القانون الجنائي-كلية القانون-جامعة بغداد،2014، ص9.

[13] المصدر السابق، ص11.

[14] بشرى سلمان العبيدي، مصدر سابق، ص 168.

[15] Tony Krone , *A Typology of Online Child Pornography Offending, TRENDS & ISSUES in crime and criminal justice, A U S T R A L I A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y,* No. 279 July 2004, p.1. available on http://aic.gov.au/media_library/publications/tandi_pdf/tandi279.pdf

[16] المصدر السابق، ص 173، وينظر أيضاً إيرني ألن، مصدر سابق، ص1.

[17] أحمد كيلان عبالله صكر، الجرائم الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون-جامعة بغداد،2002، ص154

[18] رشاخليل عبد، جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبرالإنترنت، بحث منشور في مجلةالفتح، كلية التربية الأساسية، جامعة ديالى، المجلد 2، العددالسابع والعشرون،2006،ص2.

[19] أسامة بن غانم العبيدي، مصدر سابق، ص94.

[20] أسامة بن غانم العبيدي، مصدر سابق.

[21] أحمد كيلان، مصدر سابق، ص157.

[22] المصدر السابق، ص157. و ينظر في ذلك رشاخليل عبد، مصدر سابق، ص2. وتنظر كذلك قضية، *United States of America v. John D. Gries and James McCullars*, 1:11-cr-00191-SEB-DKL, 2014. متوفر على الموقع الإلكتروني
http://www.morelaw.com/verdicts/case.asp?n=1:11-cr-00191-SEB-DKL&s=IN&d=74709

[23] أحمد كيلان عبدالله، مصدر سابق، 158.

[24] جلال محمد الزغبي وأسامة أحمد المناعسة، جرائم تقنية نظم المولمات الإلكترونية،دراسة مقارنة،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010،ص241.

[25] المصدر السابق، ص241. يراجع في ذلك كذلك إيرني ألن، مصدر سابق، ص16.

[26] جلال محمد الزغبي وأسامة أحمد المناعسة ،مصدر السابق، ص159.

[27] المصدر السابق.

[28] إيرني ألن، مصدر سابق، ص13.

[29] أسامة بن غانم العبيدي، مصدر سابق، 108.

[30] ختام حمادي محمود، وسائل حرية التعبير عن الرأي وضماناتها، دراسة مقارنه، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون-جامعة بغداد،2015 ،ص52.

[31] William K. Sessions III, Beryl A. Howell, Dabney L. Friedrich and others, *The History of the Child Pornography Guidelines*. United States Sentencing Commission, 2009.p6 على الموقع الإلكتروني . https://scholar.google.com/scholar?hl=en&q=THE+HISTORY+OF+THE+CHILD+PORNOGRAPHY+GUIDELINES&btnG=&as_sdt=2%1C5&as_sdtp=

[32] The protection of children Against Sexual, 18 U.S. Code § 2252

على الموقع الإلكتروني

https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2252

[33] The Child Protection Act of 1984, PUBLIC LAW 98-292—MAY 21, 1984.

على الموقع الإلكتروني

https://www.govtrack.us/congress/bills/98/hr3635/text

[34] The Cable Communications Policy Act of 1984

على الموقع الإلكتروني

http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title18/pdf/USCODE-2011-title18-partI-chap71-sec1470.pdf.

[35] The Child Protection And Obscenity Enforcement Act of 1988"available in the websitehttp://catalog.hathitrust.org/Record/002777276

[36] The Communication Decency Act of 1996. available on the website http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/cda/cda-final.html

[37] رشا خليل عبد، مصدر سابق، ص64، وينظر أيضاً ختام حمادي محمود، مصدر سابق،ص52.

[38] أسامة بن غانم العبيدي، مصدر سابق، ص112. ويراجع بهذا الشأن كذلك قانون:

CHAPTER 110 - SEXUAL EXPLOITATION AND OTHER ABUSE OF CHILDREN, 1996 US Code, PART I, CHAPTER 110, Sec. 2256.availble on the website http://law.justia.com/codes/us/1996/title18/parti/chap110/sec2256

[39] ينظر الإتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات والمنشورة في الوقائع العراقية بالعدد 4292في 2013/9/30.

[40] فائزةباباخان، قال أنهُ مشروع قانون الجريمة المعلوماتية العراقي، 2012/12/22. مقالة متوفرة على الموقع الإلكتروني=5145http://thejusticenews.com/?p

[41] احمد كيلان عبدالله، مصدر سابق، ص 163.

[42] احمد كيلان عبدالله، مصدر سابق، ص 163 وما بعدها.

[43] يراجع في ذلك أيرني ألن، مصدر سابق، ص3.

[44] احمد كيلان عبدالله، مصدر سابق، ،ص164.

[45] المصدر السابق.

[46] المصدر السابق.

[47] -أنظر ايرلي الن، مصدر سابق، ص5.

نشر المعاهدات الدولية في الجزائر بين تباين النصوص القانونية وتناقض في الاجتهاد والأحكام القضائية *

منعة جمال، أستاذ مساعد قسم "أ"،
قسم القانون العام ،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر

MENAA Djamel, M A"A",
Département de Public,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تتناول هذه الدراسة مسألة نشر المعاهدات في النظام القانوني الداخلي الجزائري، وذلك من خلال تبيان موقف كل من الدستور والتشريع العادي والتنظيمي، بالإضافة إلى التطرق لموقف القضاء من موضوع نشر المعاهدات الدولية في الجزائر، وذلك من خلال تبيان مدى اشتراطه لشرط النشر لتطبيق المعاهدات الدولية التي التزمت بها الجزائر.

الكلمات المفتاحية:

نشر المعاهدات الدولية، تباين، النصوص القانونية، الاجتهاد والأحكام القضائية.

The publication of international treaties in Algeria, between divergence of legal texts and contradiction of jurisprudence

Abstract :

This study addresses the issue of the publication of treaties in Algeria's domestic legal system, and reflecting the position of the Constitution and ordinary regulatory legislation, in addition to the position of the judiciary on the issue of the dissemination of treaties in Algeria to cope, and reflecting the extent of its requirement that the requirement to publish the application of international treaties to which it is committed Algeria .

Keywords:

Publication of international treaties, divergence, legal texts, jurisprudence.

تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/09/24 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

La publication des traités internationaux en Algérie, entre divergence des textes juridiques et contradiction de la jurisprudence

Résume :

Cette étude aborde la question de la publication des traités dans le système juridique interne de l'Algérie, et en reflétant la position de la Constitution et la législation réglementaire ordinaire, en plus de la position du pouvoir judiciaire sur la question de la diffusion des traités internationaux en Algérie pour faire face, et en reflétant l'étendue de son exigence selon laquelle l'exigence de publication de l'application des traités internationaux auxquels elle est engagée Algérie.

Mots clés :

La publication des traités internationaux, divergence, textes juridiques, jurisprudence.

مقدمة

لما كان إجراء نشر المعاهدات الدولية داخليا يهدف إلى إخبار وإعلام الأفراد بمضمونها ليكونوا على بينة من حقوقهم وعلى ما تفرضه عليهم في مقابل ذلك[1]، تفاديا جهل المتقاضين لها وإهمالا لحقوقهم المترتبة عنها، وتطبيقا لمبدأ " لا يعذر أحد بجهل القانون".

وقد أدركت جل القوانين الداخلية لأكثرية دول العالم اليوم وخاصة منها دساتيرها، بأنه لا يمكن تحقيق الغرض من وراء عملية النشر المشار إليه أعلاه إلا بالتنصيص صراحة على إلزامية النشر للمعاهدات الدولية وفقاً للأوضاع المقررة في الدساتير حتى تتدمج تلك المعاهدات في القانون الوطني، وعلى سبيل المثال لا حصرما أشار إليه الدستور الفرنسي لعام 1958 بوضوح تام في مادته 55[2]،وكذا الدستور المصري لسنة 1971 في مادته 151[3].

كما أن الامم المتحدة قد عمدت الى نشر المعاهدات التي تقوم الاطراف بتسجيلها لدى امانتها العامة، مكافحة للمعاهدات السرية، وخصصت لذلك دورية التي توجد في مراكز الامم المتحدة للإعلام وفي مكاتبها الخارجية بالدول الاعضاء بالمنظمة.

وحثا للدول على تسجيل المعاهدات التي تكون طرفا فيها نصت المادة 102 من ميثاق الامم المتحدة على ان ليس لأي طرف في معاهدة أو اتفاق دولي لم يسجل وفقا للفقرة الاولى من المادة المذكورة ان يتمسك بتلك المعاهدة أو ذلك الاتفاق امام أي فرع من فروع الامم المتحدة.

الا ان في الجزائر يلاحظ ان الدساتير التي تعاقبت عليها منذ دستور 1963 حتى دستور 2016 لم تتضمن اية اشارة الى نشر المعاهدات كشرط لتطبيقها في النظام القانوني الجزائري، وأن بعض النصوص التشريعية الجزائرية قد اعتبرت نشر المعاهدات الدولية في مجال سريانها شرطا لتطبيقها.

لذلك فإن تطبيق المعاهدات التي اشترطت النصوص التشريعية الجزائرية ضرورة نشرها لا يثير اي إشكال. لكن الامر يختلف بالنسبة للمعاهدات الاخرى التي لا يوجد نص يقضي بضرورة نشرها حتى تقدم في التطبيق على التشريعات الوطنية.

هذا فبينما قد يحدث في الممارسة ان لا يأمر رئيس الجمهورية أو الجهة المختصة بنشر نص المعاهدة في الجريدة الرسمية أو أن تأمر بنشرها بعد زمن طويل من دخولها حيز النفاذ فإن الاجتهاد القضائي الجزائري منقسما فيما يخص اعتبار النشر شرطا جوهريا لا يمكن تطبيق المعاهدات الدولية في الجزائر بدونه.

ونتيجة لما سبق فإن اشكالية هذه الدراسة تتحدد على الشكل التالي: هل يعتبر النشر شرطا لنفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الجزائري؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية فإن الضرورة تستوجب تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين اثنين، وهما: موقف القانون الداخلي من نشر المعاهدات الدولية (المبحث الأول)، وموقف القضاء الجزائري من نشر المعاهدات الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تباين النصوص القانونية من مسألة النشر

لمعرفة مدى اشتراط القانون الجزائري الداخلي نشر المعاهدات الدولية لنفاذها في الجزائر، ينبغي الإشارة لموقف الدستور(المطلب الأول)، وبعد ذلك التطرق لموقف التشريع الجزائري العادي منه والتنظيمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سكوت المؤسس الدستوري الجزائري من نشر المعاهدات الدولية

الفرع الأول: عدم اعتماد المشرع الدستوري على مسألة النشر

باستقراء وتحليل مضمون المادة 42 من دستور الجزائر لعام 1963[4]، والتي تنص على أنه:" يوقع رئيس الجمهورية بعد استشارة المجلس الوطني ويصادق على المعاهدات والاتفاقيات، والمواثيق الدولية ويسهر على تنفيذها ""، والمادة 159 من دستور 1976 التي تنص على أن: (المعاهدات الدولية المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية طبقا لأحكام المنصوص عليها في الدستور تكتسب قوة القانون)، والمادة 123 من دستور 1989 التي تنص: (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون)، والمادة 132 من دستور 1996 والتي جاءت بصورة متكررة للمادة 132 من دستور 1989، وطبقا كذلك لنص المادة 150 من التعديل الدستوري الأخير لعام 2016 والتي جاءت بنفس الصيغة الواردة في المواد السابقة الذكر.

إن ما يستنتج من النصوص السابقة الذكر هو عدم النص على ضرورة نشر المعاهدات الدولية كشرط لتطبيقها في المجال الداخلي الجزائري، مما يفيد أنه ليس هناك إلزام دستوري لنشر المعاهدات، وهذا ما قد يؤدي إلى عدم نشر المعاهدات الدولية خاصة تلك التي لها انعكاسات على حقوق وواجبات المواطنين في الجريدة الرسمية، وبالتالي حرمانهم من حقوقهم التي تتضمنها تلك المعاهدات، وكذا التمسك بها وتطبيقها من طرف القاضي الجزائري، إذ أن هذا الأخير لا يطبق إلا القانون المنشور طبقا لنص المـادة 04 من القانون المدني الجزائري[5] ، والتي تنص على أنه: (تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية ...)، وغير ذلك من النتائج السلبية التي قد تترتب جراء عدم نشر المعاهدات الدولية في الجزائر.

وإذا كان الدستور الجزائري الحالي والدساتير التي سبقته لم تتضمن أية إشارة إلى نشر المعاهدات كشرط لتطبيقها في النظام القانوني الجزائري، فإن بعض النصوص التشريعية العادية منها والتنظيمية قد تضمنت الإشارة إلى نشر المعاهدات الدولية والتي سيتم تبيانها لاحقا.

الفرع الثاني: أسباب وخلفيات سكوت المؤسس الدستوري عن إجراء نشر المعاهدات

إن مراجعة المادة 150 من الدستور الجزائري الجديد العام 2016 والتي ظهرت بنفس الصيغة التي جاءت بها المادة 132 من دستور 1996 والتي نصت على أن:" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو القانون. "

تؤكد بأن الدستور الجزائري لا يتضمن أية إشارة إلى نشر المعاهدات الدولية كشرط لتطبيقها في المجال الداخلي الجزائري، بخلاف ما فعلت أغلبية دساتير الكثير من الدول في العالم.

وبالرغم من ضرورة إجراء النشر في عملية تطبيق أية قاعدة قانونية هذا ما يدفع إلى التساؤل عن أسباب وخلفيات هذا الإغفال الذي يبدو انه ليس نتيجة سهو أو هفوة وإلا كيف نفسر عدم إصغاء المؤسس الدستوري لنداءات كثيرة للباحثين الجزائريين ذوي الاختصاص الذين طالبوا منه بضرورة إضافة اشتراط إجراء نشر المعاهدات إلى جانب التصديق عليها لتطبيقها في الجزائر، والغريب في الأمر انه كانت له عدة فرص والمتمثلة في تعديلات الدستور العديدة وهذا ما يزيد الفضولية حدة.

وكمحاولة لتفسير فكرة عدم اشتراط إجراء النشر من طرف المؤسس الدستوري الجزائري ذهب البعض إلى القول بأن ذلك يعود ربما الى رغبة السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية التحكم أكثر في السياسة الخارجية[6] .

كما ارجع البعض الأخر ذلك لدواعي سياسية وأمنية أو من أجل إعطاء فرصة للدولة الجزائرية لتقوم بملائمة قوانينها مع المعاهدات الدولية[7] إن تطلب الأمر ذلك، خاصة وأن هذه الأخيرة تسمو القانون، إلا أن هذه الآراء تبقى دائما نظرية ولم تبين لنا الأساس الذي اعتمدت عليه لذلك فإنه من الصعب اعتمادها وبالتالي لا يبقى أي تفسير سوى القول ربما يعود ذلك إلى أن النظام القانوني الجزائري متأثر جدا بالمدرسة الأحادية مع سمو القانون الدولي لذا سمح بالاندماج التلقائي للقواعد القانونية الدولية التي تتضمنها المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفقا لأحكام الدستور الجزائري، وأن سريانها في المجال الداخلي الجزائري لا يتطلب أي إجراء خاص مستهدفا من وراء ذلك تبسيط نفاذها .

كما قد يعود عدم اشتراط النشر في الدستور لكون السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية فضلت إسناد المهمة لوزير الخارجية، كما يفهم من تحليل المراسيم المتعلقة باختصاصات وزير الخارجية مثل المرسوم الرئاسي رقم 403/02 المؤرخ 26 نوفمبر2002 في مادته 16 والتي تنص على " تعمل وزارة على المصادق على الإتفاقات والاتفاقيات والبروتوكولات، والتنظيمات والمعاهدات الدولية، وتسهر على نشرها مع التحفظات أو التصريحات التفسيرية عند الاقتضاء ، التي توضح وترافق الالتزامات التي تعهدت بها الجزائر".

المطلب الثاني : إقرار النشر في بعض النصوص التشريعية

أمام غياب أي تنظيم دستوري لمسألة نشر المعاهدات الدولية في الجزائر منذ الاستقلال مثلما سبق وأن تم شرحه سابقا، فإن بعض النصوص القانونية التشريعية والتنظيمية اعتبرت نشر المعاهدات الدولية شرطا لسريانها.

الفرع الأول: إقرار النشر في النصوص التشريعية

كما جاء في قانون الجنسية الصادر بموجب الأمر 86/70[8]، والذي نص في مادته الأولى على أنه: " تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون، وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدة والاتفاقات الدولية التي يصادق عليها ويتم نشرها " .

وما يلاحظ من خلال مضمون نص المادة السابقة الذكر أن المعاهدات المعنية بالنشر هي فقط تلك المتعلقة بمسائل الجنسية، أما بالنسبة لباقي المعاهدات فإن النص لا يمكن الاستئناس ولا حتى الاستشهاد به للقول بأن هناك إلزامية لنشر المعاهدات الأخرى خارج معاهدات الجنسية لنفاذها في الجزائر.

الفرع الثاني: إقرار النشر في النصوص التنظيمية

وقد تطرقت النصوص التنظيمية المتعلقة باختصاصات وزير الشؤون الخارجية لمسالة نشر المعاهدات، ومن بينها المرسوم الرئاسي رقم 02-403 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 في مادته 16، والتي تنص على أنه: "تعمل وزارة الشؤون الخارجية على المصادقة على الاتفاقات، والاتفاقيات والبروتوكولات، والتنظيمات والمعاهدات الدولية، وتسهر على نشرها مع التحفظات أو التصريحات التفسيرية عند الاقتضاء، التي توضح وترافق الالتزامات التي تعهدت بها الجزائر"[9].

يستنتج من قراءة العبارة المستعملة أن الأسلوب الذي تم بمقتضاه كتابة المادة 16 من المرسوم السابق يوحي بعد التفكير والتأمل أن الأمر لا يرقى إلى درجة الالتزام وإنما هو مجرد اختيار لا أكثر ولا أقل، وهو ما يفهم من عبارة: (تسهر على نشرها)، ونعتقد ان استعمال المشرع التنظيمي لهذا الأسلوب كان مقصودا ليتسنى له عدم إلزام وزير الخارجية بنشر كل المعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر، لما تحيط بها من معطيات سياسية وأمنية في بعض الأحيان، شأنها في ذلك شأن جميع الدول تقريبا[10].

غير أن هذه الأسباب لا يجب أخذها كذريعة لعدم نشر المعاهدات لأن هناك من المعاهدات تستلزم نشرها، خاصة منها المرتبطة بحقوق الأفراد وحرياتهم، وبعبارة أخرى ينبغي أن تخضع عملية النشر لنوع من التوازن بين المصالح الخاصة للفرد والمصالح الأمنية للدولة[11].

المبحث الثاني: موقف القضاء الجزائري من اشتراط النشر

لقد اعتبر الاجتهاد القضائي الجزائري في العديد من الحالات النشر شرطا جوهريا لا يمكن تطبيق المعاهدات بدونه على الرغم من عدم إشارة المؤسس الدستوري لإلزامية نشرها (المطلب الأول)، واعتبره في حالات أخرى غير ملزم إذ قبل تطبيق المعاهدات رغم عدم نشرها في الجريدة الرسمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اعتماد الاجتهاد القضائي للمعاهدات المنشورة

لقد قرر المجلس الدستوري بمقتضى قراره المؤرخ في 1989/08/20 أن المعاهدات الدولية لا يكون لها أي أثر قانوني في النظام القانوني الجزائري ما لم تكن في آن واحد محل تصديق ونشر في الجريدة الرسمية، رغم أنه لا توجد نصوص دستورية أو تشريعية تجعل إجراء نشر المعاهدات الدولية إلزاميا، حيث جاء في نص القرار المذكور سابقاً أنه: "... ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تندرج في القانون الوطني وتكسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة سمو على القوانين، وتخول لكل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية"، وقد يفهم من هذا النص أن المجلس الدستوري قد استند في

موقفه هذا إلى وجود مبدأ قانوني عام يجعل نشر التشريعات الداخلية أو ما في حكمها شرطاً جوهرياً للتمسك بها في وجه الأشخاص[12].

وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2002/02/11 والمتعلق بالملف رقم 288587 بوجوب النشر لتطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية الموافق عليهما من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966، واللذان انضمت إليهما الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16ماي 1989 وهو ما يفهم من نص القرار الذي جاء على النحو التالي:(وبعد الإطلاع على أحكام المادة 11 من الاتفاقية المذكورة أعلاه والمنشورة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 11 المؤرخ في 26 فيفري 1989 والتي جاء فيها ما يلي:" لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي.")[13].

كما نجد أن المجلس الأعلى[14] أصدر قرارا بتاريخ 1966/10/11 تضمن إلزامية اشتراط إجراء النشر لتطبيق المعاهدة داخل المجال الداخلي الجزائري.

إن قرار المجلس الأعلى المذكور لم يشر إلى التصديق بل أشار إلى النشر وتاريخه في الجريدة الرسمية، كما اتخذ المجلس نفس الموقف في قراره الصادر بتاريخ 1980/04/03[15].

ونظرا لكثرة الاجتهاد القضائي الذي يؤكد وجوب النشر للمعاهدات الدولية لسريانها داخل المجال الجزائري خاصة في الآونة الأخيرة، فإنه يلاحظ توجه الممارسة الجزائرية بصفة ملفتة للنظر إلى تكريس النشر للمعاهدات الدولية، وهو ما يظهر من خلال العديد من القرارات التي لها نفس الاتجاه في حكم هذه المسألة.

ولذلك يمكن القول بإن التصديق والنشر شرطان أساسيان لاندماج المعاهدات في نظر بعض الاجتهاد القضائي الجزائري.

المطلب الثاني: عدم اكتراث الاجتهاد القضائي بشرط النشر

في الوقت الذي كرس فيه الاجتهاد القضائي شرط النشر للمعاهدات، فإنه هناك أحكام وقرارات قضائية لا تشير للنشر بل اكتفت بالإشارة إلى التصديق فقط، مثلما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 29 مارس عام 2011 في قضية تتعلق بجنحة عدم تسليم طفل، وهو ما يفهم من نص القرار الذي جاء على النحو التالي:

" وحيث أنه تطبيقاً لنصوص المادتين 131 و132 من الدستور فإن رئيس الجمهورية يصادق على المعاهدات الدولية المتعلقة بقانون الأشخاص والتي تدخل ضمن إطارها اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 92-461 وأن هذه الأخيرة وبعد المصادقة عليها حسب الشروط المنصوص عليها تسمو على القانون."،

وهو نفس الموقف الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/02/22 في ملف رقم 167921 والمتعلق بقضية جنحة النقل والمتاجرة في المخدرات عن طريق الغش، وهو ما يفهم من نص القرار الذي جاء كما يلي:(حيث أنه من الثابت أن المبالغ المالية المحجوزة من قبل الضبطية القضائية حصل عليها المتهمون من خلال بيع المخدرات)[16].وحيث أنه في هذا الصدد تنص اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية الموافق عليها بفيينا في 1988/12/20، على أنه:" يتخذ كل طرف ما قد يلزم من تدابير لتمكين من مصادرة المتحصلات من الجرائم المنصوص عليها بالمادة الأولى الفقرة الثالثة والمتمثلة في قضية الحال في المتاجرة بالمخدرات".[17]وحيث تمت المصادقة على الاتفاقية المذكورة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91/95 المؤرخ في 1995/01/28، وبما أن المادة 132 من الدستور تقر صراحة أن المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها تفوق الساري المفعول وتصبح بالتالي جزءاً من التشريع الجزائري....".

وما يستشف من خلال ما ذهب إليه الإجهاد القضائي الجزائري بشأن مسألة نشر المعاهدات الدولية هو عدم اتفاق أرائه حول هذه المسألة، بسبب عدم النص بإلزامية النشر صراحة ضمن أحكام الدساتير الجزائرية المتعاقبة، وخاصة منها الدستور الساري المفعول، ونفس الأمر يقال لمختلف التشريعات والتنظيمات السارية المفعول.

وهكذا يمكن القول أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يحدد كل الإجراءات اللازمة لإدماج المعاهدات ضمن القانون الوطني مثلما فعلت الكثير من الدول في العالم، كما أن هناك عدم انسجام بين النصوص القانونية الجزائرية والممارسة الجزائرية، إذ أن الدستور يشترط لإدماج المعاهدة الدولية في الجزائر التصديق فقط بينما يضيف المجلس الدستوري شرط النشر وقد أحسن صنعاً.

والواقع ان الكثير من المعاهدات الدولية غير المنشورة بالجريدة الرسمية بشكل او بآخر او تأخر نشرها كثيرا، وهذه المعاهدات فإذا كان لا يمكن التمسك بها امام القضاء في الجزائر ولا تطبق من طرف المحاكم الجزائرية بدعوى انها غير منشورة فغن الحكومة الجزائرية رغم ذلك تكون ملزمة باحترامها ومراعاة احكامها بمجرد التصديق عليها والانضمام اليها بذلك فان عدم نشر المعاهدات او التأخر في نشرها من طرف السلطات المختصة، واشتراط النشر من قبل القضاء يؤديان في الواقع الى الإضرار بحقوق المتقاضين، لذلك فان هذا الوضع يستدعي ان تغير السلطات المختصة بالنشر موقفها عن طريق إجراء يلزم النشر.

خاتمـة

حاولنا من خلال دراستنا التحليلية والتطبيقية لموضوع نشر المعاهدات الدولية في النظام القانوني الجزائري من مختلف جوانبه، إبراز مدى اعتماد المؤسس الدستوري الجزائري على النشر كآلية لإدماج مختلف المعاهدات الدولية الملتزم بها فيه، وقد اعتمدنا في ذلك إتباع خطة منهجية تقوم على دراسة وتحليل الأحكام الواردة في كل الدساتير الجزائرية المتعاقبة وبعض قوانينها العادية والتنظيمية والقرارات القضائية ذات الصلة بهذا الموضوع، وقد تبين أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يتدارك إغفاله لمسألة إلزامية نشر المعاهدات الدولية، رغم التعديلات التي شملت مختلف تلك الدساتير،

وما يلاحظ أن مسألة إلزامية نشر المعاهدات الدولية تضمنها قانون الجنسية الجزائري، بينما اكتفى النص التنظيمي بمنح وزير الخارجية السلطة التقديرية في نشر المعاهدات، أما وفيما يخص الاجتهاد القضائي الجزائري فقد أكد بأن المعاهدات الدولية لا تنتج آثارها في المجال الداخلي الجزائري ما لم تكن في آن واحد مصادق عليها ومنشورة في الجريدة الرسمية .

وهكذا يمكن القول أن هناك عدم انسجام بين النصوص القانونية الجزائرية والممارسة الجزائرية فيما يخص مسألة نشر المعاهدات، ورغم ذلك يضل إجراء نشر المعاهدات الدولية في الجزائر وسيلة من وسائل إدراجها داخل النظام القانوني الجزائري، غير أنه يبقى غير ملزم مما قد يؤدي إلى عدم نشر بعض المعاهدات التي تتضمن حقوق وحريات الأفراد، وبالتالي خرق حقوق الإنسان وهو ما يرتب المسؤولية الدولية. حيث والحال كذلك فإنه يمكن أن ندرج في هذا المجال بعض الاقتراحات، وهي كالتالي:

- ضرورة سن قانون تبين فيه شروط وإجراءات نشر المعاهدات المتصلة بحقوق وحريات الأفراد، والقول بإلزامية نشر تلك المعاهدات.
- ونظراً لكثرة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر، وصادقت عليها، أو انضمت إليها، فإنه ينبغي إصدار كتاب سنوي خاص بمجموعة المعاهدات والاتفاقات التي التزمت بها الجزائر، محتوياً بياناً بتلك الاتفاقيات، وذلك بعد تصنيفها وتبويبها، ليسهل مراجعتها من طرف القائمين على تنفيذ هذه المعاهدات والاتفاقيات والباحثين والطلبة والموطنين.

ونأمل أن تكون هذه الدراسة المتواضعة لموضوع نشر المعاهدات في النظام القانوني الداخلي الجزائري محفزا للمؤسس الدستوري الجزائري لمعالجة هذه المسألة، وذلك بتضمين بعض أحكام الدستور بعد تعديله بمواد تؤكد إلزامية نشر المعاهدات على غرار ما سلكته معظم دساتير دول العالم.

الهوامش:

[1] ويعرف النشر بأنه الوسيلة التي يتم من خلالها إعلام الأفراد بالتشريع، والنشر يختلف عن الإصدار وذلك أن النشر هو أمر مادي يلي الإصدار ويتم بظهور القانون في الجريدة الرسمية، والغرض منه إبلاغ الجمهور بالقانون ليكون على دراية به قبل تطبيقه، أما الإصدار فهو عمل قانوني متمم للقانون ذاته، ويحتوي أمرين، أولهما شهادة رئيس الدولة بأن البرلمان قد أقر القانون وفق أحكام الدستور، والأمر الثاني هو أمر جميع الهيئات والسلطات بتنفيذ القانون كل فيما يخصه، أنظر: ميلود خيرجة، إنفاذ المعاهدات الدولية في القانون الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2015، ص216.

[2] المادة 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 تنص على :(إن الاتفاقات أو المعاهدات المصادق عليها أو الموافق عليها بطريقة صحيحة لها سلطة أعلى من القانون منذ تاريخ نشرها....).

[3] المادة 151 من الدستور المصري لسنة 1971 نصت على أن: (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يتناسب من البيان ولكون قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة).

[4] منعه جمال، نفاذ المعاهدات في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الدولي تخصص العلاقات الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002،ص 56.

[5] المادة 04 من الأمر رقم 85/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[6] قادري نسيمة، الممارسة الجزائرية في مجال الآليات التشريعية الدولي الخاصة بحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو 2009، ص 55.

[7] حسين حياة، التصديق على المعاهدات الدولية، اطروحة دكتوراه في القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 292 وما يليها.

[8] المادة الأولى من الأمر 86/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بامر رقم 01/05 المؤرخ في 2005/02/27.

[9] عيسات كهينة، صلاحيات وزير الخارجية في مجال المعاهدات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، ص ص 92-94.

[10] منعه جمال، المرجع السابق، ص 58.

[11] جبار عبد المجيد، التأملات حول قرار المجلس الدستوري فيما يتعلق بقضايا المرتبطة بالمعاهدات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جزء 34، رقم 01، الجزائري 1996، ص 147 وما يليها.

[12] منعه جمال، المرجع السابق، ص 58.

[13] قرار المحكمة العليا المؤرخ في 29 مارس عام 2011. غير منشور.

[14] لقد استخلف المجلس ا لأعلى بالمحكمة العليا حالياً.

[15] حسين حياة، مرجع سابق، ص 293.

[16] قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/02/22 في الملف رقم 167921، قرار غير منشور.

[17] قرار المحكمة العليا ملف رقم 167921 قرار غير منشور.

العقبات الأمريكية في وجه النفاذ المباشر لاتفاقيات حقوق الإنسان على إقليمها *

مهني هيبة، طالبة دكتوراه،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة باتنة 1، باتنة، الجزائر.

MEHENNI Hiba, Doctorante,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Batna 1, Batna, Algérie.

الملخص:

أبدت الولايات المتحدة الأمريكية عديد من التحفظات والاتفاقات الضمنية والتصريحات على الاتفاقيات الأربع لحقوق الإنسان التي صادقت عليها. وقد مست نصوصا جوهرية فيها. وكان أخطرها تلك التصريحات المتعلقة بعدم النفاذ المباشر. مما جعل اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها غير قابلة للتنفيذ المباشر. وقد انتقد الفقه تعسف الولايات المتحدة الأمريكية في استعمال هذه الوسائل وحاول وضع حلول لكيفية استبعادها، من خلال سن تشريع عالمي يجعل كل اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها من طرف الولايات المتحدة الأمريكية قابلة للتطبيق في محاكمها الداخلية.

الكلمات المفتاحية:

تحفظات، تصريحات، اتفاقيات حقوق الإنسان- النفاذ المباشر.

The American Obstacles Against the Direct Application of Human Rights Treaties on the American's territory

Abstract:

The United States of America had expressed several reservations; understandings and declaration (R.U.D) concerning the four human rights treaties witch were ratified. This R.U.D have touched the most fundamental provisions in treaties, and the most dangerous one was the declarations of non-self-executing. Thus, the ratified treaties of human right were no direct implemented.

The abusive use of those instruments by USA has been critiqued by doctrine. Hence doctrine has tried to develop solutions in order to eliminate such use of treaties. Those solutions consisted in setting universal legislation that makes all human rights treaties applicable in U.S courts.

Keywords:

Reservations, Understanding , Declaration , Human Rights Treaties, Self- Executing.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/06/12 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/04 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Les obstacles américains à l'exécution directe des traites relatifs aux droits de l'Homme sur son territoire

Résumé :

Les Etats-Unis d'Amérique ont émis plusieurs réserves tacites et expresses quant à l'exécution, sur son territoire, des quatre conventions relatives aux droits de l'Homme. Il est question ici, de l'exécution directe desdites conventions. Une telle position est critiquée par la majorité des observateurs du droit international en demandant aux USA d'adopter une solution qui permet à ses juridictions internes d'appliquer de telles conventions.

Mots clés :

Réserves, déclarations, traites des droits de l'homme, exécution directe.

مقدمة

صادقت الولايات المتحدة الأمريكية على أربعة اتفاقيات لحقوق الإنسان وهي:العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، اتفاقية منع الإبادة، اتفاقية منع كل أشكال التمييز العنصري، اتفاقية مناهضة التعذيب وكل ضروب المعاملة القاسية والمهينة.إلا أن تصديق الولايات المتحدة لم يكن بريئا، إذ قرنته ببعض السلوكات التي ألغت أو عدلت بعض نصوص الاتفاقيات كإبداء التحفظات والاتفاقات الضمنية والتصريحات لاسيما المتعلقة بعدم النفاذ المباشر.و قد شكل سلوكها هذا عائقا أمام نفاذ تلك الاتفاقيات في قانونها الداخلي، وحال دون تطبيقها من طرف المحاكم الأمريكية. وتبدو الأهمية العملية للموضوع في عدم امكانية نفاذ اتفاقيات مصادق عليها ليس لكونها ذات تنفيذ غير مباشر. وإنما أصبحت كذلك نتيجة ما لحقها من تصريحات. ومن ثمة، لا يمكن إثارتها في أي نزاع يتعلق بها، إلى أن يسن الكونغرس التشريع التطبيقي لكل معاهدة على حدى. الأمر الذي دفع إلى التساؤل عن كيفية مواجهة هذه المشكلة، وهل هناك حلول تسمح بتطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان دون ضرورة انتظار صدور القوانين المطبقة لها؟ للإجابة على هذه المسائل، تم اعتماد المنهج الوصفي، من خلال إبراز مبحثين أساسيين: أشرنا في الأول إلى السياسة الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان في قانونها الداخلي ومدى مشروعيتها، أما المبحث الثاني، فتعرضنا فيه إلى الحلول المقترحة لعلاج الموقف الأمريكي ورؤية مستقبلية لصالح اتفاقيات حقوق الإنسان.

المبحث الأول: السياسة الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان في قانونها الداخلي ومدى مشروعيتها

قرنت الولايات المتحدة الأمريكية تصديقها على اتفاقيات حقوق الإنسان، بعديد من التحفظات والاتفاقات الضمنية والتصريحات، حالت دون تطبيقها في المحاكم الداخلية، مما أثر سلبا على حقوق الإنسان داخليا وخارجيا. الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول مدى مشروعيتها من وجهة نظر الفقه والقانون والقضاء الدولي. وسنتطرق في هذا المبحث إلى محتوى هذه السياسة الأمريكية ثم إلى مدى مشروعيتها.

المطلب الأول: السياسة الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان والوسائل المستعملة في تنفيذها

اتجهت السياسة الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان إلى تطبيق مقترب وحدوي في إدماجها وآخر ثنائي في العمل القضائي، فضلا عن عدم التزامها بنصوص الاتفاقيات كما هي، بحيث استثنت على نفسها تطبيق بعض النصوص. أما تلك التي لم تدخل ضمن دائرة الاستثناء، فتبقى ملتزمة بها كغيرها من الدول. وسنوضح بداية محتوى هذه السياسة، ثم نستعرض الوسائل القانونية المستعملة لتطبيقها.

الفرع الأول: محتوى السياسة الأمريكية

تعتمد الولايات المتحدة الأمريكية بصدد الاتفاقيات الدولية عموما بما فيها اتفاقيات حقوق الإنسان سياسة وحدوية في الإدماج وثنائية في التطبيق. حيث تظهر مظاهر الأولى في اعتماد أسس مدرسة الوحدة المتعلقة بالإدماج المباشر، أما من ناحية العمل القضائي فتبرز السياسة الثنائية للولايات المتحدة، من خلال تطبيق قاعدة القانون اللاحق في الزمن يلغي القانون السابق. وقد طبقها القضاء الأمريكي في عديد من القضايا المعروضة أمامه، كقضية Breard ضد Green وقضية La Grand. إلا أن المحاكم الداخلية تسعى دائما للتوفيق بين القاعدة الدولية والقاعدة الداخلية المتعارضة معها. فإن استحال ذلك طبق القاضي القاعدة الداخلية وتتحمل الدولة المسؤولية الدولية. وهو ما تقضي به المدرسة الثنائية تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات وعدم تدخل السلطة القضائية في مجال التشريع. مما يقف عائقا أمام تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان داخل الولايات المتحدة.من جهة أخرى، حتى وإن أدمجت المعاهدة بشكل مباشر فهذا لا يعني قابليتها للنفاذ المباشر.لأن ذلك مرهون بتحديد طبيعتها إن كانت ذات تنفيذ مباشر أو غير مباشر. ولقد حلت المحاكم الأمريكية النزاعات الناتجة عن اتفاقيات حقوق الإنسان، ومنحت أولوية لهذه الأخيرة متى كانت ذات تنفيذ مباشر انطلاقا من تساوي المعاهدة في الدرجة مع القانون الفدرالي. أما إن كانت المعاهدة ذات تنفيذ غير مباشر، فإن أولوية التطبيق تكون للقانون الداخلي. لكن المشكل يثور بشأن الاتفاقيات التي أصبحت ذات تنفيذ غير مباشر بتدخل أمريكي من خلال تصريح عدم النفاذ المباشر، وهو ما سنوضحه ضمن الفرع الثاني مع وسائل أخرى للتحلل من اتفاقيات حقوق الإنسان.

الفرع الثاني : الوسائل القانونية الأمريكية للتحلل من التزاماتها الاتفاقية وحجمها

فضلا عن قاعدة القانون اللاحق في الزمن يلغي القانون السابق، تلجأ الولايات المتحدة إلى وضع عقبات أخرى في شكل وسائل قانونية للتحلل من بعض الالتزامات التي تفرضها

اتفاقيات حقوق الإنسان، كالتحفظ والاتفاق الضمني والتصريح خاصة ما تعلق منه بالنفاذ غير المباشر. ويتعين بداية توضيح هذه المفاهيم ثم نعرج إلى تبيان حجمها.

أولا/الوسائل الأمريكية للتحلل من الالتزامات الاتفاقية

شكلت التحفظات والاتفاقات الضمنية والتصريحات عقبات قانونية أمريكية لرفض تطبيق بعض النصوص القانونية، ولكل منها مدلوله الخاص. الأمر الذي يقتضي منا تحديد مفاهيمها والتمييز بينها.

1 /تحديد المفاهيم (التحفظ، الاتفاق الضمني، التصريح) : تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 تناولت التحفظ وبينت الأحكام المتعلقة به، دون أن تتطرق إلى الاتفاق الضمني أو التصريح. لأنهما مرتبطان بالسياسة الداخلية للدولة، وليس القصد منهما تعديل الأثر القانوني لحكم معين في المعاهدة أو إلغائه[1]. بحيث تركت مهمة تعريفهما إلى الفقه .و سنعرف التحفظ وفقا لما ورد في الاتفاقية. أما الاتفاق الضمني والتصريح فسنستعين بالتعريف الفقهي لهما.

أ-تعريف التحفظ: عرف البند "د" من الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 التحفظ، بأنه تصريح صادر عن الإدارة المنفردة، تصدره الدولة وقت توقيعها أو تصديقها أو انضمامها إلى المعاهدة أو قبولها لها أو الموافقة عليها، بغرض استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة، في مواجهة تلك الدولة[2].

ب-تعريف الاتفاق الضمني: هو عبارات تفسيرية توضح أوتوسع نصوص اتفاقية معينة كما فهمها مجلس النواب، لكن لا تلغيها[3].

ج-تعريف التصريح: يصدر مجلس النواب تصريحات متعددة، أخطرها تلك المتعلقة بعدم النفاذ المباشر للاتفاقية. ويعرف التصريح على أنه عبارات صريحة تعبر عن موقف مجلس النواب أو رأيه حول مسائل أثارتها الاتفاقية ككل أو نصوص خاصة فيها[4].

2/التمييز بين التحفظ، الاتفاق الضمني، والتصريح: لقد أشرنا فيما تقدم، إلى أن كل من الاتفاق الضمني والتصريح ليسا من قبيل التحفظات، لأنهما لا يهدفان إلى استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لحكم في المعاهدة. ومن جهة أخرى، أغلب التصريحات التي أصدرها مجلس النواب تعلقت بعدم النفاذ المباشر لنصوص جوهرية في الاتفاقية وأحيانا استبعدتها كلها تتعارض في أغلبها مع غرض وموضوع المعاهدة. وهو ما لا يتفق وتحقيق الالتزام بنتيجة المفروض على الدول، في ضرورة إدماج الاتفاقية ضمن قانونها الداخلي بوسيلة تختارها، شرط أن تكون فعالة في تحقيق الغرض الذي أبرمت من أجله المعاهدة. كما أن مجلس النواب لم يصدرها في شكل تحفظات، بل في شكل تصريحات، لأنه يدرك الفرق بين الاثنين.

فلو جعلها في شكل تحفظات لرفضت أصلا. لأنها تتعارض مع المعيار الذي أقرته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري لسنة 1951، والقاضي بضرورة توافق التحفظ مع موضوع وغرض المعاهدة. وهو ما اعتمدته أيضا اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 في مادتها 19. بمعنى آخر، هناك فرق بين التحفظ من جهة، والاتفاق الضمني والتصريح من جهة أخرى .حيث يهدف الأول إلى استبعاد أثر قانوني لحكم معين في المعاهدة أو إلغائه. في حين يتعلق الثاني بالسياسية الداخلية للدولة، دون تعديل أو إلغاء لأحكام المعاهدة[5]. بل لا يطرح أية مشاكل إلا على المستوى الداخلي فيما يتعلق بعدم نفاذ النصوص المدرجة عليها. فتصريحات عدم النفاذ المباشر، التي تضعها الولايات المتحدة الأمريكية على اتفاقيات حقوق الإنسان لا تعني أنها غير ملزمة بها، وإنما تعني أنها تتطلب لنفاذها داخليا اتخاذ إجراءات داخلية.[6] وإلى حين اتخاذها تمنح الأولوية في التطبيق للقانون الداخلي.

ثانيا:حجم العقبات الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان

يبرز الجدول التالي حجم العقبات الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان، من خلال تحديد الاتفاقيات المصادق عليها، تاريخ التوقيع عليها، تاريخ التصديق، عدد التحفظات والاتفاقات الضمنية والتصريحات خاصة ما تعلق منها بعدم النفاذ المباشر لبعض نصوص الاتفاقية أو كلها.

			حجم العقبات الأمريكية[7]		
الاتفاقية	تاريخ التوقيع	تاريخ التصديق	التحفظات	الاتفاقات الضمنية	التصريحات (عدم النفاذ المباشر)
العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية I.C.C.P.R	1977-05-10	1992-09-08	6	5	3 (المواد من1 إلى 27 ذات تنفيذ غير مباشر)
اتفاقية منع الإبادة	1948-11-12	1989-02-23	2	5	-
اتفاقية منع كل أشكال التمييز العنصري C.E.R.D	1966-09-28	1994-11-20	3	-	1(كل النصوص ذات تنفيذ غير مباشر)
اتفاقية مناهضة التعذيب وكل ضروب المعاملة القاسية والمهنية CAT	1988-04-18	1994-11-20	2	1	1 (المواد 1 إلى 16 ذات تنفيذ غير مباشر)

يتضح جليا من خلال الجدول أعلاه العدد القليل لاتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها إذ لا يتعدى أربع اتفاقيات فقط بحجة أن الأخرى لا تضيف جديدا لما هو مكرس في القوانين الداخلية للولايات المتحدة. كما يلاحظ التردد في التصديق عليها من خلال الفجوة الزمنية الكبيرة بين تاريخ التوقيع وتاريخ التصديق. لكن هذا الأخير اقترن بعديد من

التحفظات والاتفاقات الضمنية والتصريحات التي مست نصوصا جوهرية جردتها من محتواها. ومن خلال قراءة الجدول نصل إلى النتائج التالية:

– العدد الضئيل لاتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها.

– فارق السنوات الكبير بين تاريخ التوقيع وتاريخ التصديق.

– كثرة العراقيل الموضوعة من طرف الولايات المتحدة الأمريكية في وجه نفاذ اتفاقيات حقوق الإنسان، مما يعني أنها قبلت فقط ما هو موجود في قوانينها[8].

– مست تصريحات عدم انفاذ المباشر نصوصا جوهرية في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، واتفاقية مناهضة التعذيب وكل ضروب المعاملة القاسية والمهنية، واتفاقية منع كل أشكال التمييز العنصري برمتها. في حين سقطت هذه التصريحات في اتفاقية منع الإبادة. وتتمثل خطورتها في تجريد المعاهدة من محتواها[9].

وقد أرجع الفقيه Henkin السياسة الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان إلى رغبتها في عدم تأثير انضمامها إليها على قانونها الحالي أو ممارستها وعدم قبولها لاختصاص محكمة العدل الدولية في حل النزاعات الناتجة عن تفسيرها أو تطبيقها. حيث تضع الولايات المتحدة الأمريكية الشروط في أي اتفاقيات حقوق إنسان ترغب في الانضمام إليها، لتترك لها الحرية والمجال الواسع لتطبيقها. فضلا عن ذلك، يجب أن تكون كلها ذات تنفيذ غير مباشر ولو في بعض من نصوصها[10].

المطلب الثاني: مدى مشروعية الوسائل الأمريكية للتحلل من اتفاقيات حقوق الإنسان

أكد القضاء والقانون الدوليين مشروعية التحفظ كوسيلة قانونية للتحلل من بعض نصوص الاتفاقيات عموما بما فيها اتفاقيات حقوق الإنسان، يظهر ذلك في موقف محكمة العدل الدولية واتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969. بينما تضاربت مواقف الفقهاء بين مؤيد ومعارض للسلوك الأمريكي برمته، وهو ما نوضحه في هذا المطلب .

الفرع الأول :موقف القضاء والقانون الدوليين من التحفظ

أكدت محكمة العدل الدولية على مشروعية التحفظ من أجل تعديل أو إلغاء أحكام المعاهدة شرط ألا يمس ذلك جوهر المعاهدة.و هي الفكرة التي تبنتها اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 بل وطورتها، وفيما يلي تفصيل ذلك.

أولا/موقف محكمة العدل الدولية من التحفظ

كان للفقه التقليدي موقف من التحفظ يتلخص في عدم السماح به إلا إذا وجد نص يجيزه وفي حدود الشروط التي يقررها. أما في حالة غياب النص وسكوت المعاهدة، فإن الأمر يتطلب قبول جميع الدول الأطراف بلا استثناء.إلا أن محكمة العدل الدولية رفضت هذا الموقف ولم تأخذ به في رأيها الاستشاري الصادر في 28 ماي 1951، والمتعلق بقضية

التحفظات على اتفاقية منع وقمع جريمة إبادة الأجناس. حيث طورت الموقف التقليدي، وتعاملت مع التحفظ بمرونة خاصة في حالة سكوت المعاهدة عن إيراد نص يجيز أو يمنع التحفظ. وسعت إلى إقرار معيار عدم مخالفة التحفظ لغرض وموضوع المعاهدة[11].

ثانيا/موقف اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969من التحفظ

اتبعت اتفاقية فينا موقف محكمة العدل الدولية السابق بل وأبدعت فيه. حيث عالجت التحفظ وبينت أحكامه في مواد خمسة تضمنها الفصل الثاني من القسم الثاني الخاص بإبرام المعاهدات الدولية في المواد من 19 إلى 23، وضحت فيها إبداء التحفظ والآثار القانونية لقبوله والاعتراض عليه وسحبه وسحب الاعتراض عليه، إضافة إلى شكل وإجراءات التحفظ. وقد طورت اتفاقية فينا رأي محكمة العدل الدولية في الجزئية المتعلقة بسكوت النص، حيث فسرت صمت الدول الأطراف على تحفظ أوردته دولة ما بأنه قبول ضمني للتحفظ، في حالة السكوت لمدة 12 شهرا من تاريخ إبلاغ الدول التحفظ وقبل تعبيرها عن ارتضائها الالتزام بالمعاهدة، إذا كان تاليا في تاريخه لمرور فترة 12 شهرا، أي التاريخين كان لاحقا عملا بالفقرة الخامسة من المادة عشرين، وهنا مكمن الإبداع.

الفرع الثاني:موقف الفقه من السياسة الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان

جذب موقف الولايات المتحدة من اتفاقيات حقوق الإنسان أنظار الفقهاء، وقد تباينت آراؤهم بصددها بين مؤيد ومعارض لها.

أولا/الفقه المؤيد للموقف الأمريكي

أيد الفقيه Vasquez سلوك الولايات المتحدة بعد تمييزه لأربع مذاهب في فقه النفاذ غير المباشر. حيث ذكر أن جعل اتفاقية ذات تنفيذ غير مباشر لا يدفعه إلى رفض هذا السلوك. وأضاف أن التحفظات أيضا جائزة، إذا لم يعترض عليها باقي أطراف المعاهدة، وكانت متفقة مع موضوع وغرض المعاهدة[12] .أخطر من ذلك دافع النائب Moynihan عن التحفظات الواردة بشأن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، لقيام الولايات المتحدة بفحص دقيق لممارستها، من أجل ضمان التزاماتها التي أخذتها على عاتقها. فمن وجهة نظره، فقد حرصت على مدى توافق سلوكها الداخلي مع نصوص المعاهدة. احتراما للقانون الدولي .[13] وقد برر غالبية الفقه المؤيد السياسة الأمريكية بمبرر سياسي وقانوني. أما المبرر السياسي فيتمثل في سيادة الدولة وحريتها في تحديد التزاماتها الخارجية لا سيما التحفظات، وللدول الأخرى الحرية ذاتها في قبولها أو رفضها استنادا للمبرر نفسه.في يتمثل المبرر القانوني في وجود نص في الاتفاقيات ذاتها يجيز التحفظ، ومن ثمة فلا مانع من استعماله مادام مشروعا قانونا.

ثانيا/الفقه المعارض للموقف الأمريكي

عارض عديد من الفقهاء الموقف الأمريكي بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان لاسيما تصريحات عدم النفاذ المباشر، كونها مست نصوصا جوهرية فيها. فقد أكد الفقيه Louis Henkin أن سلوك الولايات المتحدة قصد عمدا إلغاء أي التزامات يمكن أن تضاف إلى قانونها الحالي. وأنها بتصريحاتها جعلت انضمامها إلى الاتفاقيات لا يغير أو يتطلب تغيرا في قوانينها أو في سياستها حتى لو أدى ذلك إلى إلغاء نصوص دولية[14]. ليحكم على هذا السلوك بأنه معارض لروح الدستور[15]. من جهته، وصف الفقيه Jordon Paust تصديق الرئيس جورج بوش على العهد الدولي للحقوق المدينة والسياسية بالخيبة الكبيرة، وأن يوم التصديق كان يوما محزنا في تاريخ القانون الأمريكي، لاقترانه بعدد كبير من التحفظات والاتفاقات الضمنية، وتصريحات عدم النفاذ المباشر، وقبول مجلس النواب باقتراح الرئيس. حيث تحول العهد إلى اتفاقية ذات تنفيذ غير مباشر، رغم قابليتها لتكون ذات تنفيذ مباشر وتشكل قانونا أعلى للبلاد[16]. من جهتهما، عبر كل من Stefan Riesenleld وFrederick Abbotte، أن واضعي الدستور، نووا أن يكون للمعاهدات أثر مباشر في قانون الولايات المتحدة إذا كانت عباراتها ومضمونها يؤكدان ذلك. لأن جعلها ذات تنفيذ غير مباشر أمر يخرج عن تطبيق نص المادة السادسة من الدستور الأمريكي لسنة 1787 [17].وهو الموقف الذي اتخذه أيضا Thomas Beurgenthal، حيث شكك في دستورية تصريحات عدم النفاذ المباشر التي تجعل اتفاقيات حقوق الإنسان ذات تنفيذ غير مباشر[18]. وقد اقترح الرئيس كارتر ارفاق تصديق الولايات المتحدة الأمريكية، على اتفاقيات حقوق الإنسان بتلك الوسائل عند تقديمها لمجلس النواب معتقدا أنه الحل السياسي الوحيد لإقناع الكونغرس بالتصديق عليها. وتعد تصريحات عدم النفاذ المباشر أخطرها، لأنها تقف عائقا أمام تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان في المحاكم الداخلية. حيث عجزت هذه الأخيرة عن منح أثر لها، في غياب التشريع الضروري من الكونغرس[19].

ورغم شرعية هذه الوسائل من الناحية القانونية، لأنها تعبر عن اختلاف وجهات نظر الدول وتباين أنظمتها، مما يدفعها إلى استعمالها لاسيما التحفظات، قصد التخلص من العراقيل التي تواجه قبولها للالتزامات التي تفرضها المعاهدة[20]. وبذلك يمكن منح طابع عالمي للمعاهدة بزيادة عدد الدول المشتركة فيها[21]. إلا أن التأثير السلبي لها على اتفاقيات حقوق الإنسان كان واضحا، وقد أقدمت الولايات المتحدة الأمريكية على استعمالها للحد من فعاليتها، بزعم أن قوانينها الداخلية تضمن كل ما نصت عليه مما دفعها إلى التصديق على عدد قليل منها. غير أن هذا السلوك الأمريكي، يجب تغييره، خاصة بعد قرار المحكمة العليا في قضية Medellin ضد Texas [22]. أين حكمت بوجود قرينة عدم النفاذ المباشر،

حتى وإن لم تحتو المعاهدات المثارة في القضية أي تصريح بشأنها.[23] فما هي الحلول المقترحة لعلاج هذا الواقع؟

المبحث الثاني: الحلول المقترحة لتغيير السياسة الأمريكية ورؤية مستقبلية لصالح اتفاقيات حقوق الإنسان

يمكن أن تتم إعادة النظر في السياسة الأمريكية المتبعة بشأن اتفاقيات حقوق الإنسان من خلال تصرفات قانونية للرئيس أو لمجلس النواب إثر إجراءات التصديق على الاتفاقية. ولعلاج المشكلة نهائيا اقترح الفقه ضرورة سن الكونغرس لتشريع عالمي قادر على تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان كما هي في صورتها النهائية. وهو ما نوضحه في هذا المبحث من خلال ابراز الحلول المقترحة إثر التصديق على الاتفاقية، ثم الحديث عن التصور المستقبلي المنشود.

المطلب الأول:الحلول المقترحة لتغيير السياسة الامريكية

يمكن للولايات المتحدة الأمريكية أن تعتمد أساليب قانونية إثر التصديق على اتفاقيات حقوق الإنسان تسمح بتطبيقها من خلال الاقدام على بعض التصرفات من قبل الرئيس أو مجلس النواب.

الفرع الأول: إعادة النظر في الاستثناءات الأمريكية بتصرف من الرئيس

في قضية Goldwater ضد Carter سنة 1979، قدم النائب Barry Golwater وزملائه طلب إيقاف الرئيس كارتر عن قراره المتعلق بإعادة نظر الولايات المتحدة في اتفاقية الدفاع الثنائية مع تيوان. لأنه لم يرجع لمجلس النواب من أجل موافقته على الانسحاب. وقررت المحكمة العليا أنها غير مختصة بنظر القضية لأنها تثير مسألة سياسية.[24] في حين حكمت محكمة الاستئناف بعدم تجاوز الرئيس لسلطته في تصرفه السابق. ومؤخرا ألغى الرئيس بوش التزامات معاهدة أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية مع روسيا متعلقة بمنع القذائف والصواريخ من خلال تغير موقفه دون الرجوع إلى مجلس النواب لإبداء موافقته[25]. تظهر الأمثلة المتقدمة، إمكانية إلغاء الرئيس –بتصرف انفرادي- لمعاهدة دولية، لكن هل يمكنه إلغاء تصريحات عدم النفاذ المباشر مثلا؟ ستكون الإجابة على ذلك بالنفي، لأن ذلك يؤدي لتغيير طبيعة المعاهدة التي قدم مجلس النواب الموافقة عليها. فإلغاؤه الانفرادي لها سيشكل إلغاءً لموقف مجلس النواب في جعل اتفاقيات حقوق الإنسان خارج نطاق تطبيق محاكم الولايات المتحدة. وهو ما يتعارض مع الاختصاصات الموزعة دستوريا بين السلطتين ودورهما في إجراءات التصديق على المعاهدة[26].

الفرع الثاني: إعادة النظر في الاستثناءات الأمريكية من طرف مجلس النواب

إحدى الآليات لإعادة النظر في السياسة الأمريكية، التماس الرئيس موافقة مجلس النواب في هذه المراجعة، وهو ما فعله الرئيس ريجان في 27 جويلية 1984 بصدد Patent Coopertion Treaty. لكن هناك عقبة سياسية تتمثل في صعوبة توفر أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب للموافقة على مراجعة المعاهدة وإلغاء الاستثناءات، لاسيما تلك المتعلقة بتصريح عدم النفاذ المباشر. مثل هذا النصاب لا يسهل اكتماله خاصة في الظروف الحالية[27]. ولصعوبة تطبيق الحلين المتقدمين، فإن قيام الكونغرس بسن قانون يوقعه الرئيس، يكون لاحقا في تاريخه على المعاهدة ويتعارض معها، ويستبعد في الوقت نفسه تلك الاستثناءات، يشكل إجراءً سياسيا أسهل من تعديل المعاهدة. مثل هذا التشريع اللاحق يمكن أن يطبق في محاكم الولايات المتحدة، عملا بقاعدة القانون اللاحق في الزمن يلغي القانون السابق[28]. بحيث يعدل هذا التشريع مضمون المعاهدة المصادق عليها أو يلغيها، متى أبدى الكونغرس نية قاطعة في ذلك واستحال التوفيق بينهما. وبهذا يمكن منح أثر لاتفاقيات حقوق الإنسان داخليا.

المطلب الثاني: رؤية مستقبلية من أجل تشريع عالمي لصالح اتفاقيات حقوق الإنسان

جعلت نصوص كثيرة من اتفاقيات حقوق الإنسان، ذات تنفيذ غير مباشر الأمر الذي يستدعي لنفاذها ضرورة سن الكونغرس للتشريع الضرروي أواتخاذ الإجراءات اللازمة. والملاحظ أنه من بين الاتفاقيات الأربع المصادق عليها من طرف الولايات المتحدة، صاغ الكونغرس تشريعين فقط بصدد اتفاقية منع الإبادة، واتفاقية مناهضة التعذيب. في حين بقي كل من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية واتفاقية منع كل أشكال التمييز العنصري دون تطبيق. فضلا عن ذلك، فقد أثار محتوى التشريعان عدة مشاكل بحيث ألغيا أجزاء مهمة من المعاهدات نفسها وأثبتا عدم فعاليتهما. مما دفع بعض الفقه إلى وضع تصور حول ما إن كانت هناك إمكانية سن تشريع أمريكي عالمي، يسمح بتطبيق كل اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها .وهو ما نوضحه في هذا المطلب، من خلال التطرق إلى عدم فعالية التشريعات الفرعية لاتفاقيات حقوق الإنسان، ثم أهمية سن التشريع العالمي ومحتواه.

الفرع الأول: تشريعات فرعية غير فعالة لتطبق اتفاقيات حقوق الإنسان

قام الكونغرس بسن تشريعين لتطبيق اتفاقية منع الإبادة، واتفاقية مناهضة التعذيب. وبقراءة لهما نجدهما أعادا تعريف بعض المفاهيم من خلال الاستثناءات التي أبدتها الولايات المتحدة.

أولا/التشريع المتعلق باتفاقية منع الإبادة The Genocide convention Implementation Act of 1987

أصبحت الولايات المتحدة طرفا في اتفاقية منع الإبادة وتجريمها للإبادة من خلال قانون تطبيق الاتفاقية. وبذلك جرمت الإبادة أولا على المستوى الداخلي ثم تم التصديق على الاتفاقية بعد سن القانون الداخلي المتعلق بمنع الإبادة. فضلا على ذلك، فقد حصر الأثر القانوني الداخلي للاتفاقية فيما يتفق والتشريع الداخلي. أكثر من ذلك، أعيد استعمال بعض النصوص المفتاحية في الاتفاقية بطريقة مختلفة تؤثر على معناها الأصلي[29]. وعوض أن يكون تشريعا مساعدا على نفاذ الاتفاقية كان سبيلا لانتهاكها. حيث تؤكد الاتفاقية في نص المادة الخامسة منها على ضرورة سن التشريعات اللازمة لمنحها أثرا داخليا لا لتغيير معناها.

ثانيا/التشريع المتعلق باتفاقية مناهضة التعذيب The Fédéral Torture Statut 1994

دعت اتفاقية منع التعذيب إلى ضرورة تجريم الأفعال المنصوص عليها في المواد 1، 4، 5 منها في القانون الجنائي للدول الأطراف وتحديد اختصاصها بنظرها. ويتعين على الولايات المتحدة الالتزام بذلك، إذ صادقت على الاتفاقية وجعلت المواد من 1 إلى 16 ذات تنفيذ غير مباشر. الغريب هو تجاهل الكونغرس لتلك الالتزامات من خلال امتناعه عن صياغة التشريع اللازم لذلك. مبررا سلوكه بأن القوانين الأمريكية تضمن حماية كافية للأفراد، حتى ولو لم تجرم تلك الأفعال. مما طرح مشكلة ما إذا كان التعذيب مجرما أصلا في الولايات المتحدة[30] و في سنة 1994، سن الكونغرس قانون التعذيب الفدرالي لكنه جرم التعذيب خارج الولايات المتحدة ولم يشمل القواعد العسكرية. على الرغم من وضوح المادة الثانية من الاتفاقية، التي تفرض على الدول اتخاذ كل الإجراءات الضرورية لمنع جرائم التعذيب التي تحدث في أي إقليم تابع لاختصاصها. ثم عدّل هذا القانون لاحقا في 2006 بحيث شمل القواعد العسكرية كالسجون، مع إعادة تعريف للتعذيب ونصوص أخرى في الاتفاقية[31].

من هنا، تبدو ضرورة صياغة تشريع عالمي لا فرعي، لتنفيذ الالتزامات الاتفاقية.

الفرع الثاني: أهمية صياغة تشريع عالمي ومحتواه

يتعين على الولايات المتحدة سن تشريع عالمي قادر على تنفيذ كل اتفاقيات حقوق الإنسان بشكلها النهائي الذي اتفقت عليه الدول تفاديا لسن تشريع فرعي متعلق بكل اتفاقية على حدى يجردها من معانيها الأصلية[32].

أولا/أهمية صياغة التشريع العالمي

تظهر أهمية هذا التشريع في كونه يسمح للقضاء بحل النزاعات المتعلقة باتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها، دون أن يقتصر أثره على اتفاقية واحدة. كما يسمح

للمحاكم بالحكم بالتعويضات اللازمة الناتجة عن انتهاكات حقوق الإنسان لصالح الأفراد حيث يوفر الجهد والوقت، ويسرع من وتيرة نفاذ الاتفاقيات. ويسمح بالتمتع بالحقوق المحمية على الإقليم الأمريكي.

ثانيا/محتوى التشريع العالمي

تبدو ضرورة صياغة هذا التشريع ملحة، قصد تجاوز كل العراقيل التي تقف في وجه نفاذ اتفاقيات حقوق الإنسان، بحيث يشترط في التشريع أن يصاغ في شكل واضح، يوفر حماية لكل إنسان بالنظر لكونه إنسانا، وهو ما عبر عنه النائب David Dole، في مؤتمر حول اتفاقيات حقوق الإنسان وحقوق المهاجرين. مؤكدا على أنها ليست دعوة لإلغاء قوانين الولايات المتحدة المتعلقة بالهجرة، وإنما دعوة لمراعاة اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها[33]. لذلك يجب أن يتضمن التشريع لغة بسيطة واضحة لا تسمح بأي تفسير أوتأويل، تلتزم الولايات المتحدة من خلالها بتنفيذ أحكام المحاكم القاضية بالتعويضات عن انتهاكات حقوق الإنسان لكل فرد متواجد على إقليمها واستبعاد بنود عدم النفاذ المباشر، لأنها أول شيء تنظر إليه المحاكم، قبل أن تنظر حتى إن كانت مختصة بنظر النزاع أو لا.

لكن، تبدو صعوبة سن مثل هذا التشريع في الوقت الحالي، خاصة مع نية الولايات المتحدة في جعل اتفاقيات حقوق الإنسان ذات تنفيذ غير مباشر، ولأن الكونغرس هو من سيسن هذا القانون. لكن يمكن قبول هذا التصور متى تغيرت الخلفية الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان مستقبلا.

خاتمة

تعد التحفظات والاتفاقات الضمنية والتصريحات وسائل قانونية مشروعة تستعملها الدول في استبعاد أو تعديل أثر قانوني لبعض أحكام المعاهدة. وازداد استعمالها من طرف الدول الليبرالية الغربية، خاصة الولايات المتحدة، بصدد تصديقها على اتفاقيات حقوق الإنسان. لكنها أفرطت في ذلك مقارنة بالعدد الضئيل للاتفاقيات المصادق عليها. وقد شكلت تصريحات عدم نفاذ المباشر أكبر خطر أعاق تنفيذها داخليا، وحال دون إمكانية التمسك بها أمام المحاكم الداخلية في النزعات الناتجة عنها. ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى النتائج التالية:

1-تعتمد الولايات المتحدة بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان سياسة وحدوية في الإدماج وثنائية في التطبيق تبرز خاصة في قاعدة القانون اللاحق في الزمن يلغي القانون السابق.و نتيجة لذلك، تمنح أولوية التطبيق لصالح اتفاقيات حقوق الإنسان متى كانت تالية في تاريخها على القانون الفدرالي لتساويهما في المرتبة.

2-صادقت الولايات المتحدة الأمريكية على عدد قليل من اتفاقيات حقوق الإنسان.

3-يعد التحفظ والاتفاق الضمني والتصريح وسائل مشروعة تستعملها الدول لتعديل ارتضائها الالتزام بالمعاهدة، إلا أن الولايات المتحدة أفرطت في استعمالها مما جرد الاتفاقيات من محتواها.حيث لم تقبل من اتفاقيات حقوق الإنسان إلا ما هو مكرس في قوانينها الداخلية.

4-يمكن للولايات المتحدة الأمريكية أن تسلك مسلكا إيجابيا لصالح اتفاقيات حقوق الإنسان، من خلال إعادة النظر في سياستها بسن تشريع عالمي يسمح بتطبيقها كلها.

وقصد تحقيق فعالية أكثر لاتفاقيات حقوق الإنسان داخل الولايات المتحدة يتعين:

– استبعاد الاستثناءات الأمريكية خاصة تصريحات عدم النفاذ المباشر.

– صياغة تشريع عالمي يسمح بتطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها.

– تغيير النظرة الأمريكية بصدد اتفاقيات حقوق الإنسان.

الهوامش:

(1) محمد يوسف علوان، "القانون الدولي العام، المقدمة والمصادر"، ج1، ط3، داروائل للنشر، 2007، ص.234.علي إبراهيم، "القانون الدولي العام، النظريات الفقهية، المصادر، المسؤولية الدولية"، ج1، دار النهضة العربية، 1997، ص.295، مصطفى سيد عبد الرحمن، "القانون الدولي العام، المصادر والأشخاص، المجال الدولي"، دار النهضة العربية، 2002، ص.87-91، جمال محي الدين، "القانون الدولي العام، المصادر القانونية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص.93-94.

(2) علي إبراهيم، "القانون الدولي العام، النظريات الفقهية، المصادر، المسؤولية الدولية"، ج1، دار النهضة العربية، 1997، ص.295، مصطفى سيد عبد الرحمن، "القانون الدولي العام، المصادر والأشخاص، المجال الدولي"، دار النهضة العربية، 2002، ص.87-91، جمال محي الدين، "القانون الدولي العام، المصادر القانونية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص.93-94، محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص.234-235.

و كذلك:

Penny M.Venetis,Making Human Rights treaties Actionable in the United States :The Case for Universal Implementing Ligislation,vol63 :1 :97,Alabama Law Review.2011,p.101.
www.law,ua.edu/publsArticles/volume%2063/Issue%201/3venetis.pdf(16-03-2016)Malvina
Halberstam,Alvarez Machain II :The Suprem Court's Reliance on the Non Self Excecuting Declaration in the Senate Resolution Giving Advice Consent to the Internationl Covenant on Cevil and Political Right,vol1 :89,Jornal of National Security Law Policy,2005,p.102.
http:inslpcom/wp.content/uploads/2010/0875.HALBERSTAM-MASTER,pdf.(15-03-2016).

(3) Malvina Helberstam,Op.Cit,p.93 ;Penny M.Venetis,Op.Cit,p.102 ;Jack Goldsmth,The Unexceptionl U.S Human Rights RUDs,vol :3 :2,University of ST,Thomas Law Journal,2005,p.318
Stthomas.edu/cgi/iviewcontent.Cgi?articl :1085&context.ustlj(10-02-2016).

(4) المرجع نفسه.

(5) جمال محي الدين، المرجع السابق، ص.98-99، محمد يوسف علوان، المرجع السابق، 234، وأيضا:
Penny M.Venetis,Op.Cit,p.103.

(6) Eric Neumayer,Explaning Reservation to International Human Rights Treaties,36.397,The Journal of Legal Staties,University of Chicago,2007,p.2.
www.Lexismexis.com.torofind.csudh.edu/us/Inacadimic/fram.do?relatedEntir(12-02-2016).

(7) Jack Goldsmith,Op.Cit,pp.311-313,324 ;Malvina Helberstam,Op.Cit,p.93,Late Richard B.Lillich,Hurst Hamum,S.James Anaya,Dinah L.Shelton,"*International Human Rights Problem of Law,Policy,and Practice*",4th edition,ASPEN PUBLISHERS,2006,pp.113-116.

(8) Late Richard B.Lillich and All,Op.Cit,p.122,Catherine Redgwell,*"U.S Reservations to Human Rights Treaties:All for One and Non for All?* "in: Micheal Byers(ed*),"United States Hegemony and the Foundations of International Law"*,Cambridge,University Press,2008,pp.405-408.

(9) Penny M. M.Venetis,Op.Cit,p.106.Venetis,Op.Cit,p.109,Jack Goldsmith,Op.Cit,p.312.

(10) Penny M.Venetis,Op.Cit,p.106.

(11) Reserves à la convention sur la Génocide, Avis consultatif :C.I.J.Recueil 1951,pp.15-29.

(12) Malvina Helberstam,Op.Cit,pp.101-102.

(13) Jack Goldsmith,Op.Cit,pp.320-321.

(14) المرجع نفسه، ص.311.

(15) Malvina Helberstam,Op.Cit,p.101.

(16) Penny M.Venetis,Op.Cit,pp.104-105,Malvina Helberstam,Op.Cit,pp.99-100,106.

(17) Malvina Helberstam,Op.Cit,p.101.

(18) المرجع نفسه.

(19) Penny M.Venetis,Op.Cit,p.107.

(20) Eric Neumayer,Op.Cit,p.5.

(21) -علي إبراهيم، المرجع السابق، ص.301-306، جمال محي الدين، المرجع السابق، ص.94-95.

(22) Medellin v.Texas N6-984-Argued October 10,2007-Dicided March 25,2008.

(23) Penny M.Venetis,Op.Cit,p.110.

(24) المرجع نفسه، ص.116.

(25) المرجع نفسه، ص.117.

(26) المرجع نفسه.

(27) المرجع نفسه، ص.118-119.

(28) سعيد الجدار، " تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص.77، علي إبراهيم، "النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تكامل، دراسة تطبيقية في ضوء أحدث الدساتير وأحكام المحاكم"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص.242.

Ying Jen Lo, *« Monist Lawyer and Dualist Judge,Human Rights Advocacy for International Law in U.S Courts*",A Dessertation submitted to the Divition of Resrartch and Advanced Studies of the University of Cincinati,2002,p.43;Andria Bianchi,"International Law in U.S Courts:the Myth of Lohengrin Rivisited",15(4),*E.J.I.L*(2004),p.761;H.Mosler,"L'application du droit international public par les trébunaux nationaux",91 *R.C.A.D.I*(1957),pp.681-683;Thomas Beurgenthal,"Self Excecuting and Non Self Executing Treaties in National and International Law",40,*R.C.A.D.I*(1935),pp.341-344,Tim Wu,"When Do American Judges Enforce Treaties? »www.SSRN-id664701.(13-02-2016).

(29) Penny M.Venetis,Op.Cit,pp.121-123.

(30) المرجع نفسه، ص.126-127.

(31) المرجع نفسه، ص.127.

(32) المرجع نفسه، ص.129.

(33) المرجع نفسه، ص.150-151.

دور التخطيط العمراني في حماية البيئة*

غواس حسينة، أستاذة مساعدة قسم "أ"،
قسم القانون العام،
كلية الحقوق ،
جامعة قسنطينة 1، الجزائر.

GHAOUES Hassina, MA"A",
Département de Droit Public,
Faculté de Droit,
Université Constantine 1, Algérie.

الملخص:

تقوم التنمية العمرانية المستدامة أساسا على مراعاة البعد البيئي في أدوات التخطيط العمراني، الأمر الذي حاول المشرع الجزائري تبنيه من خلال كل من المخطط التوجيهي للتهيئةو التعمير ومخطط شغل الأراضي . مكرّسا بذلك فكرة التوفيق بين قواعد حماية البيئة وقواعد التهيئة والتعمير.

إذ يتجلى إهتمام هذه الأدوات بحماية البيئة، من خلال سعيها إلى وضع قواعد تتعلق بتخصيص الأراضي وضبط التوسع العمراني بما يحافظ على البيئة من التدهور والتلوث، وكذا من خلال وجوب استشارة الهيئات المكلفة بالبيئة وإشراك كل من المواطن والجمعيات البيئية في إعدادها. إلا أنّ الواقع البيئي المتدهور الذي تعرفه جل مدننا وما تشهده المناطق الحساسة من اعتداءات عليها، يعكس عدم قدرة هذه الأدوات في وضعها الحالي على التكفل الحقيقي بقضية حماية البيئة.

الكلمات المفتاحية :

حماية البيئة، التنمية العمرانية المستدامة، التخطيط العمراني المستدام، المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/04/06 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/05/08 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

The Role of the Planning Urban in the Protection of the Environment

Abstract:

The sustainable urban development is essentially based on the respect of the environmental dimension in the urban planning tools; the Algerian legislator has tried to borrow this matter by the directive urban planning, and the occupation and land use planning. So as he has consecrated the idea to create an harmony between the environmental protection rules and the urban planning rules.

The interest of these tools to protect the environment appears thanks to the elaboration of rules concerning the earth specification and the limitation of the peopling extension in order to conserve the environment from degradation and pollution, also the obligation to consult the organisms in charge of the environment and to participate the citizen and the environmental associations to elaborate them However the degraded environmental reality which exists in the majority of our towns and the aggressions happening in the sensible regions reflect the incapacity of these tools in its actual situation to take real charge of the protection of the environment affair.

Keywords:

The protection of the environment, the sustainable urban development, the continual planning, directive urban planning, and the occupation and land use planning.

Le rôle de la planification urbaine dans la protection de l'environnement

Résumé:

Le développement urbain durable est basé essentiellement sur le respect de la dimension environnementale à travers les outils de planning urbain que le législateur Algérien a tenté d'adopter : le plan directeur de l'aménagement et d'urbanisme (PDAU) et le plan d'occupation des sols (POS). Une harmonie entre les règles de la protection de l'environnement et les règles de l'aménagement et de l'urbanisme s'est alors imposée. Ces instruments de protection de l'environnement permettent la mise en place de règles concourant à faire participer la société civile dans la protection de l'environnement.

Mots clés :

Protection de l'environnement, développement urbain durable, planification urbaine durable, plan directeur de l'aménagement et d'urbanisme, plan d'occupation des sols.

مقدمة

أضحت البيئة تكتسي أهمية متزايدة ودورا متصاعدا في قانون العمران، الذي يعدّ بمثابة التشريع الذي يضبط العملية التخطيطية والتصميمية للتجمعات البشرية، وينظم علاقة الانسان ببيئته المكانية، على اعتبار أنّ مستقبل الحياة في المدن واستمراريتها مرتبط أساسا بتحقيق التوازن بين البيئة والنمو العمراني.

لاسيما وأنّ معظم المدن الحديثة تعاني مشاكل بيئية معقدة، تؤول بالأساس إلى قصور في تطبيق أسس التخطيط العمراني السليم. هذا الأخير الذي يفرض على المخططين مراعاة المعايير البيئية عند صياغة الخطط العمرانية، كاختيار مواقع المناطق السكنية بالبعد عن المناطق الصناعية وعن مناطق المخاطر الطبيعية والتكنولوجية، وعن جميع مصادر تلويث البيئة، مع الحفاظ على البعد الأخضر بداخلها بإنشاء الحدائق والمساحات الخضراء ، دون إهمال جانب الجمال المعماري لإيجاد تناسب وتجانس بين البيئة المشيدة والبيئة الطبيعية. في هذا السياق حاول المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات التكفل بشروط التخطيط

السليم، من خلال تبني فكرة إدماج الأبعاد البيئية ضمن أدوات التخطيط العمراني، مكرّسا بذلك فكرة التوفيق بين قواعد تبدو متناقضة ألا وهي قواعد حماية البيئة وقواعد العمران.

مما يقودنا إلى طرح الاشكالية التالية: ما هي المكانة التي أولاها المشرع للبيئة ضمن أدوات التخطيط العمراني المنظمة للمجال العمراني، باعتبارها الأدوات الفعلية المجسدة لقانون العمران على أرض الواقع وما هي المظاهر التي تعكس ذلك؟

للإجابة على هذه الاشكالية:ارتأينا أن نتطرق إلى أدوات التخطيط العمراني المعتمدة في التشريع الجزائري كآليات لحماية البيئة (أولا)و الاطلاع على مظاهر تجسيد البعد البيئي ضمن هذه الأدوات (ثانيا).

أولا: أدوات التخطيط العمراني آليات لحماية البيئة

باستقراء المادة الأولى من قانون 29/90[1] المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بموجب القانون 05/04، يظهر اهتمام المشرع بإدراج البيئة ضمن أدوات التخطيط العمراني المتمثلة في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي، من خلال نصها على أنّ هذا القانون يهدف إلى تحديد القواعد العامة الرامية إلى تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير، وتكوين وتحويل المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة، ووقاية المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي على أساس إحترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية. أي أنّ حماية البيئة تعدّ من الاعتبارات الرئيسية للمخططات العمرانية، وهذا ما أكد عليه قانون 10/03[2] من خلال تبني مبدأ الادماج الذي يعني دمج الترتيبات المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة عند إعداد المخططات والبرامج القطاعية، لأنّ من متطلبات التنمية العمرانية المستدامة تحقيق التوازن بين متطلبات حماية البيئة والخطط العمرانية .وعليه سنتطرق إلى حماية البيئة ضمن المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (أ)وضمن مخطط شغل الأراضي (ب).

أ. المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير أداة لتأطير التوسع العمراني وحماية البيئة

تطرق المشرع الجزائري للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير بموجب قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير في مواده من المادة 16 إلى المادة 30 والنصوص التطبيقية له، لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 177/91 [3]المعدل والمتمم بدوره بموجب المرسوم التنفيذي رقم 317/05[4]. حيث يندرج هذا المخطط في إطار التخطيط المحلي للتهيئة والتعمير ويرتكز على توزيع الصلاحيات مابين الدولة، الولاية، البلدية وبين مختلف أجهزة الدولة والمؤسسات وفقا لمبادئ اللامركزية وعدم التركيز طبقا للتوجيهات الأساسية لتهيئة الإقليم

المستخلصة من آليات أعلى[5]، مثل:المخطط الوطني لتهيئة الإقليم(S.N.A.T)، المخطط الجهوي لتهيئة الإقليم(S.R.A.T) ومخطط تهيئة الولاية (P.A.W) [6] إعمالا لمبدأ المطابقة الذي يقصد به أنّ القاعدة الدنيا تحترم القاعدة العليا. هذا ما أكدته المادة 16والمادة 31من قانون 29/90 على غرار المشرع الفرنسي الذي نص على أنّ محتوى مخططات التهيئة يكون متوافقا مع التوجيهات الإقليمية للتهيئة وفي حالة غيابها مع قوانين التهيئة والتعمير[7] .يتم من خلال هذا المخطط ضمان تنفيذ السياسة العامة التي تنتهجها الدولة لتوجيه التوسع العمراني من جهة، والحفاظ على البيئة من جهة أخرى، وعليه سنتطرق إلى التعريف بهذا المخطط وبيان أهدافه، إعداده وكيفية المصادقة عليه وتوضيح دوره في مجال حماية البيئة.

1.ماهية وأهداف المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير:

1.1.تعريف المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (PDAU):المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير هو أداة للتخطيط المجالي والتسيير الحضري، يحدد التوجيهات الأساسية للتهيئة العمرانية للبلدية أو البلديات المعنية آخذا بعين الاعتبار تصاميم التهيئة ومخططات التنمية، ويضبط الصيغ المرجعية لمخطط شغل الأراضي[8].

يعدّ وسيلة جديدة للتجمع الحضري داخل إطاره البيئي، ويراعي جوانب الانسجام بين جميع المراكز الحضرية المجاورة[9] .

فضلا عن كونه الأداة القانونية الرئيسية للتخطيط الطويل المدى من 15 إلى 20 سنة، يعدّ أيضا أداة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية يحدّد التوجيهات العامة في الميدان الفلاحي، الصناعي والسياحي ويشكّل تحديثا للمخطط العمراني التوجيهي(PUD).

فهو مخطط توجيهي يوجه التهيئة وتوسع التجمعات السكانية، ويشكّل دليلا لتسيير المجال العمراني موضوعا في يد المسيرين المحليين ووثيقة تقديرية مستقبلية للتنبؤ، يشمل تقدير الاحتياطيات في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية.

يتضح موضوع المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، بتحديد التخصيص العام للأراضي على مجموع تراب البلدية أو مجموعة البلديات، وهذا بتقسيم إقليمها إلى أربع قطاعات هي:القطاعات المعمرة، القطاعات المبرمجة للتعمير، قطاعات التعمير المستقبليةوالقطاعات غير القابلة للتعمير[10]. وكذا تحديد توسع المباني السكنية وتمركز المصالح والنشاطات وطبيعة وموقع التجهيزات الكبرى والهياكل الأساسية، مع توضيح مناطق التدخل في الأنسجة الحضرية والمناطق الواجب حمايتها.

2.1**أهـــدافه** : يهدف المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير إلى تحديد التوجهات الأساسية لتهيئة مجال البلدية أو البلديات المعنية، انطلاقا من التوجهات العامة التي تقدمها أدوات التهيئة الإقليمية، إعتمـادا على مخـططات التنمية وتحديد شـروط عقـلنة استعمال

المجال والاستغلال العقلاني والأمثل للموارد الاقتصادية. كما يبيّن آجال إنجاز مخططات شغل الأراضي ومناطق التدخل على النسيج العمراني. ويسعى إلى تحديد المناطق التي تتطلب حماية خاصة كالمواقع والمناظر والمحيطات الحساسة، ويحدّد توقعات التعمير ويضبط قواعده[11]" إضافة إلى حفاظه على البيئة، وعلى الأوساط الطبيعية والتراث الثقافي والتاريخي وعلى النشاطات الفلاحية.

2. إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه : أوجب المشرع على كل بلدية أو أكثر أن تغطى بمخطط توجيهي للتهيئة والتعمير ، يتم إعداده بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للمادة 24 من قانون29/90المعدل والمتمم من أجل التحكم في التنمية وبهدف صياغة صورة مجالية تسمح بتطبيق سياسة عامة على إقليمها. يتم إعداده بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 177/91 المعدل والمتمم عن طريق مداولة من المجلس أو المجالس الشعبية البلدية المعنية، بحيث تتضمن هذه المداولة مايلي :

-التوجهات التي تحددها الصورة الإجمالية وكيفية تنميتها.

-كيفيات مشاركة الإدارات العمومية والهيئات والمصالح العموميةو الجمعيات في إعداده.

- القائمة المحتملة للتجهيزات ذات المنفعة العمومية، حيث يتكفل المخطط ببرامج الدولة والجماعات الاقليمية والمؤسسات والمصالح العمومية.

تبلغ هذه المداولة للوالي المختص إقليميا وتخضع للنشر مدة شهر كامل بمقر المجلس الشعبي البلدي، لعرض المشروع للتشاور واستشارة العديد من الإدارات .و تتم المصادقة على المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير على ثلاث مستويات عملا بأحكام المادة 27 من القانون 29/90حسب الحالة وتبعا لأهمية البلديات كما يأتي:

- بقرار من الوالي بعد أخذ رأي المجلس الشعبي البلدي والبلديات المعنية التي يقل عدد سكانها عن 200.000 ساكن.

- بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالتعمير والوزير المكلف بالجماعات المحلية بعد استشارة الوالي المعني للبلديات التي يفوق عدد سكانها 200.000 ساكن ويقل عن 500.000 ساكن.

- بمرسوم تنفيذي يتخذ بناء على تقرير من الوزير المكلف بالتعمير بالنسبة للبلدية أو البلديات المعنية والتي يكون عدد سكانها 500.000 ساكن فأكثر.

3. دور المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير في حماية البيئة : يتجسد الإهتمام البيئي ضمن المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير من خلال الرؤية الإستشرافية والإستراتيجية للمجالات العمرانية، إذ يقسم المجال إلى عدة قطاعات : قطاعات معمرة، قطاعات مبرمجة للتعمير على المدى القريب، المتوسط والبعيد وقطاعات غير قابلة للتعمير اعتمادا على مبدأ النطاقات(le zonage). وكذا من خلال تميزه بالأفق التصوري والتقديري للمجال المحلي،

مما يجعل منه أهم وسيلة لحماية البيئة الطبيعية والحيلولة دون تدهور البيئة الحضرية العمرانية وتقهقر إطار الحياة بها، توافقا مع مفهوم التنمية المستدامة التي تعدّ المحافظة على الأوساط البيئية إحدى ركائزها الأساسية.

يبرز دوره في حماية البيئة أيضا في كونه لا يهتم بالتهيئة العمرانية داخل حدود المخطط العمراني للتجمع الحضري فقط، بقدر ما يتناول التجمع الحضري داخل إطاره الطبيعي والبيئي، وينظم العلاقات بينه وبين باقي نقاط الوسط الأخرى الموجودة على المستوى المحلي والإقليمي، ويراعي جوانب الانسجام والتناسق بينه وبين جميع المراكز الحضرية المجاورة [12].

كما يتضح من خلال استقراء أهدافه المذكورة أعلاه، أنّه لا يقتصر على تحديد المناطق التي يمكن تعميرها حسب ما يقتضيه النسيج العمراني، بل يهدف أيضا إلى تحديد المناطق الواجب حمايتها بيئيا من خلال الحفاظ على البيئة والموارد الطبيعية، النشاطات الفلاحية والمناظر وحماية المناطق ذات التراث الثقافي والتاريخي كالحفريات والآثار التاريخية . كما يمثّل المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير الوثيقة المرجعية لكل أعمال التدخل في العقار، فهو المقسّم للعقارات على تراب البلدية.لذلك فإنّه يتطلب معرفة الأملاك العقارية وطبيعتها، سواء كانت حضرية أو صناعية ومعرفة طرق استعمالها تفاديا للنمو العمراني العشوائي والاستغلال اللاعقلاني للأملاك العقارية للبلدية بغرض توفير الاحتياطات الأساسية داخلها .بالتالي فهو وسيلة للحفاظ على مكوّن أساسي للبيئة ألا وهو الأرض بصفتها من الموارد المحدودة القابلة أوغير قابلة للتجديد، والمحمية من أشكال التدهور والتلوث وفقا لما نصت عليه المادة 59 من قانون 10/03 .

مما سبق يتضح أنّ المشرع الجزائري أولى اهتماما بالغا للبيئة في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، حيث يسعى إلى تحقيق التنمية العمرانية في إطار إحترام الأوساط البيئية .

ثانيا: مخطط شغل الأراضي وسيلة تفصيلية لحقوق البناء وحماية البيئة

نظرا للنقائص الخطيرة التي عرفتها المدن على مستوى التحكم في التهيئة الجزئية، أدى إلى الإحساس بحاجة ماسة إلى آلية تنظيمية للتعمير، تسمح بخلق ربط بين المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وتوجيهاته الكبرى وقرارات التعمير على المستوى المحلي[13]، تتمثل هذه الآلية في مخطط شغل الأراضي الذي نص عليه المشرع الجزائري في قانون التهيئة والتعمير، وعلى وجه التحديد في"القسم الثالث" من"الفصل الثالث" الذي جاء بعنوان التهيئة والتعمير[14] . أما التفصيل فقد جاء به المرسوم التنفيذي رقم 178/91 [15]المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 318/05 [16].وعليه نتطرق إلى تعريف مخطط شغل الأراضي، أهدافه، كيفية إعداده ودوره في حماية البيئة.

1.**تعريف مخطط شغل الأراضي(POS):** عرف المشرع الجزائري مخطط شغل الأراضي على النحو التالي:"هو ذلك المخطط الذي يحدد بالتفصيل وفي إطار توجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير حقوق استخدام الأراضي والبناء عليها"[17]. يتضح من خلال هذا التعريف أنّ مخطط شغل الأراضي هو أداة من أدوات التعمير يغطي في غالب الأحيان تراب بلدية كاملة، تحدد فيه وبصفة مفصلة قواعد وحقوق استخدام الأراضي والبناء في إطار احترام القواعد التي تضمنها المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.يجب إنجازه على صعيد البلدية من أجل توجيه وتنظيم استعمال الأرض طبقا لأحكام القانون 29/90 المعدل والمتمم.

يعدّ بمثابة الوثيقة الأساسية التي تحتكم إليها البلدية في ميدان تنظيم العقار، لأنّه ينظم وبالدقة المطلوبة شروط استعمال الأرض وشغلها. كما يشكّل أداة يمكن من خلالها تحديد الشكل الحضري لكل منطقة، من خلال تنظيم حقوق البناء على الأراضي وكذا تبيان كيفية استعمالها، لاسيما فيما يتعلق بنوع المباني المرخص بها وحجمها ووجهتها وحقوق البناء المرتبطة بملكية الأراضي والارتفاقات المقررة عليها، والنشاطات المسموح بها إلى غيرها من التوجهات الأساسية [18]. يكتسب هذا المخطط قوة القانون، يكون قابلا للمعارضة أمام الغير ويشكل مرجعا تنظيميا للسلطات العمومية المحلية، تمنح على أساسه القرارات العمرانية .

2.**أهداف مخطط شغل الأراضي:** تتمثل أهداف مخطط شغل الأراضي فيما يلي[19]:

- تحديد بصفة مفصلة الشكل الحضري بالنسبة للقطاع أو القطاعات المعينة، حقوق البناء واستعمال الأراضي،
- تعيين الكمية القصوى والدنيا المسموح بها في البناء المعبر عنها بالمتر المربع من الأرضية المبنية خارج البناء أو بالمتر المكعب من الأحجام، و أنماط البنايات المسموح بها واستعمالاتها،
- يضبط المظهر الخارجي للبنايات،
- تحديد المساحات العمومية والمساحات الخضراء والمواقع المخصصة للمنشآت العمومية والمنشآت ذات المصلحة العامة، وكذا تخطيطات وميزات طرق المرور،
- تحديد الارتفاقات،
- تحديد الأحياء والشوارع والنصب التذكارية والمواقع والمناطق الواجب حمايتها وتجديدها وإصلاحها،
- تعيين مواقع الأراضي الفلاحية الواجب وقايتها وحمايتها.
- بيان خصائص القطع الأرضية،

- بيان موقع المباني بالنسبة إلى الطرق العمومية وما يتصل بها، و موقع المباني بالنسبة إلى الحدود الفاصلة،
- تحديد إرتفاع المباني والمظهر الخارجي،
- بيان موقف السيارات أو المساحات الفارغة والمغارس،
- تحديد نوع المنشآت والتجهيزات العمومية وموقعها وتحديد الطرق والشبكات المختلفة التي تتحملها الدولة، كما هو محدد في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وكذلك آجال إنجازها.

أضاف التعديل الوارد في القانون 05/04بعض الأهداف الأخرى التي يرجى تحقيقها، من خلال إعداد مخطط شغل الأراضي كتحديد الأراضي المعرضة للأخطار الناتجة عن الكوارث الطبيعية أو تلك المعرضة للانزلاق، والتي تخضع لإجراءات تحديد أو منع البناء[20].

ومن الأهداف ما يمكن استخلاصها أيضا في التنظيم مثل بيان المنافذ والطرق وكيفية وصول الشبكات إليها[21].

يهدف أيضا إلى جعل مختلف قرارات التعمير الفردية موافقة لأهداف وتوجيهات المشروع البلدي المحتوى في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، وفيه تلتقي مصالح الأفراد وإرادة الجماعات المحلية، فيرشد الأفراد إلى ما هو مرخص به وما هو ممنوع ويدلهم على الشروط الأساسية وخصائص التعمير والبناء، لهذا فهو يحدد بالتفصيل وكما يدل عليه اسمه صعوبات شغل الأراضي.

3. **إعداده:** تسند عملية إعداد مشروع مخطط شغل الأراضي إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي أو رؤوساء المجالس الشعبية البلدية المعنية وتحت مسؤوليتهم، عن طريق مداولة وفقا لنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 178/91المعدل والمتمم، تتوج هذه العملية بقرار إعداد المخطط.كما تتضمن المداولة تذكيرا بالحدود المرجعية لمخطط شغل الأراضي الواجب إعداده، وفقا لما حدده المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير المتعلق به وبيان لكيفيات مشاركة الإدارات العمومية والهيئات والمصالح العمومية والجمعيات.تبلّغ المداولة للوالي المختص إقليميا وتنشر بمقر المجلس الشعبي البلدي المعني لمدة شهر كامل . ثم يحدّد قرار ترسيم الحدود بموجب قرار من الوالي أو بقرار من الوزير حسب الحالة وفقا لما نصت عليه المادة 12 من قانون التهيئة والتعمير 29/90.

4.**دور مخطط شغل الأراضي في حماية البيئة:** لمخطط شغل الأراضي دور في حماية البيئة يتجلى في المحافظة على الجانب الجمالي العمراني البيئي، يظهر ذلك من خلال استقراء شامل لأهدافه المذكورة سابقا، وفي الحرص على ضمان الرونق الجمالي للبيئة العمرانية، لاسيما من خلال تحديد القواعد المنظمة للشكل العمراني والهندسي للبنايات[22]، واحترام مختلف

المعاملات العمرانية (cos معامل شغل الأرض/ ومعامل ما يؤخذ من الأرضces) وتحديد حجم البنايات وارتفاعها ولونها ونوعية المواد المستعملة، ومن خلال التأكيد على حماية المواقع الثقافية والأماكن العمومية والمساحات الخضراء داخل الوسط الحضري[23] .حيث تؤكّد المادة 31 من قانون التهيئة والتعمير في هذا السياق، على أنّ مخطط شغل الأراضي يحدد حقوق استخدام الأرض والبناء ومن ضمنها المساحة العمومية والمساحات الخضراء، كما تضع المادة20من نفس القانون تصنيفا واضحا للمساحات الخضراء، يبرز الأنماط التالية:مساحات خضراء، حدائق وفساحات وغابات حضرية أما المرسوم التنفيذي 178/91فيلزم في مادته 18بوضع لائحة تنظيم تتضمن شروط شغل الأرض المرتبطة بالمساحات الفارغة والمغارس .

يسعى هذا المخطط إلى حمايـــة المساحات الحساسة والمناظر والمواقع، ويعيّن مواقع الأراضي الفلاحية الواجب وقايتها وحمايتها ضمانا للمحافظة على البيئة وحمايتها، كما يعمل على تنظيم العقار الصناعي، ويأخذ في الحسبان الإجراءات الضرورية والطرق الصحيحة لحماية البيئة والتخلص من النفايات أثناء تنظيم هذا النوع من العقار[24]. كمايضع استثناءات على قابلية البناء في المناطق الحضرية حماية لبعض الفضاءات الطبيعية.

يحدّد مخطط شغل الأراضي أيضا مجموعة القواعد المتعلقة بإقامة البنايات وشروط شغل الأراضي، من خلال جملة الارتفاقات التي تثقل العقار مما يؤدي إلى انسجام في البنايات، من حيث مظهرها الخارجي مما يحسّن من صورة البيئة العمرانية المشيدة .

من خلال ماسبق نرى أنّ هذا المخطط يعدّ وسيلة قانونية محلية لحماية البيئة .

ثالثا: مظاهر تجسيد البعد البيئي في أدوات التهيئة والتعمير

تعتبر أدوات التهيئة والتعمير وسائل قانونية لتنظيم المجال العمراني، وعقلنة استعماله يتجسد إدراجها للبعد البيئي من خلال عدة مظاهر منها ضرورة القيام بعملية التقييم البيئي لهذه الأدوات (أ) استشارة الهيئات المكلفة بحماية البيئة (ب) مع ضرورة إشراك الجمعيات البيئية والمواطنين في إعدادها (ج).

أ.**التقييم البيئي لأدوات التخطيط العمراني:** إنّ التقييم البيئي آلية قانونية فعلية لكشف مدى مراعاة البعد البيئي في أدوات التخطيط العمراني. حيث يدمج هذا التقييم المسألة البيئية في إعداد المخططات والبرامج ويعد تقنية وأداة ناجعة من أجل المراقبة والمتابعة لتقدير السياسات العامة العمرانية.كما يعدّ من الوسائل الفعالة التي تساهم في عقلنة استعمال المجالات العمرانية، ويمكن أن نصنّفه على أنّه سبيل من سبل تقييم الآثار البيئية التي تطبق على السياسات والمخططات والبرامج، حيث يشجّع هذا الإجراء المشاركة الفعّالة

عند اتخاذ القرارات الاستراتيجية، ويعمل على ترشيد تقييم المشاريع لجعلها أكثر تناسقا وقبولا اجتماعيا [25].

تهدف عملية التقييم البيئي للمشاريع إلى حماية الصحة العامة والبيئة من أخطار الأنشطة والأعمال التي قد تضر بالبيئة الطبيعية، وإيجاد الحلول المناسبة للحدّ من التلوث، والمحافظة على الموارد الطبيعية، من خلال مراعاة الاعتبارات البيئية والمعايير الايكولوجية أثناء التخطيط والتصميم والتنفيذ والتشغيل للمشاريع التنموية المختلفة، ذلك من أجل تحقيق الهدف الاستراتيجي ألا وهو التوازن الايكولوجي. تدار هذه العملية تحت مسؤولية الجماعات المحلية التي تتولى إعداد وثائق التعمير بمساعدة المصالح غير المركزة للدولة، التي يمكن لها في إطار مهمة التعاون التقني أن تساعد المنتخبين المحليين على القيام به في أحسن الظروف، بمرافقتهم على عقد الطلبيات العمومية واختيار مكاتب الدراسات المتعددة التخصصات وبالإشراف على الدراسات المقرر إجرؤها [26].

في إطار التقييم البيئي للمشاريع العمرانية، نص المشرع الفرنسي من خلال التقرير التوجيهي لأدوات التهيئة والتعمير على تحليل الوضع القائم للبيئة l'état initial de l'environnement وتقييم التوجهات العمرانية وتأثيراتها على البيئة، من خلال تنظيم هرمي للرهانات البيئية الخاصة بمنطقة معينة وتوجيه القرارات المتخذة في مجال التهيئة والتعمير ، وعرض هذا التحليل البيئي لاستشارة الجمهور .بعد أن يتم إعداده بناء على المعلومات المتوفرة عن طريق الجرد والدراسات القطاعية والعقارية (حول المخاطر الطبيعية الكبرى، المناظر، التراث المبني والطبيعي، التنوع البيولووجي، المضار السمعية....) وإستنادا إلى الوثائق المعتمدة في تهيئة الإقليم وكذا المعلومات التي يقدمها مختلف الشركاء المساهمين في إعداد وثائق التعمير. أما في الجزائر وبالرغم من أهمية ونجاعة التقييم البيئي، إلا أنّه يسجل غياب تام لعمليات التقييم لحالة البيئة من طرف الهيئات المختصة في إعداد هذه الأدوات، حيث لم ينص بصراحة على ضرورة وجود وثيقة خاصة بتقييم وتحليل الأوضاع البيئية ضمن الوثائق المكونة لأدوات التهيئة والتعمير، وإن أشارت المادة 17من المرسوم التنفيذي 177/91إلى المساحات والمناطق المطلوب حمايتها، فقد أسقطت نفس المادة تشخيص الوضعية البيئية في تحليل الوضع القائم عند الإقدام على العمليات العمرانية.

إنّ الهدف الرئيسي من عملية التقييم البيئي، هو إدراج قضايا البيئة والتنمية المستدامة عند اتخاذ القرارات الهامة في مجال السياسة العامة العمرانية، وجعل فاعلي القرار أكثرا وعيا بالآثار البيئية للمخططات والبرامج العمرانية، إلا أنّها لا تلقى الأهمية الكافية من قبل التشريع العمراني الجزائري .

ثانيا: وجوبية استشارة الهيئات المكلفة بحماية البيئة

أخضع القانون إعداد أدوات التهيئةو التعمير للاستشارة الواسعة للهيئات المعنية، سواء أكانت بصورة وجوبية أم اختيارية، محاولا إشراك الجميع وإعلامهم بإعدادها من أجل حماية وتثمين الموارد البيئة قبل المصادقة عليها قانونا. فبالنسبة للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير أكّد قانون التعمير على ضرورة الاستشارة الوجوبية لكل الإدارات العمومية أو المصالح التابعة للدولة، والمكلفة على مستوى الولاية بالتعمير، الفلاحة، التنظيم الاقتصادي، الري، النقل، الأشغال العمومية، المباني والمواقع الأثرية والطبيعية، البريد والمواصلات وكل الهيئات والمصالح العمومية المكلفة على مستوى الولاية بتوزيع الطاقة، النقل، المياه[27].ولديهم مهلة 15 يوما ابتداء من استلام الرسالة للإفصاح عن إرادتهم في المشاركة في إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

تحدد قائمة الإدارات العمومية والهيئات والمصالح والجمعيات التي طلب استشارتها بشأن مشروع المخطط بموجب قرار، ينشر هذا القرار لمدة شهر بمقر المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية المعنية ويبلغ للإدارات العمومية، الهيئات، المصالح العمومية، الجمعيات والمصالح التابعة للدولة على المستوى المحلي.

تمنح لهذه الهيئات مهلة 60 يوما لإيداع ملاحـــظاتها وآرائها حول مشــروع هذا المخطط بطريـقة صريحة ومكتوبة، وإذا لم تجب خلال هذه المهلة عدّ رأيها موافقا[28] .بانقضاء مهلة 15 يوما، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية المعنية بإصدار قرار إداري آخر يحدد بموجبه قائمة الإدارات العمومية، الهيئات والمصالح العمومية التي طلب استشارتها ووافقت على ذلك.

ينشر هذا القرار بمقر المجلس الشعبي البلدي أو المجالس الشعبية البلدية المعنية لمدة شهر كامل، ليتسنى للمؤسسات والهيئات العمومية الإطلاع على القرار القاضي بإعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير من أجل المشاركة.

يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية بإبلاغ كل من رؤساء الغرف التجارية، الغرف الفلاحية، رؤساء المنظمات المهنية ورؤساء الجمعيات المحلية كتابيا بالقرار القاضي بإعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير[29] .

لقد أضاف التعديل الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 318/05وكذا المرسوم التنفيذي رقم 317/05 كل من المصالح التابعة للدولة المكلفة بالبيئة، التهيئة العمرانية والسياحة[30] كجهات تستشار وجوبا عند إعداد المخططات التوجيهية للتهيئة والتعمير ومخططات شغل الأراضي، وهذا يدل على توسيع الجهات الواجب استشارتها والتي لها صلة مباشرة بحماية البيئة، مما يسمح بمراقبة أكبر لمدى توفر الشروط القانونية الواجب توافرها في البرامج

والمخططات العمرانية، كالشروط المتعلقة بمدى محافظتها على المساحات الخضراء والساحات العمومية والتجهيزات الترفيهية كفضاءات للاسترخاء، ومدى توافر شروط النظافةوالصحة العمومية، مما يعكس وبوضوح تطلع المشرع لمراعاة البعد البيئي ضمن أدوات التهيئة والتعمير، خاصة من خلال جعل استشارة تلك الجهات على سبيل الوجوب وليس على سبيل الاختيار.

ثالثا:إشراك المواطن وجمعيات حماية البيئة في إعداد مخططات التعمير

حرصا من الدولة على مبدأ المشاركة، المشاورة والتنسيق نظرا لأهميته في الارتقاء بمستوى ومردودية أدوات التهيئة والتعمير، فقد تم التأسيس لآليات واعدة للتشاور الواسع والمشاركة المكثفة لكل الفاعلين بصورة ناجعة ومنظمة[31] .ذلك لأنّ أخذ البيئة في الحسبان عند إعداد أدوات التهيئة والتعمير، يهدف إلى حماية الأنظمة البيئية والصحة البشرية الذي أصبح انشغال معظم المجتمعات، مما يتطلب مسار تشاركي للجمهور[32].فمن غير الممكن تسيير مدننا دون الاهتمام بالمطالب والاحتياجات الاجتماعية للسكان، أو دون إشراكهم في تصميم الحلول واقتراح البدائل التي تتعلق بواقعهم المعيشي، و البيئي . كما أنّه لا سبيل إلى التسيير المستديم للعمران دون انتظام المواطن في إطار جمعيات كهيئات للدفاع عن مصالحه العمرانية والبيئية، أو بانعدام مشاركته كفرد في النشاطات المتعلقة بهذا المجال.إنّ المشاركة المفيدة هي تلك التي تبدأ منذ التخطيط بنشر الخطط ذات العلاقة الوطيدة بحياة السكان كالأماكن العمومية والحدائق العامة ومرافق الترفيه والمساحات الخضراء، ذلك لأنّ حماية البيئة هي حق ومسؤولية للجميع للتعبيرعن آرائهم في المشاريع المضرة بالبيئة، فمشاركة الجمهور في مسار اتخاذ القرار البيئي من شأنها إعطاء شرعية أكثر للقرار النهائي، ومن شأنها التقليل من النزاعات البيئية المعروضة أمام القضاء .

يتم إشراك المواطن والجمعيات التي يعنى موضوعها بحماية البيئة في صياغة وإعداد أدوات التهيئة والتعمير، من خلال إجرائين هما: التحقيق العمومي البيئي والإشهار الواسع للمشاريع العمرانية من أجل الإعلام.

1. التحقيق العمومي البيئي: يعدّ التحقيق العمومي أقدم إجراءات الإعلام التي كانت تشكّل نزع الملكية [33]، فهو إجراء يهدف إلى إخضاع العملية المتوقعة إلى امتحان عمومي، من أجل تحقيق الديمقراطية الإدارية، ويعتبر موضوع تهيئة المجال من بين المواضيع المفضلة لإشراك المواطنين والجمعيات في اتخاذ القرارات المتعلقة بحماية البيئة[34] .أما التحقيق العمومي في المجال البيئي فهو صورة من صور مشاركة الجمهور وإشراكه في المشاريع العمرانية، حيث يتبنى رئيس المجلس الشعبي البلدي المشروع التمهيدي للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، عن طريق مداولة الاعتماد ولإطلاع الرأي العام عليه يقوم بعرض المشروع للتحقيق العمومي

خلال مدة 45 يوما بالنسبة للمخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، وخلال 60 يوما بالنسبة لمخطط شغل الأراضي[35] لتمكين السكان من إبداء آرائهم وملاحظاتهم حوله، يكون ذلك بموجب قرار إداري يتخذ من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنية لبيان ما يأتي[36]:

- تحديد المكان أو الأماكن التي يمكن فيها إجراء الاستشارة.
- يعيّن المفوض المحقق أو المفوضين المحققين.
- يبيّن تاريخ انطلاق مدة التحقيق وتاريخ انتهائه، علما أنّ التحقيق يخضع لمدة 45 يوما.
- يحدد كيفيات إجراء التحقيق العمومي.

ثم ينشر هذا القرار بمقر المجلس الشعبي البلدي المعني أو المجالس الشعبية البلدية المعنية طوال مدة التحقيق العمومي، وتبلّغ نسخة منه للوالي المختص إقليميا[37] كما يتعيّن على رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يفتح سجلا خاصا مرقما من طرفه وموقعا من قبل المفوض المحقّق، يسجل فيه يوما بيوم الملاحظات والاعتراضات المكتوبة المتعلقة بإعداد هذا المخطط. بانقضاء مهلة 45 يوما يقفل محضر التحقيق بعد توقيعه من قبل المفوض المحقّق، حيث يقوم هذا الأخير خلال مهلة 15 يوما الموالية بإعداد ملف كامل عن التحقيق والنتائج المتوصل إليها، يحوّله مباشرة إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أو رؤساءالمجالس الشعبية البلدية المعنية[38].يمكّن هذا الإجراء البلدية من تطوير مشروعها المبدئي بالاعتماد على الحلول المبتكرة والعمل على بلوغ الأهداف العامة في المجال الايكولوجي .

إنّ هذا التحقيق يجب أن يمثّل مجالا أوليا للتعبير عن تطلعات المواطنين حول المشاريع، والتوسعات العمرانية، ومختلف العمليات المزمع إنجازها في هذا المجال كما يمكّن القاطنين بالمناطق المعنية بهذه الأدوات من إبداء آرائهم وملاحظاتهم واعتراضاتهم إن وجدت، حتى فيما يتعلق بالجانب البيئي إذا ما أضرت هذه المشاريع بهذا الجانب .

تعدّل مشاريع المخططات عند الاقتضاء لكي تؤخذ بعين الاعتبار هذه التحقيقات، إلا أنّ هذه الأخيرة تشوبها بعض النقائص. تتمثل هذه النقائص في مدى إلزامية المشاركات المحـصل عليها حيث لا تتمتع الآراء المتحصل عليها من الجمهور بأي أثر قانوني، أي أنّه لايمكن إلزام الإدارة بالأخذ بها، وبذلك فهي مأخوذة على سبيل الاستئناس والحصول على معلومات دقيقة[39].كما أنّ محافظ التحقيق غير ملزم بالملاحظات التي يقدمها الجمهور، فيمكن أن يقتنع بهده الملاحظات أولا يقتنع بها ، وفي النهاية يقدّم تقريره بناء على ما يقتنع به هو وليس بناء على الآراء المخالفة للجمهور. فكان أولى بالمشرع أن يلزم المحافظ المحقّق بآراء الجمهور المعبر عنها بالأغلبية لرفض إنجاز المشروع المزمع إنجازه والمخل بالبيئة، وبالتالي لا

يساهم هذا الأخير في إتخاذ القرارات البيئية بصورة فعالة ولا يرقى حتى إلى درجة مساعد على اتخاذ القرار أو شريك في صناعته، وبالتالي يبقى التحقيق العمومي مجرد رأي عمومي فقط يمكن للإدارة الأخذ به أو العزوف عنه.

2. الإشهار الواسع للمشاريع: تمكينا للمواطنين من الحصول على المعلومات حول وضعية مدينتهم، تطورها وآفاق بيئتهاو ضمانا لمبدأ الشفافية الذي يعدّ أحد مبادئ الحكم الراشد في حالة وضع مشاريع تضر بالبيئة في الحال أو في المستقبل، توجّب إخضاع هذه الأدوات لأوسع إشهار في الأمكنة المخصصة عادة للمنشورات الخاصة بالمواطنين، ووضعها في متناول مستعمليها من الجمهور للاحتجاج بها مع مراعاة الطرق القانونية المشروعة [40] .إلا أنّه رغم الإشهار الواسع لمشاريع المخططات تظل الاستشارة التي تقدمها الجمعيات أو الأفراد بشأنها غير ملزمة للإدارة في وضعها الحالي، وإن كان قانون 10/03 يولي أهمية بالغة للمشاورة، ويخوّل للجمعيات المعنية حق الادعاء أمام القضاء لحمل الإدارة على احترام استشارتها، خاصة إذا جاء تصرف الإدارة مخالفا لقواعد حماية البيئة.

خاتمة

نخلص إلى القول بأنّ المشرع حاول إدماج الاعتبارات البيئية ضمن أدوات التهيئة والتعمير، للتوفيق بين تنظيم حركة العمران والحفاظ على مقتضيات حماية البيئة خاصة في إطار توجهه الجديد نحو فكرة التنمية المستدامة، من أجل ضمان حقوق الأجيال المستقبلية في التمتع بالموارد الطبيعية وعدم استنزافها أمام شراهة الحركة العمرانية .إذ يتجلى إهتمامه بحماية البيئة من خلال استقراء شامل لأهداف ومحتويات هذه الأدوات وإجراءات إعدادها، وسعيها إلى وضع قواعد تتعلق بتخصيص الأراضي وضبط التوسع العمراني بما يحافظ على البيئة من التدهور والتلوث، ويحافظ على خصوصية المناطق الهشة إيكولوجيا كالساحل والغابات والأراضي الفلاحية الخصبة، وكذا المواقع التاريخيةو الثقافية من خلال وجوب استشارة الهيئات المكلفة بالبيئة، وإشراك كل من المواطن والجمعيات البيئية في إعدادها.

رغم ذلك تبقى الجهود المبذولة في هذا المجال ضئيلة ، مقارنة بالواقع العمراني والبيئي الخطير الذي تعرفه جّل المدن، حيث نشهد انتشارا رهيبا للبناء الفوضوي وتراجعا كبيرا لمساحة الأراضي الفلاحية وتآكل المساحات الخضراء وانتشار للتلوث البيئي بمختلف أشكاله، حتى في المناطق الحساسةمن الإقليم مما يعكس تضاؤل فعالية أدوات التخطيط العمراني ومحدوديتها، وعدم قدرتها على التكفل الفعلي بمسألة حماية البيئة، نظرا لافتقارها لعنصر الإلزام في التكفل بالجانب البيئي وغياب معطيات دقيقة وقاعدة معلومات صلبة حول

حقيقة الوضعية البيئية لمعظم البلديات، فضلا عن عدم احترام التوجيهات التي جاءت بها هذه الأدوات بخصوص حماية البيئة.

الهوامش:

[1] قانون 90-29 المؤرخ في 1990/12/01المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بموجب القانون 04-05 المؤرخ في14 أوت 2004، الجريدة الرسمية، العدد51.

[2] قانون 03-10 المؤرخ في :2003/07/19 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، ج ر العدد43.

[3] راجع في ذلك: المرسوم التنفيذي رقم 91-177 المؤرخ في 28 ماي 1991 الذي يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، الجريدة الرسمية، العدد26.

[4] انظر، المرسوم التنفيذي رقم 05-317 المؤرخ في10 سبتمبر2005 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 91/177، الجريدة الرسمية، العدد 62.

[5] Adja(Djilali),Drobenko(Bernard):"Droit de l'urbanisme les conditions de l'occupation du sol et de l'éspace, l'aménagement-le contrôle- le financement- le contentieux",Berti éditions, Alger,2007,p137.

[6] حسب نص المادة 07 من قانون 01-20 المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة المخطط الوطني للتهيئة :يترجم بالنسبة لكافة التراب الوطني التوجيهات والترتيبات الإستراتيجية الأساسية فيما يخص السياسة الوطنية لتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة والمخطط الجهوي للتهيئة:يحدد بالتوافق مع المخطط الوطني لتهيئة الإقليم التوجيهات والترتيبات الخاصة بكل برنامج جهة أما مخطط تهيئة الولاية فيوضح ويثمن بالتوافق مع المخطط الجهوي لتهيئة الإقليم المعني بالترتيبات الخاصة بكل إقليم ولاية .

[7] Cf. Jacquot (Henri) et Priet (F):"Droit de l'urbanisme",3 èmè édition Dalloz, année1998,p131.

[8] انظر، المادة16من قانون 90-29 المعدل والمتمم.

[9] تكواشت(كمال):"الآليات القانونية للحد من ظاهرة البناءالفوضوي في الجزائر"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2008، ص81.

[10] انظر، المادة 20 و21 من قانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد49 وردفيها تعريف الأرض العامرة والأرض القابلة للتعمير وكذا المواد من 20 إلى 23 من قانون 90-29.

[11] Cf.Manuel:"Les instruments et les actes d'aménagement et d'urbanisme en Algérie",synthèses des textes en vigueur, wilaya d'Alger, Agence URBANIS, Juin,2002,pp4-5.

[12] تيجاني (بشير): "التحضر والتهيئة العمرانية "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص66.

[13] Cf. Saidouni (Maouia):"Eléments d'introduction à l'urbanisme, histoire, méthodologie, réglementation",Casbah éditions, Alger, 2000. , p155.

[14] انظر، المواد من 31 إلى 38 من قانون 90-29 المعدل والمتمم.

[15] راجع في ذلك المرسوم التنفيذي رقم91-178 المؤرخ في 28 ماي1991 الذي يحدد إجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، الجريدة الرسمية، العدد 28.

[16] راجع المرسوم التنفيذي رقم 05-318 المؤرخ في 2005/09/10 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 91-178 الجريدة الرسمية، العدد 62.

[17] انظر، المادة 31 من قانون 90-29 المعدل والمتمم.

[18] شامة (سماعين):"الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ سنة 1990"، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1999، ص 122.

[19] انظر، المادة 31 من القانون 90-29 المعدل والمتمم.

[20] انظر، المادة 04 من القانون رقم .04-05

[21] انظر، المواد من 08إلى10من المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في1991/05/28 الذي يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية، العدد 26.

[22] انظر المادة 2/ف2 من المرسوم التشريعي 07-94 المؤرخ في 1994/05/18يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج، ر العدد 32 المعدل والمتمم .

[23] بوسماحة (الشيخ) : "البيئة والترقية العقارية" ، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر:الواقع والأفاق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، فيفري، 2007، ص195.

[24] طارق (محمد):"البيئة ومحاور تدهورها"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مصر، 2000، ص18.

[25] طيار(طه): " التقييم البيئي الاستراتيجي خطوة حاسمة نحو التنمية المستدامة "، مجلة إدارة، المجلد 18 العدد 1-2008 عدد35ص 55 و59.

[26] بودريووة (عبد الكريم): " الاعتبارات البيئية في مخططات التعمير المحلية "، مجلة الحقوق والحريات الصادرة عن جامعة بسكرة عدد تجريبي، ص5.

[27] انظر، المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177المعدل والمتمم والمادة 9 من المرسوم التنفيذي 91-178المعدل والمتمم.

[28] انظر، المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 177/91 والمادة 68 من قانون 90-25 التي تنص على ما يأتي:"تخضع أدوات التهيئة والتعمير لأوسع إشهار وتوضع دائما في متناول المستعملين من الجمهور.

[29] انظر، المادة15 من قانون 90-29 وكذا المادة07 من المرسوم التنفيذي رقم 91-177 المعدل والمتمم .

[30] انظر، المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 05-317 وكذا نفس المادة من المرسوم التنفيذي رقم 05-318.

[31] لعروق (محمد الهادي):"التهيئة والتعمير في صلاحيات الجماعات المحلية"، مخبر المغرب الكبير الاقتصاد و المجتمع، ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية 9-10، جانفي 2008 ص 34 .

[32] Lerond (Michel) : "l'évaluation environnementale stratégique et la participation du public" ,la revue liaison énergie francophonie publiée par(IEPF) institut de l'énergie et de l'environnement de la francophonie , n 91, 1 er trimestre 2012.pp86, 89.

[33] Osskine (Abedelhafid) :", la transparence administrative", édition DAR ELGHARB,2002 p195.

[34] (Phlippe)Zavoli :"la démocratie administrative existe-t-elle ?" plaidoyer pour une refonte de l'enquête publique et du référendum local R.D.P. N5 , 2000 , p1498, p1500.

[35] يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بعرض المشروع للتحقيق العمومي خلال 60 يوما فيما يخص مخطط شغل الأراضي وفقا لما ورد في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 91-178 .

[36] انظر، المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم91-177 المعدل والمتمم.

[37] انظر المادة11 من المرسوم التنفيذي رقم91-177 المعدل والمتمم.

[38] انظر المادةمادة 13 من المرسوم التنفيذي91-177 المعدل والمتمم.

[39] وناس (يحي): "حق جمعيات حماية البيئة في الإعلام والاطلاع في المواد البيئية"، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد الرابع مارس 2004، ص 14-32.

[40] انظر، المادة 5 من المرسوم التنفيذي91-178 المعدل والمتمم.

نحو الاعتراف بالجيل الرابع لحقوق الإنسان*

ياحي ليلى، أستاذة مساعدة قسم "أ"،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

YAHI Leila, M A"A",
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou, 15000 Tizi Ouzou, Algérie.

الملخص:

نتيجة للتطور العلمي والتكنولوجي في مجال الطب والهندسة الوراثية، ظهر الحديث عن نوع جديد من الحقوق، يمكن إدراجها ضمن فئة الحقوق والحريات الشخصية، لكونها تتعلق بكيان وشخصية الإنسان، كالحق في الموت الرحيم وفي الحفاظ على حياة النوع الإنساني، والحق في نقل وزرع الأعضاء البشرية، وفي تغيير الجنس، والحق في الانجاب بالمساعدة الطبية، والحق في الاستنساخ البشري...، كل هذه الحقوق وغيرها قد تشكل مستقبلا حقوقا للإنسان من الجيل الرابع.

الكلمات المفتاحية:

التطور الطبي والتكنولوجي، الحقوق الحديثة للإنسان، الحق في الموت الرحيم، الحق في التصرف في الأعضاء والمنتجات البشرية.

Towards Recognition of the Fourth Generation of Human Rights

Abstract:

As a result of scientific and technological progress in the human medical and genetic field, it seems to speak of a new type of rights that are considered as a category of Personal rights and freedoms.

For instance : the right to die in dignity (euthanasia),the right to life of the human race, the human right to its own genetic inheritance and to inherit the genetic traits that haven't undergone any manipulation, the right to organ transplantation and sex change, as well as the right to medical reproductive assistance and the right to human cloning.

These rights may in the future constitute a fourth generation of human rights.

Keywords:

Technical and medical development, New human rights, the right pity to die, the right of disposal of organs and humanitarian products .

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/10/30 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Vers la reconnaissance d'une quatrième génération des droits de l'Homme

Résumé :

En conséquence de progrè scientifique et technologique dans le domaine médical et génétique humaine, semble parler d'un nouveau type de droits qui sont considérés comme une catégorie des droits et des libertés personnelles.

Citant comme exemples : L'euthanasie, le droit de l'homme à son propre patrimoine génétique et d'hériter des caractéristiques génétiques n'ayant subi aucune manipulation, le droit à la transplantation d'organes et de changement de sexe, ainsi que le droit à une assistance médicale en matière de reproduction et de clonage humain…, ces droits peuvent dans l'avenir constituer une quatrième génération des droits de l'Homme.

Mots clés :

Développement médical et technologique, nouveaux droits de l'Homme, L'euthanasie, le droit de disposer d'organes et de produits humains.

مقدمة

لقد تكونت حقوق الإنسان تدريجيا عبر مراحل تاريخية مختلفة، فأصبحت تضم حقوقا من الجيل الأول والثاني والثالث[1]، وفقا للترتيب الذي وضعه كارل فازاك Karel VASA،[2] لكن التكنولوجيات الحديثة، قد تؤدي إلى إعادة النظر في هذا الترتيب، وإضافة حقوق تساير التطورات الحديثة، ما يستدعي التفكير في إمكانية الاعتراف بحقوق الجيل الرابع[3]، ذلك أن رغم ما يلعبه التقدم العلمي والتكنولوجي من دور هام في بناء الحضارة الإنسانية، إلا أنه قد تنجم عنه سلبيات تضر بالإنسان، خاصة عندما يساء استعماله، ما يستوجب التحكم في هذه السلبيات، ومواجهتها للحفاظ على الإنسان.[4]

لذلك فقد صدر في 12 ماي 1968 عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان، المنعقد في الفترة ما بين 22 أفريل إلى 13 ماي 1968 بطهران، القرار الحادي عشر، قضى بحماية الإنسان من مخاطر التقدم العلمي، خاصة في مجال الطب والبيولوجيا، وعلم الكيمياء الحيوية. كما دعا إلى دراسة المشاكل التي تثيرها هذه العلوم، وتمس بالشخص أو بسلامته البدنية والعقلية،سواء على المستوى الوطني أو الدولي، حتى يتسنى وضع قواعد قانونية ملائمة[5]، وهو ما أكدت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار رقم 2054، الصادر في 12 ديسمبر 1968[6].

لإدراك حقيقة ذلك يستوجب البحث عن الممارسات التي أفرزها التقدم الطبي والبيولوجي، والتي قد تُمثل مستقبلا جيلا رابعا لحقوق الإنسان؟

أدى التطور العلمي في مجال الطب والبيولوجيا إلى ظهور ممارسات طبية من شأنها أن تشكل اعتداء على حرمة الإنسان وعلى تكامل جسده، وأثارت في الوقت نفسه جدلا كبيرا على الصعيد الديني والأخلاقي و القانوني، لانتفاء الغرض العلاجي منها أو لعدم وضوحه، وأهمها: القتل بدافع الرحمة (أولا)، والممارسات التي تمس بالأعضاء البشرية، كتغيير الجنس ونقل وزرع الأعضاء البشرية (ثانيا)، وتللك التي تتعلق بالتصرف في المنتجات البشرية، كالتلقيح الصناعي والاستنساخ البشري وتعديل الجينات (ثالثا).

أولا: القتل بدافع الرحمة: (الحق في الموت الرحيم)

يعتبر الحق في الحياة من الحقوق الشخصية التي تتعلق بكيان الإنسان، فهو حق كل شخص في الوجود، وشرط أساسي للتمتع بباقي حقوق الإنسان، لذلك يأتي في مقدمة هذه الحقوق. وقد أكدت الشريعة الإسلامية على قدسيته، كما كفلته مختلف النظم القانونية الدولية والوطنية [7]، لكن بالمقابل وبسبب التقدم العلمي في مجال الطب أصبح الحديث عن إمكانية الإنسان التصرف في هذا الحق، بوضع حد لحياته لمعاناته من مرض لا يرجى شفائه، وهو ما يعبر عنه بالحق في الموت الرحيم أو القتل بدافع الشفقة، فما المقصود به وما مدى مشروعيته؟

القتل بدافع الرحمة أو الشفقة، هو وضع حدّ لحياة المريض الميئوس من شفاءه، قصد إنهاء الآلام التي يعاني منها ولا يستطيع تحملها. وقد يكون بالقيام بعمل، كإعطاء دواء قاتل يؤدي إلى موته، ويسمى في هذه الحالة بـ« قتل الرحمة الايجابي »« L'euthanasie active »، أو بالامتناع عن عمل، كتوقيف العلاج عنه، فيسمى بـ « قتل الرحمة السلبي L'euthanasie» «passive ، وفي كلتا الحالتين يعد قتل الرحمة فعل إرادي، إذا تم بناءً على طلب المريض أو بموافقته، وغير إرادي إذا كان بدون موافقته[8].

تعود فكرة قتل الرحمة، من الناحية التاريخية، إلى العهد القديم[9]، حيث كان كل من أفلاطون وأرسطو يجيزان إعدام الأطفال المشوهين، المولودين حديثا، كما كان الاسبرطيون « les spartiates » يعرضون الأطفال حديثي الولادة للتقلبات الطبيعية، فمن تحملها ونجا فقد استحق الحياة، ومن لم يتحملها ولم ينجو فهو غير جدير بها[10].

أما حديثا، فبناءً على احترام كرامة الإنسان، واحترام رضا المريض، الذي يعتبر مظهرا من مظاهر احترام حقه في الذاتية[11]، وفي تقرير مصيره بنفسه بشأن ما يفعله بجسمه Le droit de disposer de son corps، فقد أخذت قضية قتل الرحمة تشغل اهتمام الأطباء ورجال القانون،[12] لاسيما بعد ما لاقت تأييدا كبيرا لدى الرأي العام، بالخصوص في غالبية الدول المتقدمة، حيث ظهرت بفرنسا في بداية الثمانينيات، جمعية تدافع عن الحق في الموت بكرامة Association pour le droit de mourir dans la dignité (ADMD)، وطالبت على أساس الحق في الذاتية، أن يتم وضع قانون يسمح بمساعدة المريض مرض الموت بإنهاء حياته للتخلص من آلامه المبرحة.[13] يعني ذلك أن قتل الرحمة، أو الحق في الموت الرحيم كما يطلق عليه، أصبح ينظر إليه كحق من حقوق الإنسان المريض الميئوس من شفاءه، يجب أن يُعترف به، لكن رغم ذلك بقيت القضية من الناحية القانونية محل خلاف.

فقد تباينت مواقف الدول في معالجتها لهذه القضية، ففي سنة 1996 صدر أول قانون يبيح قتل الرحمة بأستراليا، لكنه ألغي بعد بضعة أشهر من صدوره. ثم جاء دور

هولندا لتكرس هذا الحق، إذ أصدرت في 2001 قانونا يبيح العمليات التي كانت تحدث في هذا البلد منذ 25 سنة، لذلك تعتبر أول دولة في العالم تكرس هذا الحق. وتليها بلجيكا كثاني دولة تضع في 16 ماي 2002، قانونا يسمح بذلك، لكن في إطار قانوني محدد[14].

أما في فرنسا، فيعتبر قتل الرحمة الايجابي، جريمة يعاقب عليها القانون، بينما يحظى قتل الرحمة السلبي بقبول نسبي[15]، وذلك وفقا لقانون ليونتي Léonetti رقم 2005-370 الصادر في 22 أفريل 2005 والخاص بحقوق المرضى وبنهاية الحياة[16]، والذي يكرس صراحة الحق في الموت، عن طريق امتناع المريض مرض الموت عن العلاج، والسماح للطبيب بأن يمنح له إمكانية الموت donner la possibilité de laisser mourir، وفي المقابل يمنع الطبيب من القيام بقتل المريض faire mourir، ويعني ذلك أن هذا القانون يستبعد نهائيا فكرة قتل الرحمة الايجابي، l'euthanasie active أو المساعدة على الانتحار suicide assisté، ولكنه يجيز للمريض أن يرفض العلاج بناءً على حقه في الموافقة على العلاج، ويتم ذلك باحترام الشروط المحددة في القانون[17]. مؤخرا، وتحديدا في 02 فيفري 2016 تم التصديق على قانون يسمى بقانون Léonetti Claeyes، تكملة لقانون 2005[18]، ينص على الحق في التخدير العميق والمستمر حتى الموت Le droit à la sédation profonde et continue jusqu'au décès، لكن دون أن يعني ذلك السماح بالقتل الرحمة الإيجابي، لأن الهدف الأول منه هو تخفيف الآلام، ثانيا مجال تطبيقه يظل محدودا ومقيدا بشروط.[19]

بالنسبة للقوانين العربية، فمنها من تخفف العقوبة في حالة القتل بدافع الشفقة بناء على إلحاح المجني عليه، كما هو الشأن في قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 بتاريخ 22 جوان 1949[20]. ومنها من تعتبره جريمة قتل عمدي يعاقب عليها القانون، كما هو الحال في قانون العقوبات الجزائري، على أساس أن هذا الأخير، لا يأخذ بالدافع أو الباعث لقيام الركن المعنوي في الجريمة، إذ يقوم القصد الجنائي الذي تترتب عليه المسؤولية الجنائية متى أراد الجاني تحقيق النتيجة، حتى لو كان الباعث هو الشفقة على المجني عليه، ويعتبر بذلك جريمة من جرائم القتل العمدي، تستوجب المسؤولية الجنائية، طبقا للمادة 254 من قانون العقوبات[21].

أما على المستوى الدولي فقد أيدت المحكمة الأوروبية الحق في الموت في كرامة، واستندت في موقفها على الحق الأساسي للمريض في الموافقة على العلاج، إلا أن قرارها اتسم بالحذر الشديد، على أساس أن الحق في الحياة من الحقوق الأساسية والمقدسة، والتي لا يجوز التنازل عنها، أو الإخلال بها مهما كانت الظروف، وفقا للمادة 15 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.[22]

عليه، فإذا كانت مسألة قتل الرحمة لم تحسم نهائيا، ولا تزال في حالة تطور، ويظل بذلك الحق في الموت غير مؤكد، على أساس أن القوانين القائمة غير كافية، إلا أن في الشريعة الإسلامية لا مجال للحديث عن القتل بدافع الرحمة أو اعتباره حق من حقوق الإنسان، لأنه يتعارض مع قدسية الحياة، المقررة بأحكام قطعية، لقوله تعالى﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾[23]، وقوله أيضا ﴿وَلَا تَيْأَسُوا مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِنَّهُ لَا يَيْأَسُ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ﴾.[24]

فقد أكد على ذلك الفقه الاسلامي الحديث، إذ ذهب فضيلة الشيخ الأزهر السابق جاد الحق علي جاد الحق بقوله إلى :"أن قتل الرحمة ليس من الحق، بل من المحرم قطعا بهذه النصوص وغيرها، واستدل في ذلك بالآية الكريمة: ﴿وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُؤَجَّلًا ﴾[25]، فلا يجوز قتل المريض الميئوس من شفائه، والذي يعاني من آلام قاسية لإراحته منها، وتجريم القتل راجع لأنه هدم لما أقامه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم، وسلب لحياة المجني عليه واعتداء على أهله".[26]

بالتالي، فلا يجوز لأي كان أن يعمل على تسهيل موت المريض الميئوس من شفاءه بأي صور التسهيل، كما لا يجوز للشخص أن يقتل نفسه لأي سبب من الأسباب حتى لو كان يعاني من مرض عضال، لأن القتل بدافع الشفقة أو الرحمة تعتبره الشريعة الإسلامية جريمة من جرائم القتل العمدي المحرمة شرعا[27].

أما عن الموت الإكلينيكي[28]، فلشيخ جاد الحق علي جاد الحق رأي مخالف في هذه المسألة، إذ يقول في كتابه (بيان للناس): " أما بالنسبة للموت الاكلينيكي فإنه يمنع تعذيب المريض المحتضر باستعمال أية أدوات أو أدوية متى تبين للطبيب أن هذا كله لا جدوى منه، وعلى هذا فلا إثم إذا أوقفت الأجهزة التي تساعد على التنفس وعلى النبض متى تبين للمختص القائم بالعلاج أن حالة المحتضر ذاهبة إلى الموت". ولقد استند شيخ الأزهر جاد الحق في ذلك على مقررات مجمع الفقه الاسلامي الثالث التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي المنعقد في عمان بالأردن عام 1987 حول أجهزة الانعاش والموت الاكلينيكي. وهذا ما أقره أيضا مؤتمر جنيف الدولي المنعقد عام 1979،إذ عرف المؤتمر الموت بوقف جذع المخ عن العمل بغض النظر عن نبض القلب بالأجهزة الصناعية، ورفع تلك الأجهزة الصناعية عن المريض هو ما يسمى بالموت الرحيم السلبي.[29]

نستخلص مما سبق أن موضوع الموت الرحيم أثار الكثير من الجدل بين القوانين الوضعية، إذ هناك من الدول من كرسته كحق من حقوق الإنسان مثل هولندا و بلجيكا، بينما هناك من اعترفت فقط بالقتل الرحمة السلبي وقامت بوضع شروط محددة لممارسته، كفرنسا. أما القانون الجزائري فهو يتوافق في هذا الشأن مع أحكام الشريعة

الإسلامية، لكونه يعتبره جريمة قتل عمدي يعاقب عليها قانون العقوبات الجزائري، ويعتبر ذلك في نظرنا نقطة إيجابية لهذا القانون على أساس أن من يقوم بإنهاء حياة مريض بحجة الشفقة عليه من ألامه المبرحة يُعد قتل للنفس التي حرم الله قتلها.

ثانيا: حق الإنسان في التصرف في الأعضاء البشرية

تشكل الأعضاء البشرية عنصرا أساسيا في التكوين البيولوجي للجسم البشري[30]، وتعتبر كل من عمليات تغيير الجنس(أ) وعمليات نقل وزرع الأعضاء(ب) من بين الأعمال الطبية التي ترد على هذه الأعضاء، وتثير بدورها جدلا فقهيا ودينيا وقانونيا.

أ ـ عمليات تغيير الجنس

إن الرغبة في التحول إلى الجنس الآخر مرض نفسي، قد يصيب الإنسان ذكرا أو أنثى، وهو ظاهرة قديمة أصيبت به شخصيات تاريخية معـــروفة كالإمـــبراطور الروماني " كاليجولا ".[31]

يقصد بهذا المرض "حالة نفسية تنتاب الفرد يشعر خلالها بوجود تعارض بين ما يملكه من أعضاء جنسية وبين ما يشعر به من أحاسيس ومشاعر وتناقض هذه الأعضاء، وتوجه إرادته لطلب تغيير جنسه بما يتناسب مع حالته النفسية"[32]، وقد ساعد التقدم العلمي في مجال الطب في إمكانية تحويل بعض الأشخاص من ذكور إلى إناث أو العكس، ولأسباب قد تكون جسدية أو نفسية[33].

لكن هذا النوع من العمليات يطرح العديد من الأسئلة أهمها، هل لنوع الجنس قدر من الحرمة المتعلقة بالنظام العام؟، وهل مبدأ حرمة جسم الإنسان من شأنه أن يبطل أي اتفاق من هذا النوع، إذ لا يجوز تعريض جسم الإنسان لعمليات جراحية غير مضمونة وخطيرة؟، أم هو حق يجوز رفع دعوى قضائية للمطالبة به؟

خروجا عن الأصل، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تقرير مشروعية هذه العمليات، استنادا إلى نظرية الضرورة، كما انتقد الموقف المتشدد للقضاء الفرنسي إزاء هذه العمليات، إذ يرى أن عدم وجود نصوص قانونية تنظمها، لا يشكل عقبة أمام تقرير مشروعيتها. كما لا يجوز الاستناد إلى مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان للتذرع بعدم المشروعية، لأن الواقع العملي أكد بأن هذا المبدأ قد تنازل عن عرشه، حيث أصبح الإنسان محلا للمعاملات القانونية. وفيما يخص المبادئ المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، فهي نسبية ومتطورة، لذلك لا يجوز الاستناد عليها، وقد تساءل الفقيه الفرنسي " نيرسون " بخصوص هذا الموقف بقوله: " ألا تكفي هذه الاضطرابات النفسية الجسيمة للتقرير بإباحة هذه العمليات"[34].

من الناحية القانونية، فقد عالجت بعض التشريعات ظاهرة تغيير الجنس، بأن نصت عليها في تشريعات خاصة كالقانون السويدي الصادر في 1972/04/21، الذي وضع قواعد متعلقة بالإذن بتغيير الجنس. ومنها من رتبت آثارًا على إجراءها مما يعني الاعتراف بها ضمنيا،مثل روسيا وكندا، التي أجازت تعديل الحالة المدنية لمن غيروا جنسهم[35]. وتعد الدولة الايرانية الشيعية ثاني دولة بعد تايلاند في إجراء عمليات تغيير الجنس، رغم كونها مجتمع يتميز باعتناقه لقواعد محافظة صارمة للغاية، بعد أن شرعت قانونا يسمح بذلك. ويعود ذلك بفضل الناشطة مريم خاتون ملكارا Maryam Khatoun Molkara، وهي متحولة إيرانية، كانت في الأصل رجل معروف باسم فريدون Freydoun، نجحت في مقابلة آية الله الخميني في ثمانينيات القرن الماضي وأقنعته بقضيتها، ما جعله يصدر فتوى في 1987 تسمح بإجراء تلك العمليات وبتغيير الأوراق الرسمية للمتحول/ة. وقد أنتج ذلك الموقف المتشدد الرافض للمثليين والمتقبل للمتحولين جنسيا، إرغام المثليين على إجراء عملية التغيير الجنسي لأنه من الممكن أن يتقبل المجتمع المتحولين جنسيا وليس مثيلي الجنس.[36]

أما في الجزائر فلا توجد نصوص خاصة بهذا الموضوع، لذلك يتعين علينا الاستئناس في هذه المسألة بالقواعد العامة، إذ تنص المادة 02 من التعديل الدستوري 2016[37]على: " أن الإسلام دين الدولة" ، والمادة 3/10 منه على أن:" لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي:...السلوك المخالف للخلق الإسلامي" ، والشريعة الإسلامية لا تجيز مثل هذه التصرفات. أما قانون العقوبات فيعتبر هذه العملية بمثابة بتر عضو يعاقب عليها القانون وفقا للمواد 264 و 274 منه.[38]

عموما، فقد استقر القضاء في غالبية الدول الأوروبية، على إباحة عملية تغيير الجنس، في حالة توفر دواعيها الجسدية والنفسية[39]. كما تمت العديد من العمليات في العديد من الدول الأوروبية، كإنجلترا وسويسرا وألمانيا وبلجيكا، وأيضا في الولايات المتحدة الأمريكية[40].

أما بالنسبة لموقف القضاء المصري، فقد رفضت محكمة القضاء الإداري سنة 1988، الطعن الذي تقدم به أمامها طالب جامعي، والخاص بقرار فصله من جامعة الأزهر، نتيجة إجراءه لعملية جراحية حولته من ذكر إلى أنثى[41]. واستندت في ذلك إلى أن الطالب كان مكتمل الذكورة وأعضاءه التناسلية مكتملة النمو، ولم يكن لديه أعضاء تناسلية أنثوية خارجية أو داخلية. وأنه وافق على إجراء عملية جراحية، لم تكن لها دواع طبية عضوية على الإطلاق.

يعني ذلك أنه يجب توافر الأعضاء التناسلية للجنس الذي سيتم التحويل إليه، لتكون العملية الجراحية مجرد كشف عن تلك الأعضاء، وليست لزرع أعضاء جديدة. وبالتالي

يجوز إجراء عملية جراحية لتحويل الجنس لغرض العلاج من علة جسدية، وليس لمواجهة مجرد حالة مرضية نفسية[42].

ونحن نؤيد عدم السماح بالتلاعب بحرمة جسم الإنسان والانتقاص من تكامله الجسدي عندما يتعلق الأمر بتغيير الجنس لدواعي نفسية، لأن التغيير في هذه الحالة لا يمكن أن يكون كاملا وحقيقيا، باعتبار أن الأعضاء التي سيتم زرعها في المتحول جنسيا لن تؤدي وظائفها بصورة طبيعية، بينما يجوز ذلك عندما يكون لأسباب عضوية، لأنه يعتبر في هذه الحالة تصحيح للجنس وليس تغيير له.

ب ـ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد ساعد التقدم الطبي على اكتشاف تقنيات جديدة للعلاج، منها تقنية نقل وزرع الأعضاء البشرية، فقد أصبح من الممكن نقل عضو من جسم إنسان حي أو ميت، وزرعه في جسم إنسان آخر مريض[43]، قصد مساعدته على الاستمرار في الحياة، بعد استرجاع عافيته، والتخلص من الآلام التي يعاني منها، بسبب تلف أحد أعضاءه وتوقفه عن العمل.

لكن، باعتبار نقل وزرع الأعضاء البشرية من العمليات الطبية[44]، التي تمس بمبدأ حرمة جسم الإنسان، والذي أكدت عليه مختلف الشرائع والقوانين، فهل يحق للشخص أن يعرض سلامته البدنية للخطر، ويسمح للطبيب بنزع عضو من جسمه من أجل إنقاذ حياة غيره؟، وهل كذلك يجوز لتحقيق الهدف ذاته، المساس بجثة الميت واستئصال أعضاء منها ؟

لا توجد نصوص صريحة في القرآن والسنة، تعالج مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية، ولذلك اختلف فقهاء الإسلام بشأنها[45]، فهناك من اتجه إلى القول بعدم مشروعيتها ولو كان ذلك في حالة الضرورة، حفاظا على كرامة الإنسان وعلى سلامة جسمه، الذي يعد ملكا لا يجوز المساس به أو التصرف فيه، بينما أجازها البعض الأخر تطبيقا لقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات "، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، وكذلك تحقيقا لمصلحة المريض.

أما من الناحية القانونية، كأصل عام، تعتبر حرمة جسم الإنسان وسلامته، من الحقوق غير قابلة للتنازل عنها، ويعد المساس بها فعل غير مشروع، يستوجب المسؤولية، لكن لمسايرة التقدم العلمي، ولانتشار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من حيث الواقع، ظهر الاتجاه إلى ضرورة تنظيمها[46]، فصدرت العديد من القوانين سواء في الدول الغربية أو العربية، تبيح وتنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، أو من الجثث[47].

في الجزائر، فقد صدر في 1985/04/16، القانون رقم 85-05 الخاص بحماية الصحة وترقيتها[48]، المعدل والمتمم بقانون رقم 90-17 الصادر في 1990/07/31[49]،أجاز المشرع الجزائري، من خلاله، عمليات نقل الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء، أو من الجثث،

ضمن الفصل الثالث من الباب الرابع، الذي يتضمن المواد من 161 إلى 168، ويحمل عنوان " انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها".

على أن إجازة نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء، أو من الجثث، يتوقف على احترام شروط وضوابط عديدة، محددة شرعا وقانونا، تؤكد بأن إباحة مثل هذه العمليات، إباحة استثنائية ليست مطلقة، وأهمها: أن تتوفر هناك حالة الضرورة، ولا يشكل التنازل خطرا على صحة المتبرع، كما يجب الحصول على موافقة المريض والمتبرع، وألا يكون التبرع من أجل مقابل مالي[50].

هكذا، فمع التقدم العلمي في مجال الطب، أصبح للشخص الحق في التصرف في جسمه سواء أثناء حياته أو بعد وفاته، إذ يجوز له أن يتنازل عن حقه في حرمة وسلامة جسمه، لغرض علاج المريض وإنقاذ حياته، لكن طبعا في حدود ضوابط شرعية وقانونية.

ثالثا: حق التصرف في المنتجات البشرية:

تعتبر منتجات أو مشتقات الجسم العنصر الرئيسي الثاني في التركيبة البيولوجية للجسم البشري، ويقصد بها ما يفرزه الجسم عند أداء وظائفه المختلفة والتي تتميز بالتجدد والقابلية للانفصال[51]، ومع التطورات الطبية ظهرت عمليات طبية تمس بهذه المنتجات منها التلقيح الصناعي (أ)، والاستنساخ البشري (ب).

أ ـ التلقيح الاصطناعي

نتيجة للتقدم الطبي، ظهرت إمكانية تقديم المساعدة الطبية على الإنجاب، والتي يعبر عنها كذلك بالتلقيح الاصطناعي. وهي وسيلة طبية حديثة تؤدي إلى الإنجاب بغير الجماع الطبيعي، يستعين بها الأطباء لمواجهة مشكلة العقم، سواء لدى الرجل أو المرأة [52].

قد يكون التلقيح بنطفة الزوج، حال قيام العلاقة الزوجية، فيتم إدخال الحيوان المنوي للزوج في رحم الزوجة بوسيلة طبية ليتحد مع بويضتها، قصد إحداث الحمل، أو بنطفة الزوج بعد الوفاة، لأنه ثبت علميا إمكانية الاحتفاظ بالحيوان المنوي للرجل لفترة يبقى فيها صالحا للإخصاب حتى بعد الوفاة، وهو ما أدى إلى ظهور بنوك حفظ المني.

كما يمكن تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج خارج الرحم، فتزرع البويضة في أنبوبة اختبار، تكون مهيئة لإحداث انقسام خليتي الحيوان المنوي والبويضة بعد اندماجهما لتكوين الجنين. وبعد الانقسام الرباعي أو الثماني للخلية الجنينية، يتم نقل البويضة الملقحة من الأنبوب إلى رحم المرأة، التي كانت قد أعدت خصيصا لاستقبالها، بعد معالجة هرمونية سابقة، حتى يكتمل الحمل، وتتم الولادة، وهذا ما يعرف بطفل الأنابيب[53].

استعملت هذه الوسيلة سنة 1978 في بريطانيا، فولد أول طفل أنبوب Bébé éprouvette، سميت بلويس بروان Louise Brown، وفي فرنسا سنة 1982، سميت بـ آموندين Amandine .

وقد صدر عن التشريع الفرنسي القانون رقم 94-654 الصادر في 1994/07/29، يتعلق بشروط التبرع واستعمال منتجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب قبل الولادة ينظم كل ما يمس بجسم الإنسان، ويجيز تقديم المساعدة الطبية على الإنجاب، وفق شروط وإجراءات أساسية محددة قانونا[54].

أما المشرع الجزائري، فقد أجاز التلقيح الاصطناعي، بموجب الأمر رقم 05-02 الصادر في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون الأسرة 1984[55]، وذلك في المادة 45 مكرر، على أن يتم ذلك باحترام عدة شروط، أهمها: وجود عقد زواج شرعي، وأن تظل العلاقة الزوجية قائمة، وأن يوافق عليه الزوجين باعتباره يمس بجسم الإنسان[56].

شرعا، فإنه لا يجوز تلقيح بويضة الزوجة بغير مني زوجها، حتى ولو كان في أنبوبة، لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب. كما لا يجوز نقل الجنين من رحم امرأة حملت به بالتلقيح الصناعي إلى رحم امرأة عاقر، غير قادرة على إفراز البويضة، لكن بإمكانها حمل الجنين في رحمها،أو أن تكون المرأة مجرد حاضنة لبويضة امرأة أخرى، ملقحة من زوج هذه الأخيرة، التي ليست لها القدرة على الحمل، وهو ما يعرف بالحمل بالنيابة أو استئجار الرحم[57]،الذي صورة من صور التلقيح الاصطناعي التي ثارت جدلا واسعا في الأوساط الدينية، فرغم وجود من يجيزها من فقهاء الاسلام إلا أن أكثر أهل العلم يحرمها، وقد استدلوا في ذلك بآيات قرآنية، منها قوله تعالى:﴿ وَالذينَ هُمْ لفُرُوجِهِمْ حَافظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتَ آيْمَانُهُمْ فَإِنَهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ العَادُونَ﴾[58]. وقوله أيضا:﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَواتِ وَالأَرْضِ يَخْلقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَهُ عَلِيمُ قَدِيرٌ﴾.[59]

كما تباينت مواقف القوانين الوضعية في حكم استئجار الأرحام، إذ في حين تشهد هذه العمليات سوقا رائجا في دول معينة فإنها محرمة وممنوعة في دول أخرى،[60] كالقانون الجزائري الذي ينص من خلال الفقرة الرابعة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على أن:"...لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".[61]

يتضح مما سبق، أن التكنولوجيا الحديثة قد فتحت المجال لبروز الحق في الحصول على الأطفال بالمساعدة الطبية على الإنجاب،عند استحالة تحقيق ذلك بالطرق الطبيعية، لوجود عقم أو ضعف الخصوبة لدى الزوج أو الزوجة، أو كلاهما، على أن يكون ذلك وفق شروط قانونية، فضلا عن الشروط الشرعية بالنسبة للدولة الإسلامية.

ب ـ الاستنساخ البشري وتعديل الجينات الوراثية

يعتبر الاستنساخ البشري[62]، وما يدخل ضمن هذا المسمى من تعديل الجينات الوراثية من التقنيات العلمية الحديثة، التي أفرزها تقدم البحث العلمي والتجارب الطبية في مجال الطب الحيوي، والهندسية الوراثية[63].

فمنذ الإعلان في السابع والعشرين من شهر فبراير 1997 عن نجاح أول تجربة للاستنساخ الجسدي(أو التكاثر غير الجنسي)، أسفرت عن ولادة النعجة "دولي"[64]، وعن إمكانية تطبيق تقنيات الاستنساخ على الإنسان، عزم العلماء على تحقيق ذلك، ففي سنة 2001، تم الإعلان في الولايات المتحدة الأمريكية، عن استنساخ أول كائن بشري من خلية جسدية، لكنه لم يترك لاكتمال نموه، لأنه لم يكن الغرض من استنساخه هو الحصول عليه، وإنما على خلاياه، وعزل الخلايا الجذعية منها لتعمل كجذع بدائي لعصب أو عضلة، أو أنسجة بديلة يمكن استخدامها لعلاج الأمراض[65].

لكن إذا كان استنساخ الحيوان، لا يثير مشاكل قانونية وأخلاقية، إلا أن استنساخ الإنسان يثير هذه المشاكل، لأنه يؤدي إلى إنتاج أشخاص متماثلة ومتجانسة جينيا، فهو شكل جديد من التلقيح الاصطناعي، يسمح بالتحول من الإنجاب بدون معاشرة جنسية، إلى الإنجاب بدون أبوين[66].

ويعدّ ذلك محل جدل كبير لدى رجال الدين والعلم والقانون وحتى السياسية، فبينما دافع بعض العلماء[67] عن الاستنتاج البشري، جرمه القرار رقم 2/100/د.أ الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي، في مؤتمره العاشر المنعقد خلال فترة 28 جوان إلى 03 جويلية 1997 بالمملكة العربية السعودية[68].

كما صدرت فتاوى عن الكنيسة الكاثوليكية والأرثوذكسية، ترفض الاستنساخ على الإنسان، لأنه يتنافى مع كرامة الإنسان وكرامة الاتحاد بالزواج، وأن لكل أدمي الحق في أن يكون له أبوين بيولوجيين.

ويرجع تحريم هذا الاستنساخ لعدة أسباب، وإن كانت كلها تتفق على أن الاستنساخ البشري، يمس بكرامة الإنسان وبحياة الجنس البشري[69].

من الناحية القانونية، وعلى المستوى الداخلي، أمر الرئيس السابق للولايات المتحدة الأمريكية، بيل كلينتن، بوقف كل التجارب التي تتعلق باستنساخ الإنسان، وبتشكيل لجنة لدراسة الموضوع، كما طلب بإصدار قوانين تمنع ذلك.

فقد أصدرت بعض الولايات قوانين، تمنع الاستنساخ بهدف إنجاب إنسان Le clonage reproductif، بينما سمحت بالاستنساخ Le clonage thérapeutique، كما هو الحال في ولاية كاليفورنيا[70]. أما ألمانيا، فهي لا تميز في مجال منع الاستنساخ بين النوعين[71]، وقد نص

القانون الصادر عام 1990، والخاص بحماية الجنين، على حظر استنساخ البشر بشكل قاطع[72].

في فرنسا، فقد عارض كل من الرئيس السابق "جاك شيراك"، واللجنة الاستشارية الوطنية لحقوق الإنسان، الاستنساخ البشري بمختلف صوره. وبالنسبة لقوانين 1994 الخاصة بأخلاقيات الطب، فهي لم تسمح به، لكنها لم تمنعه صراحة[73].

لذلك فقد تم التصويت في 29 جانفي 2003 على نصوص قانونية جديدة لإدماجها في القانون المدني، تتعلق بمنع كل استنساخ، يهدف إلى إنشاء عنصر بشري مماثل جينيا مع شخص آخر حيا أو ميتا[74]. كما تدخل المشرع بالقانون رقم 2004-800، الصادر في 6 أوت 2004، لتعديل نص المادة 17/511 من قانون العقوبات، التي تجرم تخصيب الجنين خارج الرحم لأغراض صناعية أو تجارية، وأصبح يشمل تجريم محاولات الاستنساخ للجنين البشري أو جعله محلا للتجارب العلمية[75].

أما دوليا، فالإعلان العالمي حول الجينوم البشري وحقوق الإنسان، الصادر عن منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو) سنة 1997، لا يجيز العمليات التي تتنافى مع كرامة الإنسان، بما فيها الاستنساخ الذي يهدف إلى خلق كائنات بشرية[76]، كما سارت في الاتجاه ذاته، منظمة الصحة العالمية، في بيان صحفي صدر عنها في 12 مارس 1997[77].

وفي عام 2001، اقترحت فرنسا وألمانيا حظرا عالميا على استنساخ البشر عن طريق معاهدة دولية ملزمة، وتوالت الدعوات من أجل تحقيق ذلك، لكنها بائت بالفشل، ولذلك اضطرت اللجنة القانونية التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة والمكلفة ببحث الأمر، بأن تتخذ حلا وسطا، يكمن في صياغة إعلان دولي غير ملزم، بدلا من اتفاقيه، يمنع الاستنساخ البشري بجميع أشكاله، وقد صوتت ضده بريطانيا، لأنها تخوفت من أن يتم تفسيره على أنه دعوة لحظر شامل على جميع صور الاستنساخ البشري، باعتبارها تؤيد الاستنساخ لأغراض علاجية. وقد تم اعتماد هذا الاعلان من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت قرار رقم 280/59 في دورتها التاسعة والخمسون في 8 مارس 2005.[78]

إقليميا، يعد البروتوكول الإضافي الأول، الصادر عن المجلس الأوروبي في 12 جانفي 1998، والملحق بالاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وكرامته تجاه التطبيقات البيولوجية الصادرة في 4 ماي 1997، أول وثيقة قانونية دولية تمنع الاستنساخ البشري، وتعتبره إجراء علمي غير مشروع قانونا، وذلك وفقا للمادة 1/1،التي تنص على منع كل تدخل يهدف إلى إنشاء كائن بشري، يحمل جينات مماثلة لجينات كائن آخر حي أو ميت، وهو ما أكدت عليه أيضا المادة 2/3 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي[79].

فيما يخص تعديل الجينات الوراثية، فإذا كان التطور الذي عرفه مجال استخدام الهندسة الوراثية، سمح بإمكانية الكشف عن الأمراض مسبقا وعلاجها[80]؛ إلا أن التلاعب في الجينات الذي يستهدف التعديل في الخصائص الوراثية للشخص، عن طريق عزل أو مزج أو إضافة جينات لها صفات أخرى فيؤدي إلى تغيير الجينات الأصلية والاعتداء على كرامة الإنسان فإنه غير جائز قانونا، وذلك حفاظا على الحق في الحياة للنوع الإنساني Le droit à la vie du genre humain.[81]

لذلك، فقد صدرت عن المجلس الأوروبي التوصية رقم 934 سنة 1982، أكدت على حق الإنسان في ذمته الجينية Le droit de l'homme à son propre patrimoine génétique،أي أن لكل شخص الحق في أن يرث خصائص جينية لم يتم التلاعب فيها،لأن ذلك يرتبط بكرامته الإنسانية. Le droit d'hérité des caractéristiques génétiques n'ayant subi aucune manipulation. كما أكد على ذلك من خلال التوصية رقم 1046، الصادرة عنه في سبتمبر 1986، والمتعلقة بأخطار التجارب الجينية على حقوق الإنسان، آخذا بعين الاعتبار التطورات العلمية، التي أصبحت تسمح بإنشاء خلايا بشرية متطابقة ومتجانسة فيما بينها[82].

بالتالي يعتبر كل من الاستنساخ البشري وتعديل الجينات الوراثية من بين التدخلات الطبية التي تشكل اعتداء واضح على الكرامة البشرية، ما يستلزم حظر ومنع مثل هذه الممارسات الخطيرة، وذلك حفاظا على الحق في الحياة للنوع الإنساني، وعلى عدم التلاعب بالخصائص الجينية للإنسان.

خاتمة

يتبن من خلال الدراسة أن التطور العلمي والتكنولوجي في مجال الطب والبيولوجيا أثر في مضمون حقوق الإنسان، فبينما لا يزال النضال قائما حول تطوير وتفعيل حقوق الإنسان من الجيل الأول والثاني و الثالث، إلا أن البعض انتقل للحديث عن نوع آخر من الحقوق قد تشكل مستقبلا حقوقا من الجيل الرابع.

ترتبط هذه الحقوق ارتباطا وثيقا بتقدم التقنيات الطبية، وتدرجها بعض الأنظمة القانونية ضمن فئة الحريات الشخصية، لكونها تتعلق بكيان وشخصية الإنسان، تدخلت لضبطها وتنظيمها لجعل الانتفاع بالتطور العلمي والتكنولوجي، على نحو يتم فيه مراعاة كرامة الإنسان وتكامله الجسدي وهويته الشخصية، إذ تسعى التشريعات الوضعية إلى فرض المزيد من الحماية في مواجهة أي اعتداء على الحق في السلامة الجسدية، الذي يعتبر الأصل، بينما تعتبر الممارسات الطبية الحديثة الواردة على هذا الجسم مجرد استثناءات، تتم في إطار ضوابط قانونية محددة.

لذلك، ومن خلال ما تقدم يمكن استخلاص النتائج التالية:

ـ أن مبدأ حرمة جسم الإنسان قد تنازل عن عرشه من الناحية الواقعية مع التقدم الطبي والتكنولوجي، وأصبح محلا للمعاملات القانونية.

ـ اتساع مفهوم الحق في الحياة لينتقل إلى الحديث عن الحق في الموت الرحيم، الذي يعني إنهاء حياة المريض الميئوس من شفائه، باستفادته من رحمة يد الطبيب للتخفيف من معاناته وتسهيل موته بكرامة، وإن كان هذا الحق لم يعرف صدى في القوانين الوضعية ـ خاصة في جانبه الإيجابي ـ ، ثم انتقل الحديث عن الحق في الحفاظ على حياة النوع الإنساني عن طريق حظر الاستنساخ البشري والتلاعب في الجينات الذي يستهدف التعديل في الخصائص الوراثية للشخص، والذي لم نجد له أي تنظيم في القانون الجزائري.

ـ أثر التطور الطبي أيضا على الحق في الصحة، الذي تطور ليشمل الحق في نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهي عمليات نظمتها معظم التشريعات الوضعية في إطار ضوابط ،على أساس أن إجازة مثل هذه الممارسات يتوقف على احترام شروط عديدة محددة قانونا وشرعا، يتبين من خلالها أن إباحتها استثنائية ليست مطلقة.

ـ كما أصبح لأي شخص لم يرضى بجنسه الأصلي أن يطلب تغييره، واكتساب الجنس الذي يرغب فيه، والذي اختلفت التشريعات الوضعية بشأنه، إذ هناك تشريعات نظمت صراحة عمليات تغيير الجنس، وأخرى اعترفت به ضمنيا، بينما هناك من التزمت الصمت اتجاه هذا الموضوع،كالقانون الجزائري.

ـ هذا فضلا عن ظهور الحق في الإنجاب والحصول على طفل بالمساعدة الطبية بفضل استعمال تقنية التلقيح الاصطناعي، والذي أجازته مختلف القوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري وذلك في المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02 الصادر في 27 فبراير 2005 المعدل لقانون الأسرة 1984.

ـ أن هذه الحقوق التي تعتبر كحقوق للإنسان من الجيل الرابع لم تتبلور بالشكل اللازم على المستوى الدولي، لأنه لا توجد اتفاقية دولية عالمية ملزمة، تتضمن مجمل هذه الحقوق كما هو الأمر بالنسبة للعهدين الدوليين المتعلقين بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 المنعقدين في إطار الأمم المتحدة. كما أن تباين مواقف الدول بشأن مدى مشروعيتها من عدمها يجعل الحديث عن عالمية مثل هذه الحقوق محل شك.

انطلاقا من هذه النتائج يمكننا أن نوصي بمايلي:

ـ ضرورة تدخل المشرع الجزائري لوضع نظام قانوني ينظم مثل هذه الممارسات، وذلك بشكل واضح ودقيق وواسع، يحدد من خلاله حدود وضوابط القيام بها، ويقرر المسؤولية

المترتبة عن عدم احترامها.لأننا لم نجد قانون ينظم بشكل خاص عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ما عدى بعض المواد الواردة في قانون حماية الصحة وترقيتها. كما أنه لم ينظم مسألة التلقيح الاصطناعي سوى في مادة واحدة ضمن قانون الأسرة، وهي المادة 45 مكرر، هذا فضلا عن سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم عمليات تغيير الجنس وكذلك الاستنساخ البشري وتعديل الجينات الوراثية، وهذا كله يعتبر نقص تشريعي يجب تداركه.

ـ ضرورة بذل جهود من قبل المجتمع الدولي من أجل وضع اتفاقية دولية عالمية ملزمة، تنظم هذا النوع من الحقوق وفقا لضوابط وشروط قانونية، يتم من خلالها مراعاة مبدأ حرمة جسم الإنسان وكرامته الإنسانية.

الهوامش:

(1) تميزت حقوق الإنسان في بداية ظهورها بالطابع الفردي التقليدي، استهدف من وراءها تحرير الأفراد من قهر وتسلط الحكام، لكونها تفرض على الدولة الالتزام بالامتناع عن التعرض لها أو التدخل فيها، وهي تعرف بالحقوق المدنية والسياسية، أو بحقوق الجيل الأول، كالحق في الحياة، والحق في الأمن...، لكن تقدم الحياة البشرية وتغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى ضرورة تكملتها بجيل ثان من الحقوق، تلتزم الدولة بالتدخل لكفالتها للأفراد، وتكمن في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كالحق في العمل والحق في الملكية، والحق في الصحة...، ومع تجدد المشاكل والاحتياجات الإنسانية، نتيجة للتقدم العلمي والتكنولوجي، ونظرا لاتساع تركيبة المجتمع الدولي بعد أن انضمت إليه دول جديدة تختلف في القيم الثقافية ودرجة التقدم الاقتصادي والاجتماعي، استلزم الأمر استحداث حقوق جديدة تتناسب ومقتضيات الحياة المعاصرة تتمثل في حقوق التضامن، كالحق في البيئة و الحق في السلم...،والتي أصبحت تشكل الجيل الثالث لحقوق الإنسان، لمزيد من التفاصيل حول مضمون وأساليب حماية هذه الحقوق أنظر: ليلى ياحي،"تطور مفهوم حقوق الإنسان"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

(2) VASAK Karel, «Les différentes catégories des droits de l'homme », in LAPEYRE .A, DETINGUY .K et VASAK .K (sous la direction de), « Les dimensions universelles des droits de l'homme»,Bruylant, Bruxelles, 1990, p 302.

(3) هناك من يشير إلى أن التطور العلمي في مجال المعلوماتية وظهور شبكة الانترنت أثر بدوره في مضمون حقوق الإنسان، وأدى إلى الحديث عن ما يسمى "بالحقوق الرقمية"، كحقوق من الجيل الرابع، كالحق في الخصوصية عبر الانترنيت، والحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال وإلى المعلومة ...، لكن المجال لا يتسع لدراسة هذا النوع من الحقوق، لذلك ولمزيد من التفاصيل أنظر كل من: علي معزوز،" حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 198-207. علي نايت اعمر، "الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014. رضا هميسي، "ضمان النفاذ إلى المعلومات على ضوء الدساتير المغاربية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 14، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،أكتوبر 2016، ص 240-253.

(4) BEDJAOUI Mohammed, « La difficile avancée des droits de l'homme vers l'universalité » in Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste, Acte du colloque organisé par le conseil de l'Europe en

collaboration avec l'institut international des droits de l'homme, Strasbourg 17 – 19 Avril 1989, Editions N.P.engel, 1990, p39.

(5) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص736.

(6) PINILLA Ignacio Ara, « La réforme des droits de l'homme dans la perspective d'identifier de "Nouveaux" droits de l'homme », Communication au colloque sur "Les droits de l'homme" la laguna tenerif, 1er – 4 Novembre 1992, Bruxelles, 1993 p98.

(7) لمزيد من التفاصيل أنظر: ليلى ياحي، مرجع سابق، ص 28-31.

(8) نجية عراب تاني، "مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، مكتب الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، العدد 03، الجزائر، 2007، ص 148-149.

(9) مصطلح "قتل الرحمة" في اليونانية يتكون من كلمتين:

"eu" تعني " bien – agréablement ".

. " Thanatos " تعني "Mort"، ويقصد منه،" L'art de bien donner la mort"، انظر في ذلك:

FLOUZA-AUBA Marie-Dominique et TAWIL Sami-Paul, Droits des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, Edition Marabout,France,2005,p43.

(10) نجية عراب تاني، مرجع سابق، ص148.

(11) فقد أدى التطور السريع الذي عرفه مجال الطب، وما صاحبه من مخاطر قد تمس بسلامة جسم الإنسان إلى الاهتمام أكثر بموافقة المريض على أي عمل طبي يتعرض إليه. لذلك بدأ تقنين حق الفرد في سلامة جسمه وفي الذاتية وتقرير مصيره، والذي يعتبر حرية فردية، تُمكن الفرد من تحديد مسار حياته، واتخاذ القرارات التي تخص صحته، لمزيد من التفاصيل راجع: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها.

(12) BERNARDINIS DE Christophe, Les droits du malade hospitalisé, Editions Heures de France, Paris, 2006, p55.

(13) ليندة بغدادي،"حق الإنسان في التصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص 47.

(14) FLOUZA – AUBA Marie- Dominique et TAWIL Sami – Paul, op, cit, p44 et 45.

(15) OBERDORFF Henri, Droits de l'Homme et libertés fondamentales, Editions Dalloz, Paris, 2003, p220.

(16) Loi n° 2005-370, du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF n° 95, du 23 avril 2005.

(17) يسمح هذا القانون للشخص المريض الذي يعي بأنه في مراحله الأخيرة من الحياة أن يطلب وقف العلاج، والطبيب يحترم إرادته بعد إعلامه بنتائج وعواقب اختياره، ثم يسجل قرار المريض في ملفه الطبي. أما في حالة عدم وعي المريض بحالته الصحية، فالطبيب يمكن أن يقرر ذلك لكن بالتعاون مع أطباء آخرين، وبعد أخذ رأي الشخص محل الثقة، أو أحد أفراد عائلته. كما يسمح هذا القانون للطبيب بأن يعطي للمريض دواء قد تكون آثاره الثانوية تقريب موت المريض، بعد إعلام المريض أو الشخص محل الثقة أو أحد أفراد العائلة، لمزيد من التفاصيل انظر:

BERNARDINIS DE Christophe, op, cit,p 56-58.

(18) Loi n° 2016-87, du 02 février 2016, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF n°0028, du 03 février 2016.

(19) لمزيد من التفاصيل أنظر:

GUERLIN Murielle Benéjat, Fin de vie et droit pénal , Montesquieu Law Review, n°05 Mars 2017,www.montesquieu law review.eu, pp 01-08.Date de visite de cet article: Juin 2017 à 11h00.

(20) تنص المادة 538 منه على مايلي:"يعاقب بالاعتقال عشر سنوات على الأكثر من قتل إنسانا قصدا بعامل الاشفاق بناء على إلحاحه بالطلب "، أنظر هذا القانون في الموقع الإلكتروني التالي: www.parliament.gov.sy. تاريخ زيارة الموقع: جوان 2017 على الساعة 11h30.

(21) أنظر الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، منشورات بيرتي، 2009.

(22) OBERDORFF Henri, op,cit, p221.

(23) الآية رقم 33 من سورة الاسراء.

(24) الآية رقم 87 من سورة يوسف.

(25) الآية رقم 145 من سورة آل عمران.

(26) نقلا عن: محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2001، ص 92.

(27) نجية عراب تاني، مرجع سابق، ص153.

(28) حول المقصود بالموت الاكلينيكي، راجع: محمد عسال، " المسؤولية الناجمة عن الخطأ في تحديد لحظة الوفاة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 43-53.

(29) نقلا عن: محمد جمال طحان، " القتل الرحيم ومشكلات الخوف و الألم" ، المنشور في الموقع الالكتروني التالي: www.arabworldbooks.com ، تاريخ زيارة الموقع: نوفمبر 2017 على الساعة 14h00.

(30) حول المقصود بالأعضاء البشرية من الناحية الفقهية والقانونية، وتمييزها عن مشتقات الجسم أنظر: نذير برني، "الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 13-20.

(31) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 444-445.

(32) حول مجمل التعاريف التي قيلت في هذا الموضوع، أنظر: خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسئولية الطبيب الجنائية و المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 189-190. وهيبة مكرلوف،"الأحكام القانونية لنظام تغيير الجنس، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016 ، ص 22- 30.

(33) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 60.

(34) نقلا عن: منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 446 -447.

(35) خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 220. لمزيد من التفاصيل حول موقف كل من القوانين الوضعية والفقه والقضاء من عمليات تغيير الجنس راجع: وهيبة مكرلوف، مرجع سابق، ص 81 – 164.

(36) أنظر: مروة عبد الله، " التحول الجنسي في إيران .. الدولة التي تتصدر العالم في عدد المتحولين جنسيا"، مقال منشور في 11 ديسمبر 2015 على الموقع الالكتروني التالي: www.sasapost.com. أنظر أيضا المقال: " معاناة العبور الجنسي في مصر بين رحي المجتمع والدولة "، مركز هردو لدعم التعبير الرقمي، القاهرة، 2017. المنشور على الموقع الالكتروني: www.hrdoegypt.org ، تاريخ زيارة الموقعين: نوفمبر 2017 على الساعة 15h00.

(37) القانون رقم 16-01 الموافق لـ 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج عدد 14، الصادرة في 7 مارس 2016.

(38) أنظر: الأمر رقم 156/66 السالف الذكر.

(39) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 69.
(40) منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 446.
(41) راجع حول تفاصيل هذه القضية: ليندة بغدادي، مرجع سابق، ص 26.
(42) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 69.
(43) هند شعبان، " المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية "، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص173.
(44) حول تعريف وتطور هذه العمليات أنظر: العلجة مواسي: "التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص 14-21.
(45) وقد اعتمد هؤلاء الفقهاء في آراءهم على أدلة عديدة من القرآن والسنة، وإن كان الرأي المؤيد في الفقه الحديث هو الغالب، إذ تبنته العديد من المؤتمرات ولجان الفتوى في مختلف الدول العربية و الإسلامية، لمزيد من التفاصيل أنظر: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 363 و 364 -395.
(46) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص147-148.
(47) لمزيد من التفاصيل انظر: مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 440 -467.
(48) ج رج ج ، عدد08 ،الصادرة في 1985/02/17.
(49) ج رج ج ، عدد 35 ،الصادرة في 1990/08/15.
(50) حول التنظيم التشريعي لهذه العمليات وشروطها، أنظر: العلجة مواسي، مرجع سابق، ص 71-95.
(51) لمزيد من التفاصيل أنظر: نذير برني، مرجع سابق، ص 21-26. العلجة مواسي، مرجع سابق، ص 29-36.
(52) OBERDORFF Henri, op, cit, p225.
(53) عبد القادر قاسم العيد، " التلقيح الصناعي: تعريفه، نشأته، موقف المشرع الجزائري منه "، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 208-209.
(54) OBERDORFF Henri, op, cit, p222-226.
(55) ج ر ج ج عدد 15، الصادرة في 27/ 02 /2005.
(56) حول تفاصيل هذه الشروط وغيرها انظر:عبد القادر قاسم العيد، مرجع سابق، ص 210 -212.
(57) منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 472 و473.
(58) الآيات رقم: 5 ،6، 7 ، من سورة المؤمنون.
(59) الآيتين رقم: 46 ، 47 من سورة الشورى.
(60) لمزيد من التفاصيل حول موقف الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية من استئجار الأرحام راجع: علي بن مشبب بن عبد الله البكري، استئجار الأرحام، دراسة تأصيلية مقارنة، دراسة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الاسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،2011، ص 104 - 144.
(61) أنظر الأمر 02/05 السالف الذكر.
(62) يقصد به إيجاد نسخة طبق الأصل عن شيء ما من الكائنات الحية نباتا أو حيوانا أو إنسانا، لمزيد من التفاصيل حول تعريف وأنواع وأضرار الاستنساخ البشري أنظر: صلاح أحمد السيد جودة، الحماية الدستورية لخصوصية الإنسان من الاستنساخ البشري، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 83-102.

(63) أحمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لاستخدام الجينات الوراثية في الجنس البشري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص229.

(64) تعتبر النعجة " دولي"، أول حيوان استنسخ استنساخا جسديا على يد علماء الوراثة البريطانيين، بقيادة " إيان يلموت" في معهد " روزلين " بأسكتلندا، وذلك بأخذ خلية من ضرع نعجة بالغة، وتربيتها في المعمار لمدة ستة أيام، ثم جيئ ببيضة غير مخصبة من نعجة أخرى، وتم نزع نواتها بما تحويه من مادة وراثية، وتم وضع نواة الخلية المأخوذة من ضرع النعجة الأولى بدلا منها. وفي وجود شرارة كهربائية ثم التحام هذه النواة في بيضة النعجة الثانية الخالية من النواة، تم زرع الجنين الذي نتج عن هذا الالتحام في نعجة ثالثة. وبعد انتهاء مدة الحمل، أنتجت النعجة "دولي"، التي صارت أشهر نعجة في التاريخ، أنظر: حسام تمام،"الاستنساخ البشري بين الرفض والقبول"،على الموقع الالكتروني التالي: www.islamonline.net، 2001، تاريخ زيارة الموقع :جوان 2017 على الساعة 17h30. أنظر أيضا: شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 42.

(65) شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق، ص31.

(66) OBERDORFF Henri, op, cit, p 228-229.

(67) إذ يطالبون الحكومات والهيئات الدولية بسن قوانين تبيح هذه الأبحاث وتدعمها، لمزيد من التفاصيل انظر: شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق،ص 93 -109.

(68) الاستنساخ على الإنسان: قد يكون إما استنساخا جسديا ـ لا جنسي ـ ويعرف بالاستنساخ التقليدي يقصد به: إنتاج مواليد من خلايا جسدية مأخوذة من أفراد يافعة بالغة حية، والمولود يكون حاملا لجميع صفات الفرد المأخوذة منه الخلية الجسدية وحده، أي يولد نسخة مطابقة لهذا الفرد، أو أن يكون استنساخ جيني ـ جنسي ـ يعرف بالاستنساخ الجديد أو الاستتآم، ويقصد به شطر الأجنة، وتعني فصل الخليتين أو الخلايا التي انقسمت من الخلية الأصل، ووضع كل خلية في بيضة منزوعة النواة لمواصلة النمو، لأكثر تفاصيل انظر: شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع نفسه، ص ص 32 - 36.

(69) حول أهم الأسباب المعتمدة لتحريم الاستنساخ البشري، أنظر:حسام تمام، مرجع سابق، ص 67 – 77.

(70) BLAIZOT-HAZARD Catherine, Droit de la recherche scientifique, 1er édition, P U F, 2003, p88.

(71) Ibid,p90.

(72) حسام تمام، مرجع سابق، ص 62.

(73) OBERDORFF Henri, op,cit, p229.

(74) BLAIZOT-HAZARD Catherine, op,cit, p83.

(75) نقلا عن: حسام تمام، مرجع سابق، ص 165.

(76) اعتمد هذا الإعلان بالإجماع من طرف المؤتمر العام للمنظمة خلال دورته التاسعة والعشرين في 11 نوفمبر1997 وصادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة عليه بموجب القرار AIRES/53/152، الصادر عن دورتها الثالثة والخمسين في 9 ديسمبر 1998، وتنص المادة 11 منه على مايلي:" لا يجوز السماح بممارسات تتنافى مع كرامة الإنسان مثل الاستنسال لأغراض إنتاج نسخ بشرية. ويتعين على الدول والمنظمات الدولية المختصة أن تتعاون للكشف عن مثل هذه الممارسات واتخاذ التدابير اللازمة بشأنها على المستوى الوطني أو الدولي وفقا للمبادئ المنصوص عليها في هذا الإعلان"، أنظر الموقع الإلكتروني:www.unesco.org ، تاريخ زيارة الموقع:جوان 2017 على الساعة 17h30.

(77) شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق، ص .141

(78) أنظر: خصوبة دوت كوم، "قرار أممي لحظر استنساخ البشر"، www.khosoba.com. أنظر أيضا الموقع الالكتروني: www.un.org تاريخ زيارة الموقعين الالكترونيين جوان 2017 عل الساعة 17h30.

(79) OBERDORFF Henri, op, cit, pp 229 -230.

وقد تم الإعلان عن هذا الميثاق من قبل المجلس الأوروبي واللجنة الأوروبية في الاجتماع المنعقد بمدينة نيس في 2000/12/07، لغرض تقوية حماية الحقوق الأساسية في ضوء تغيرات المجتمع، والتقدم الاجتماعي والتطورات العلمية والتقنية، بجعل تلك الحقوق أكثر وضوحا في الميثاق، انظر في ذلك: محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان: المصادر ووسائل الرقابة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2005، ص 193.

(80) حسام تمام، مرجع سابق، ص 229.

(81) حسام تمام ، مرجع نفسه، ص 148.

(82) BEDJAOUI Mohammed, op, cit, p39.

NOPPERS Bartha M.K et LABERGE Claude, « Nouvelles techniques et droits nouveaux - le respect de la dignité humaine et la génétique humaine » in BRAIBANT Guy et MARCOU Gérard (sous la direction de), « Les droits de l'homme,universalité et renouveaux 1789 – 1989, Editions l'Harmattan, Paris, 1990, p246 – 253.

حماية الأطفال في ظل التغيرات المناخية الراهنة*

حمود صبرينة، أستاذة مساعدة "ب"،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة سطيف 2، 19000 سطيف، الجزائر.

HAMOUD Sabrina, M A"B",
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Sétif 2, 19000 Sétif, Algérie.

الملخص:

يشكّل تغير المناخ فعليًا في الوقت الراهن أحد أهم عوامل تغيرات النُظم البيئية، إلى جانب الإفراط في استغلال الموارد والتلوث. وعلاوة على ذلك، سيُذكي الاحترار العالمي حدّة التأثيرات الضارة الناجمة عن التلوث البيئي، بما في ذلك ارتفاع مستويات الأوزون على سطح الأرض، هذه التأثيرات التي تحدث حالياً وستتفاقم في المستقبل تعرّض ملايين الأطفال لأخطار تدهور البيئة، وتؤثر على حقهم الأساسي في الحرية والمساواة وفي بيئة ذات نوعية تسمح بحياة تتسم بالكرامة والرفاه.

الكلمات المفتاحية:

تغير المناخ، الأطفال، الرفاه الإنساني، الاستدامة، حقوق الإنسان.

The Protection of Children in the Current Climate Changes

Abstract:

Climate change is actually at the moment one of the most important ecosystems, changes in factors along with the over-exploitation of resources and pollution. Moreover, global warming may Stimulate, the adverse effects of environmental pollution, including high ozone levels on the surface of the ground in the regions.

This influences that are currently occurring and will worsen in the future exposure of millions of children to the dangers of environmental degradation, and affect their fundamental right in freedom and equality and at the same environment quality permit a life of dignity and well-being.

Keywords:

Climate change, children, human welfare, sustainable development, human rights.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/03/01 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/05/08 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

La protection des enfants dans les changements climatiques actuels

Résumé :

Les mutations environnementales sont en partie dues aux changements climatiques, à la surexploitation des ressources et à la pollution. De tels phénomènes menacent directement le droit des enfants à un environnement saint et réduit leur droit à la liberté et à l'égalité en la matière.

Mots clés:

Changement climatique, enfants, bien-être humain, le développement durable, les droits de l'homme.

مقدمة

تعدّ قضية تغير المناخ واحدة من أهم القضايا البيئية في الوقت الحالي، نظرا لارتباطها وتأثيرها المباشر على مختلف القطاعات الحيوية. لهذا حظيت هذه الظاهرة باهتمام واسع من قبل مختلف المنظمات والهيئات الدولية المعنية بالبيئة، بعد أن بدأت الدلائل العلمية تشير إلى وجود علاقة وثيقة بين انبعاثات غازات الاحتباس الحراري الناتجة عن الأنشطة البشرية وخطر تغير المناخ العالمي. هذا الأخير الذي تفاقم بسبب الزيادة في استخدام الوقود الأحفوري وغيره من المصادر المؤذية للبيئة.

هذه التأثيرات التي تحدث حالياً وستتفاقم في المستقبل تعرّض ملايين الأطفال لأخطار تدهور البيئة، وتؤثر على حقهم الأساسي في الحرية والمساواة وفي بيئة ذات نوعية تسمح بحياة تتسم بالكرامة والرفاه، حسب المبدأ الأول من إعلان مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة البشرية الصادر في سنة 1972، بعد أن أصبحت البيئة غير قادرة على التعامل بكفاءة مع هذه الزيادة المفاجئة والكبيرة في معدل التغيرات البيئية .

الإشكالية: يعتبر الأطفال عادة هم الضحية الأولى للتغيرات المناخية، سواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن تلوث بيئي أو عن تدهور للموارد البيئية، وذلك بسبب ضعفهم، لأنّ الأطفال في مرحلة التكوين والنمو؛ ومن ثم يؤثر عليهم أيّ تلوث يتعرضون له ويصيبهم بأضرار بالغة . ومن خلال ما سبق نطرح الإشكالية التالية : كيف تؤثر التغيرات المناخية الراهنة على حقوق الأطفال؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال استعراض العناصر التالية:

أولا- ضبط المفاهيم العلمية

ثانيا- آثار التغيرات المناخية على الأطفال

ثالثا-تعزيز استراتيجيات التكيف مع التغيرات المناخية تحقيقا للتمكين الفعلي بحقوق الأطفال.

أولا- ضبط المفاهيم العلمية

أ-تعريف التغير المناخي

أصبحت التغيرات المناخية تشكّل مصدر قلق حقيقي على المستوى العالمي، لأنّ هذه التغيرات تجري بمعدل أسرع مما كانت تتنبأ به المعطيات المناخية المعروفة، مع تباين واختلاف تأثيراته من منطقة إلى أخرى [1]. ويشير هذا المصطلح إلى التغير الحاصل في العوامل والظروف المناخية الناتجة بصورة مباشرة عن الأنشطة البشرية، التي تقوم بطرح كميات كبيرة من غازات الاحتباس الحراري إلى الغلاف الغازي للأرض. فقد عرفته اتفاقية الأمم المتحدة بشأن التغير المناخي بأنّه " التغير بصورة مباشرة أو غير مباشرة بفعل النشاط البشري الذي يؤدي إلى تغيير في تكوين الغلاف الجوي العالمي"[2].

ب- تعريف الطفل

يعني الطفل حسب المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل "كلّ إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه". وهو نفس التعريف الذي ورد حسب المادة 2من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته [3].

ج- حماية الطفل

يستخدم مصطلح "حماية الطفل" من قبل المنظمات الدولية في مختلف الحالات وبطرق مختلفة. ويقصد به الحماية من كافة أنواع العنف والإيذاء والاستغلال، وتعني في أبسط أشكالها حق كلّ طفل في عدم التعرض لأيّ ضرر من الأضرار، مع ضمان حصوله على ما يحتاجه من أجل البقاء على قيد الحياة. وترتيبا على ذلك ؛ مصطلح الحماية يغطي مجموعة واسعة من القضايا الهامة والملّحة التي ترتبط ارتباطا وثيقا بعدّة عوامل اقتصادية واجتماعية وبيئية، كما تتّصل بشكل أساسي بالفقر و كذا الكوارث الطبيعية ما تساهم في إفراز العديد من المشاكل وتفاقمها [4].

ثانيا- آثار التغيرات المناخية على الأطفال

يشكّل تغيّر المناخ في الوقت الحالي تهديدا كبيرا لاستقرار العالم، وهو بذلك يتفوق على الإرهاب الدولي [5]. حيث أكدّ تقرير الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ (IPCC) الصادر سنة2007 بأنّ " أفريقيا هي واحدة من القارات الأكثر عرضة لتغير المناخ و تقلبه، وهي حالة تفاقمت بسبب تفاعل" الإجهاد المتعدد"، الذي يتحدث على مستويات مختلفة، مع انخفاض القدرة على التكيف" [6].

أ-أسباب التغيرات المناخية

يعتبر تغير المناخ قضية بيئية هامة وحقيقة علمية ومشكلة عالمية طويلة الأجل، تنطوي على تفاعلات معقدة لها تداعيات سياسية، اجتماعية، بيئية واقتصادية بالدرجة الأولى. وقد

عقد مجلس الأمن الدولي أول اجتماع له لمناقشة هذه الظاهرة، حيث صرح الأمين العام للأمم المتحدة بانكي مون؛ بأنّ التغير المناخي يتسارع بوتيرة خطرة ممّا يهدّد السلم والأمن الدوليين بشكل أساسي، بعد أن قدّر الخبراء أنّ ما يحدث هذه الأيام هو اكبر تغيرّ في الغلاف الجوي منذ 65000 سنة[7]، وأرجعوا سبب ذلك إلى :

1-الأسباب الطبيعية للتغير المناخي

التغيّر المناخي هو اختلال في الظروف المناخية المعتادة، كالحرارة وأنماط الرياح والتساقط التي تميّز كلّ منطقة على الأرض، وكذلك ارتفاع حرارة الغلاف الجوي المحيط بالأرض، بسبب تراكم غاز ثاني أكسيد الكربون والميثان، . فكلّ هذه التغيرات هي ناتجة أساسا عن:

- ثوران البراكين حيث تنبعث منها غازات الدفيئة مثل بركاني ايسلندا وتشيلي.
- العواصف الترابية في الأقاليم الجافة وشبه الجافة التي تعاني من تدهور الغطاء النباتي وقلّة الزراعة والأمطار، ومن أمثلتها رياح الخماسين وما تثيره من غبار عالق في جو شبه الجزيرة العربية. .
- ظاهرة البقع الشمسية، وهي ظاهرة تحدث كل 11 سنة تقريبا نتيجة اضطراب المجال المغناطيسي للشمس، ممّا يزيد من الطاقة الحرارية للإشعاع الصادر منها.
- الأشعة الكونية الناجمة عن انفجار بعض النجوم، حيث تضرب الغلاف الجوي العلوي للأرض وتؤدي لتكون الكربون المشّع.
-التغيرات التي تحدث لمدار الأرض، وما ينتج عنها من تغير في كمية الإشعاع الشمسي الذي يصل إلى الأرض، وهذا عامل مهم جدا في التغيرات المناخية [8].

2- الأسباب البشرية للتغير المناخي

تساهم النشاطات البشرية في التغيّر المناخي عن طريق التسبّب بزيادة غازات الدفيئة، ويأتي الجزء الأكبر من مساهمة النشاطات البشرية عن طريق حرق الوقود الأحفوري، وإطلاق ثاني أكسيد الكربون في الجوّ، يضاف إلى ذلك:

- الغازات المنبعثة من الصناعات المختلفة، كتكرير النفط وإنتاج الطاقة الكهربائية ومعامل إنتاج الاسمنت ومصانع البطاريات.
-عوادم السيارات والمولدات الكهربائية [9].
-نواتج الأنشطة الزراعية، كالأسمدة والأعلاف وعمليات إزالة الغابات والأشجار التي تعتبر أكبر مصدر لامتصاص غازات الاحتباس الحراري خاصةً غازCO2 .
-الغازات المنبعثة من مياه الصرف الصحي، خاصة الميثان الذي يعتبر أكثر خطراً بعشرة أضعاف من CO2[10]. .

ب- تأثير التغيرات المناخية على الأطفال

إنّ مفهوم تغير المناخ بالشكل السابق يهدّد الأمن الغذائي والصحة البشرية، ويزيد احتمال تعرض الأطفال خاصة للظواهر المناخية المتطرفة. وغالبا ما يُنظر إلى تغير المناخ بوصفه "عاملا مضاعفا للمخاطر" ؛ لأنّه يؤدي إلى تفاقم مستوى المخاطر الناجمة عن الفقر المستمر، ويسهم في حدوث انقسامات وتقليص فرص الحصول على الموارد [11] . وتفيد التقديرات بأنّ 231 مليون شخص في العالم يتأثرون بالكوارث المتصلة بالمناخ؛ وأغلبيتهم من الأطفال. كما جاء في تقرير العمل الإنساني 2011 لليونيسيف أنّ" المخاطر المتصلة بالمناخ تتزايد، وقد باتت تمثل 70 في المائة من مجموع الكوارث اليوم مقارنة بنسبة 50 في المائة قبل عقدين من الزمن، ويتوقع أن تؤثر هذه الأزمات المتصلة بالمناخ على مئات الملايين من الناس كل سنة ابتداءً من 2015 [12]، هذه التغيرات المناخية التي تزعزع استقرار الأنظمة البيئية وتشكّل ضغطا قويا على الموارد الطبيعية، تجعل البلدان النامية أكثر تعرضا وهشاشة، لأنّها تعتمد بالأساس على الموارد الطبيعية، وتفتقر إلى الموارد المالية والوسائل التكنولوجية لمواجهة آثار التغير المناخي [13].

1-آثار التغيرات المناخية على رفاه الأطفال

تعدّ التغيرات المناخية مصدر كل المخاطر على الرفاه الإنساني، و هذا ما تشير إليه مختلف التقارير الدولية المتعلقة بالتنمية البشرية، والإحصائيات التي تصدرها المنظمات الدولية. ويقصد بالرفاه الإنساني" مدى ما يكون للأفراد من قدرات وفرص وحرّيات ليعيشوا نوعيات حياة جيدة، و يشمل ذلك الأمن الشخصي والبيئي والصحي والوصول إلى الموارد" [14]. كما اعترفت الدول الأعضاء في الأمم المتحدة من خلال إعلان الألفية، بأنّ حجم الخسائر المتزايدة الناجمة عن الكوارث تشكّل تهديدا كبيرا نحو تحقيق الأهداف الإنمائية للألفية [15]. ولذلك يعتبر الأمن الإنساني المعيار والمقياس الأهم للرفاه والتقدم الاجتماعي ودرجة تطور المجتمع، إذْ لا يمكن تأمين شروط الكرامة الإنسانية من دون تحقيق الأمن بجوانبه المختلفة.

إنّ حق الطفل في الحياة والبقاء والنموّ أمر مهم جدا وأساسي للتمتّع بجميع حقوقه الأخرى، وفي هذا الإطار حدّدت لجنة الأمم المتحدة؛ حقوق الطفل بأنّها تتكون من أربعة مبادئ توجّه في الوقت نفسه، بهدف ضمان الحق في البقاء والنماء ولا يمكن تنفيذها إلاّ بطريقة شاملة، من خلال تطبيق جميع الأحكام الأخرى للاتفاقية، وهذه الحقوق تتضمن : الحق في الصحة، وكفاية التغذية والأمن الاجتماعي، ومستوى معيشي أفضل، وكذا بيئة صحية وآمنة [16].

هذا العنصر الأخير تمّ إقراره بعد ملاحظة تعرّض الأطفال إلى وابل من التهديدات البيئية نتيجة لتغيرّ المناخ، والتي من المتوقع أن تتصاعد بالمقارنة مع البالغين، لكون– الأطفال- أكثر عرضة للآثار السلبية للتدهور البيئي، بسبب ضعف سلامتهم البدنية والمعرفية وعدم نضجهم الفسيولوجي. ولعلّ أبرز هذه التهديدات تتمثّل في: تدهور نوعية الهواء والمياه و ارتفاع درجة الحرارة، . فعلى سبيل المثال كل سنة يموت ثلاثة ملايين طفل بالأمراض ذات الصلة بتدهور البيئة، إضافة إلى الهجرة القسرية الناجمة خصوصا عن الكوارث الطبيعية.

2-الأمن الصحي للأطفال

من مرحلة ما قبل الولادة وما بعدها، يتعرض الأطفال لتهديدات بيئية مستمرة على صحتهم ورفاههم، وتوجد هذه التهديدات في جميع البيئات في البلدان الصناعية وفي المناطق الريفية والحضرية، وكذا في كلّ مكان يعيش فيه الأطفال، وخاصة في البلدان النامية بسبب وقوف هذا الأخيرة على الخط الأمامي للفقر والتلوث و تدهور الموارد.

ومن المتوقع أن تؤثّر بعض التغييرات البيئية على نطاق واسع، بما في ذلك التصحر وتناقص المياه العذبة وفقدان التنوع البيولوجي وموجات الجفاف، وكذا الفيضانات على صحة الأطفال ورفاههم [17]. ففي سنة 2000 وحدها تمّ تسجيل زيادات معتبرة في عدّة أمراض مثل الإسهال وسوء التغذية والملاريا لاسيّما في البلدان النامية؛ حيث تمّ تسجيل 36 في المائة من وفيات الأطفال الذين تقلّ أعمارهم عن 14 عاما سببها الأول هو الإسهال، وهو نفس المرض الذي يتسبّب في موت. 9 1 مليون طفل على الأقل دون سن الخامسة سنويا [18]، وتفترض توقعات عدّة منظمات دولية أنّ عدد الوفيات سيصل إلى نحو 175 مليون طفل بسبب تغير الطقس والمناخ في السنوات العشر المقبلة، كما قدرت منظمة الصحة العالمية أنّ المخاطر الناجمة عن تغير المناخ ستكون أكثر من الضعف بحلول سنة 2030 [19] . ولهذا يطرح تغير المناخ مشكلات جديدة في ما يتعلق بمكافحة الأمراض المعدية والكثير من الأمراض الفتاكة الهامة، المرتبطة أساسا بالزيادة المحسوسة لدرجات الحرارة ومنها الكوليرا وأمراض الإسهال وحمى الضنك والأمراض القلبية التنفسية وغيرها .

وباختصار يمكن القول، أنّ تغير المناخ يهدد بإبطاء وتيرة التقدم الذي تحرزه دوائر الصحة العمومية على نطاق العالم في مكافحة كثير من تلك الأمراض، بل إنّه يهدد أيضًا بوقف ذلك التقدم أو تراجعه [20]، وعلى الرغم من اعتراف الدول بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه، وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي من خلال نص المادة 24 من اتفاقية حقوق الطفل، إلا أنّ العديد من الأمراض المنقولة بالماء أو الغذاء أو الحشرات هي مرشحة للزيادة مستقبلا.

3-الأمن المائي للأطفال

عرّفت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الحق في الماء بأنّه" حق كل فرد في الحصول على كمية من الماء؛ تكون كافية ومأمونة ومقبولة ويسهل الوصول إليها ماديا وبتكلفة متيسرة لأغراض الاستخدام الشخصي والمنزلي مثل الشرب والطهي والنظافة الشخصية والمنزلية". في حين تشير اتفاقية حقوق الطفل إلى توفير "ماء الشرب النقي" كجزء من التدابير التي يتعين على الدول اتخاذها لمكافحة الأمراض وسوء التغذية. إنّ التغيرات المناخية المزايدة وما رافقها من موجات حرّ وجفاف، أثّرت وبشكل واضح على الأمن المائي للأطفال سواء من حيث كمية المياه المتاحة أو حتى نوعيتها، ضف إلى ذلك ظهور عديد الأمراض التي تنقلها المياه، مثل الإسهال مع انتشار واسع للبكتيريا والفيروسات، الأمر الذي يؤدي بحياة 2 مليون طفل دون سن الخامسة كل سنة [21] . فمثلا انعدام الأمن المائي ونقص التغذية ساهما إلى حدّ كبير في ارتفاع عدد وفيات الرضع في إثيوبيا، وكينيا، علاوة على ذلك وخلال فترات الجفاف في البلدان النامية يتقاسم الأطفال المياه مع الماشية، وفي دراسة أجريت على 51 مخيم في مرحلة ما بعد الطوارئ التي أنشئت بعد الكوارث الطبيعية في سبع دول، تبيّن أنّ كمية المياه المتاحة هي ملوثة، وهي المتسبب المباشر بارتفاع معدلات وفيات الأطفال في هذه المخيمات دون سن الخامسة [22].

إنّ حق الطفل في المياه والصرف الصحي المعترف بها في كافة المواثيق الدولية، معناه أن تكون المياه المتاحة للأطفال بكميات مناسبة وصالحة للاستخدام الشخصي والمنزلي، والذي يغطي عادة مياه الشرب والغسيل وإعداد الطعام، إضافة إلى ذلك، الحدّ الأدنى من المياه المتاحة ينبغي أن يتوافق مع المبادئ التوجيهية للصحة العالمية المتعلقة بالجوانب النوعية للحق في المياه، ويتعدى ذلك بضرورة وجود مرافق الصرف الصحي الملائمة، حيث لا يزال هناك1، 5مليون طفل كل سنة يموتون نتيجة لاختلاط مياه الصرف الصحي بمياه الشرب [23].

4-الحق في سكن لائق

ورد الحق في السكن اللائق في عدّة صكوك أساسية لحقوق الإنسان، وبصورة أشمل في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، باعتباره عنصرا من عناصر الحق في مستوى معيشي لائق، وعُرف الحق في السكن اللائق بأنّه" حق المرء في أن يعيش في مكان ما في أمن وسلام وكرامة" ، وهذا الحق هو مستمد أيضا من نص المادة 27 (3) من اتفاقية حقوق الطفل التي لا ينبغي أن تفسر تفسيرا ضيقا. وتضمن أكثر من وجود سقف؛ فلكلّ طفل الحق في أن يعيش في مكان ما في أمن وسلام وكرامة، هذا ما يستوجب مراعاة أماكن بناء المساكن بحيث تكون بعيدة عن المناطق الملوّثة الضارة التي تهدّد صحة

الأطفال، فعلى سبيل المثال بالقرب من مصادر التلوث مثل مواقع التخلص من النفايات، أو مساكن أقيمت دون تخطيط بسبب موقعها غير المستقر، وبالتالي تكون عرضة للمشاكل البيئية وبشكل خاص للفيضانات وللانهيارات الأرضية وبعض الكوارث البيئية الأخرى[24].

ومنه السكن اللائق يشجع على تكامل بنيان الأسرة، ويسهم في العدالة الاجتماعية ويعزز شعور الانتماء والأمن والتضامن الإنساني، مما يشكّل عناصر أساسية لرفاه الأطفال.

5-الأمن الغذائي

تعرف المنظمة العالمية للأغذية والزراعة FAOالأمن الغذائي بأنّه " يوجد عندما تكون لدى جميع الأفراد وفي جميع الأوقات إمكانية الحصول على الغذاء الكافي والمأمون والمغذي، الذي يفي باحتياجاتهم الغذائية كي يمارسوا حياة موفورة النشاط والصحة"، وهو باعتباره أحد أبعاد الأمن الإنساني، يعني التحرر من الجوع ويفيد الترجمة الأساسية للحق الإنساني الأساسي في الغذاء كعنصر هام وأساسي لنوعية الحياة، وبالتالي لكلّ فرد الحق في الغذاء الذي يحصنه من الجوع.

إنّ تغير المناخ يزيد من تهديدات الأمن الغذائي؛ إذ تتناقص الإنتاجية وترتفع الأسعار في البلدان التي تعاني أصلا من انعدام أمن غذائي. فحوالي 150 مليون نسمة في إفريقيا معرضون لخطر المجاعة والأوبئة بسبب الجفاف، ومن بين هذه الدول إثيوبيا، كينيا، الصومال، زيمبابوي والقائمة مفتوحة، لأنّ الظروف الحالية تؤهل مجموعة كبيرة من الدول الإفريقية لكي تلقى نفس المصير[25].

وهنا تظهر العلاقة بين الكوارث الطبيعية وانعدام الأمن الغذائي، فالفيضانات والأعاصير وموجات التسونامي وغيرها من الأخطار، تدمّر الزراعة وتهلك الثروة الحيوانية وصيد الأسماك، ما يؤدي إلى تراجع الإنتاج في الدول النامية إلى 9% و بالخصوص في دول إفريقيا و بلدان أمريكا اللاتينية. ونظرا لكون قطاع الزراعة قطاعًا بالغ الحساسية للتقلبية المناخية، ما يؤثر بشكل واضح على الأمن الغذائي من جراء ارتفاع درجات الحرارة وازدياد تواتر نوبات الجفاف والفيضانات، فيتسبب بالفعل في أمراض سوء التغذية التي تقدر بثلاثة ملايين ونصف مليون وفاة سنويًا. كما يؤدي التغير المناخي أيضا إلى تهديد الزراعات المحلية وعدم استقرار أسعار المواد الغذائية العالمية، وبمقابل كل ذلك اضطر نحو 25 مليون شخص للفرار من منازلهم بسبب الكوارث الطبيعية، أغلبهم دون سن 18 إلى ملاجئ في كثير من الأحيان تفتقر إلى أبسط سبل الحياة من غذاء وماء[26].

6-الأمن الشخصي

يركّز الأمن الإنساني على الفرد بغض النظر عن جنسه أو لغته او موطنه، فللأفراد ومن خلالهم الجماعات التي ينتمون إليها؛ الحق في المحافظة على حياتهم الشخصية وعلى صحتهم

وعلى العيش معا بلا خوف ولا ترهيب. لكن في حالات الكوارث الطبيعية. يزداد تعرض الأطفال للبيع وغيره من أشكال الاستغلال، إذ يستغل بعض الناس حالة الفوضى التي تعقب كارثة طبيعية ما، للقيام بأنشطة إجرامية مثل بيع الأطفال لأغراض التبني غير القانوني أو العمل القسري أو الاستغلال الجنسي، باعتبار أنّ الكوارث الطبيعية قد تتسبب في تقويض أو تعطيل ظروف الحياة العادية، وكذا رعاية الأطفال ويمكن من ثم أن تعطل وتمنع وتؤخر إعمال حقوقهم[27].

ويقصد بالاتجار أنّه" تجنيد أو نقل أو تحويل أو إيواء أو استقبال الأشخاص، من خلال التهديد أو استخدام القوة أو غيرها من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال، أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال موقف ضعف أو لإعطاء، أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال" [28]. أما المادة 35 من اتفاقية حقوق الطفل ألزمت "الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف وبيع أو الاتجار بالأطفال، لأيّ غرض من الأغراض أو بأي شكل من الأشكال ". كما تهدّد أعمال العنف وانعدام الأمن والتنمية البشرية، التي ترتبط بتفاقم مستويات الفقر والجوع، وانخفاض معدلات الالتحاق بالتعليم الابتدائي، وارتفاع معدلات وفيات الرضع وهذا النمط يهدّد الحفاظ على سلامة ورفاه الأطفال، ويسهم في ارتفاع مستويات العنف، مما يزيد من ضعف الأطفال وحرمانهم .

ثالثا- تعزيز استراتيجيات التكيف مع التغيرات المناخية تحقيقا للتمكين الفعلي بحقوق الأطفال.

إنّ موضوع التغيرات المناخية وتأثيرها على الأطفال يزداد أهمية في الوقت الراهن؛ وذلك لأنّ تلك التهديدات مستمرة في غالب التوقعات . وأما استراتيجيات مواجهتها فهي في الغالب مؤقتة أو يغلب عليها الطابع الوطني؛ حيث أصبح الإنسان مهددا للبيئة بمختلف وسائله التطورية بالإضافة إلى التهديدات الطبيعية التي تواجه البيئة. وتتجلى سبل التكيف مع التهديدات البيئية تحقيقا لأبعاد الأمن الإنساني في:

أ-الحقوق البيئية للأطفال

إنّ اتفاقية حقوق الطفل هي نقطة مرجعية هامة لتوفير اتجاه قوي لحماية الأطفال في العديد من المجالات ذات الصلة، كحقهم في الصحة وتوفير الطعام الكافي والمغذي ومياه الشرب النظيفة، وكذلك في الوقاية من الحوادث ومخاطر التلوث البيئي، وتعزيز التعليم من أجل تطوير احترام البيئة الطبيعية. كما تحدد الاتفاقية كذلك المبادئ العامة لحماية الأطفال من أيّ شكل من أشكال التمييز وضرورة توفير الأولوية إلى هذه الفئات، بتعزيز حق الطفل في الحياة والبقاء والنمو إلى أقصى حد ممكن (المادة 6) وكذا احترام آراء الطفل و

إشراكهم في القرارات التي تؤثر حياتهم (المادة 12)، آخذة في اعتبارها أخطار ومخاطر التلوث البيئي (المادة 24)[29]. ونظرا لكل التهديدات السابقة، اقترح مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية المستدامة التنمية (ريو + 20)جوان 2012 إنشاء مكتب أمين المظالم للأجيال القادمة على مختلف المستويات محليا ووطنيا وعالميا، نتيجة زيادة وتيرة انتهاكات حقوق الأجيال القادمة[30].

ب-التخفيف والتكيف مع تغيّر المناخ

التكيّف مع تغيّر المناخ مسألة معقّدة ومتعدّدة الجوانب، تنطوي على عدد من التحديات لا سيما في العالم النامي، حيث بدأت تأثيرات تغيّر المناخ تؤثر سلباً على كل البلدان خاصة الفقيرة والأكثر ضعفاً منها، نظراً لمواردها المالية والتكنولوجية والاجتماعية المحدودة. كما ينطوي هذا التكيّف على عملية تعديل مستدامة ودائمة استجابةً للظروف البيئية المتغيّرة والجديدة، فيقصد بالتكيّف تعزيز قدرة المجتمعات والنظم البيئية على مواجهة مخاطر تغير المناخ وآثاره والتكيف معها [31]. ويؤدي التكيف الجيّد إلى التقليل من تأثير التغيرات السلبية، والاستفادة من التغيرات الايجابية، ولكنه مكلّف ولن يقي من كلّ الأضرار. . إلاّ أنّ هذا التكيّف الاستباقي المخطط لم يظهر سوى مؤخراً استجابة لتأثيرات تغيّر المناخ. وهنا أصبح من الضروري، وخاصة في البلدان النامية، تعزيز قدرات مختلف الفاعلين على المستوى المحلي، وينبغي أن يستند بناء هذه القدرات وتقويتها على التعلّم الجماعي وتبادل الخبرات والمعرفة بين جميع الأطراف، والمتدخلين سكانا وفاعلين من أجل التأقلم أي القدرة على امتصاص الاضطرابات، مع الحفاظ على نفس بنيته الأساسية وطرق أدائه، بالإضافة إلى حفاظه على قدرته الذاتية في التنظيم والتكيّف مع أيّ ضغط أو تغيير، فالتكيف لا يعني هنا المقاومة للحفاظ على وضعية معينة تحت تأثير التغيرات المناخية، و إنّما يفيد العمل على تحوّل المجتمعات والاقتصاد إلى وضع أفضل في ظل نظام مناخي متقلب [32]. ومع ذلك فقد دلّت التجارب على وجود عقبات في تنفيذ كافة إجراءات التكيّف المتاحة، وإضافة لذلك فقد يكون هناك تكيف سيء، كالتنمية في مناطق معرضة للمخاطر، بسبب قرارات مبنية على اعتبارات قصيرة النظر، وإهمال تغير المناخ والرؤية الناقصة وعدم توفر المعلومات والاعتماد الزائد على الضمان والتأمين[33]. هذا ما يدفعنا للجوء إلى **التخفيف** أي اتخاذ الإجراءات اللازمة للحدّ من انبعاثات غازات الاحتباس الحراري، لتجنب المزيد من التغيير المناخية [34]. ومن خلال ما سبق تظهر الحاجة الملّحة إلى كلّ من التخفيف والتكيّف للحدّ بشكل كبير من المخاطر وزيادة صمود الاطفال الأكثر ضعفا في العالم.

ج-التعليم البيئي

خلال العقدين الأخيرين تعاظم الاهتمام الدولي بالتنمية المرتكزة على تأمين حقوق الإنسان والطفل بخاصة. وهذا ما ترجمته المواثيق والاتفاقيات والمؤتمرات التي حددت أهدافاً مليةً يجدر بالمجتمعات وضع الخطط والسياسات لتحقيقها، والتعليم هو شرط أساسي للحدّ من الفقر وعمل الأطفال وتعزيز الديمقراطية والسلم والتنمية، والحصول على التعليم هو أيضا خطوة أساسية نحو تمكين الأطفال لكي يصبحوا مواطنين قادرين على الاستفادة من الفرص والإسهام في تحديث المجتمع ونموه [35]. ورغم ذلك فإنّ عدد الأطفال غير المقيدين في المدارس ممن هم في سن المدرسة الابتدائية يزيد على 100 مليون طفل، معظمهم من الإناث. فهو يتماشى مع الهدف الثاني من الأهداف الإنمائية للألفية المتعلق بتحقيق تعميم التعليم الابتدائي، على اعتبار أنّ التعليم هو حق أساسي من حقوق الطفل يلعب دورا مهما في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، كما يتماشى مع المبادئ التوجيهية لاتفاقية حقوق الطفل ضمن مبدأ تدابير الحماية الخاصة للأطفال في ظل النزاعات المسلحة المادة 38 (و) 39 حيث تدعو المادة 38 إلى أن « تتعهد الدول الأطراف بأن تحترم قواعد القانون الإنساني المنطبقة عليها في النزاعات المسلحة وذات الصلة بالطفل وأن تضمن احترام هذه القواعد وكذلك خطة العمل العربية للطفولة ضمن حماية الأطفال في ظروف صعبة(الفقرة أ)التي تؤكّد بدورها على حماية الأطفال المعرضين للمخاطر تحت وطأة الاحتلال والصراعات المسلحة والحروب و أعمال العدوان والتهجير الجماعي [36]. فالاستعداد لتغير المناخ هو إستراتيجية لتمكين الأطفال وتزويدهم بمهارات التفكير والأدوات اللازمة لمعالجة التغير البيئي السريع [37].

واستنادا إلى فرضية أنّ ما يتعلمه الأطفال اليوم سيشكل العالم غدا، لذا تبرز أهمية غرس الوعي البيئي في سن مبكرة[38]. وقد دعت الجهات الفاعلة ضرورة مراعاة حقوق الطفل والشباب في ظلّ تغييرات المناخ، وتمكينهم من المشاركة المجدية والفعالة. ونتيجة لذلك أطفال لعبت حقوق الأطفال دورا ثانويا في معاهدات القانون الدولي وكذا في إجراءات حماية البيئة، بعد التحول الذي عقب مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية في ريو (1992)، وأصبحت الحقوق الإجرائية، بما في ذلك الوصول إلى المعلومات والمشاركة في صنع القرار و الوصول إلى العدالة جزء من سياسات البيئة الدولية حسب المبدأ 10 من إعلان ريو، ومنذ ذلك الحين تمّ إدراج الحقوق الإجرائية في العديد من التشريعات البيئية الوطنية والاتفاقات البيئية المتعددة الأطراف بما فيها اتفاقية حقوق الطفل، لذا ظهر دور الأطفال وأصبح لهم الحق في المشاركة في الأمور التي تتصل بهم. لأنّهم أيضا يمثلون الأجيال القادمة والتي لم تولد بعد، واتخاذ إجراءات سياسية لدعم الاستدامة.

د-العدالة البيئية

أي شخص يدعو لحماية حقوق الطفل من التدهور البيئي الخطير يكون من أجل مراعاة مصالح جميع أجيال المستقبل، وهذا لن يكون دون احترام المبادئ التالية:

1. ينبغي أن يطلب من كل جيل الحفاظ على تنوع الموارد الطبيعية، لكي لا يضر بالخيارات المتاحة للأجيال القادمة. أي **المحافظة على الخيارات.**

2. ينبغي أن يطلب من كل جيل الحفاظ على نوعية هذا الكوكب، أي **الحفاظ على الجودة.**

في العقود القليلة الماضية ظهر الاهتمام باحتياجات الأجيال القادمة وقد أنشئت من أجلها لجنة حقوق الطفل، من خلال أفضل المبادئ والتي هي جزء لا يتجزأ من مفهوم التنمية المستدامة، كما تطرق إعلان ريو (1992)، على وجه الخصوص إلى أهمية الالتزام بمبدأ العدالة بين الأجيال.

المبدأ 3- على ما يلي: "الحق في التنمية يجب الوفاء به بإنصاف تلبية للاحتياجات التنموية والبيئية للأجيال الحاضرة والمستقبلية. "يجب أن يكون الهدف هو إنهاء أخيرا التمييز ضد أجيال المستقبل واحتياجاتهم في شكل قانوني للحقوق المكفولة والضمانات المؤسسية الأخرى. بعد قبل كل شيء، الأجيال القادمة لها الحق في بيئة خالية من الآثار التدميرية التي يتعذر إصلاحها .

المادة 4 - الحفاظ على الحياة على الأرض: الأجيال الحالية تتحمل المسؤولية كاملة لتوريث الأرض للأجيال القادمة على الأرض. أي الحرص على استخدام الموارد الطبيعية بشكل معقول .

المادة 5 - **حماية البيئة**: من أجل ضمان أن تستفيد الأجيال المقبلة من ثراء النظم الايكولوجية للأرض، فمن واجب الأجيال الحالية أن تسعى لتحقيق التنمية المستدامة والحفاظ على ظروف المعيشة، وخاصة نوعية و سلامة البيئة.

3. يجب على الأجيال الحالية ضمان أنّ الأجيال القادمة لا تتعرض للتلوث الذي قد يعرضها للخطر بصحتهم أو وجودها في حد ذاته.

4. يجب على الأجيال الحالية الحفاظ على مستقبل أجيال الموارد الطبيعية اللازمة للحفاظ على حياة الإنسان وتطورها.

المادة 11 - **عدم التمييز**: يجب على الأجيال الحالية الامتناع عن اتخاذ أي إجراء أو تدبير من شأنه أن يكون له أي شكل من أشكال التمييز في المستقبل بين الأجيال[39].

إنّ تغير المناخ يثير عدّة قضايا بالنسبة للعدالة بين الأجيال، وهذه المفاهيم تشير إلى الإنصاف أو العدالة في توزيع الثروة، والفرص المتاحة للتنمية ومخاطر الأمن الإنساني عبر البلدان والأجيال التي تسبب وسوف تستمر في المساهمة في تغير المناخ، والذي يشير إلى

الإنصاف أو العدالة بين الأطفال والشباب، الكبار والأجيال القادمة وهي بهذا الشكل تفيد بصورة ضمنية التنمية المستدامة التي تزايد الاعتراف بها صراحة في الاتفاقات الدولية [40].

هـ-تحسين جودة الحياة

يعتبر تقرير البنك العالمي حول التنمية الدولية لعام 1991 بأنّ تحدي التنمية الإنسانية يتمثل في تحسين جودة الحياة خاصة في الدول الفقيرة، وتستلزم جودة الحياة أكثر من مجرد تحقيق دخل أعلى، فهي تشمل أيضا "تعليما أفضل ومستوى أعلى من التغذية والصحة والقضاء على الفقر وبيئة صحية ومساواة في الفرص والتمكين للحرية. ممّا يستوجب النظر إلى التنمية على أنّها عملية متعددة الأبعاد تتضمن تغييرات جذرية في الهياكل الاجتماعية وأساليب الحياة" . يضاف إلى ذلك محاولة الوصول إلى ما يعرف بالعدالة المناخية : أولا التوزيع العادل لمنافع التعاون الاجتماعي ومخاطره، وثانيا إنقاص هذه المخاطر في علاقتها بأخلاق الجماعة." كما تعني تحمل التكاليف والأعباء البيئية بين مختلف الأفراد والفئات والدول والأقاليم المختلفة تبعا لأماكن وجود هذه البنيات الملوثة للبيئة، وأساليب مجابهة هذا التلوث، وتهدف أساسا إلى تحسين وضعية الإنسان الحالية وحياته، من خلال تعزيز جودة الاقتصاد والحفاظ على حقوق الإنسان والصحة وحماية البيئة دون إهمال احتياجات الأجيال القادمة والتنمية المستدامة [41]، وذلك لن يكون ما لم يتم تحقيق الموازنة بين المصالح والمنافع المناخية.

و- تحقيق الأهداف الإنمائية للألفية

لقد أصبحت الأهداف الإنمائية للألفية واحدة من أقوى المنصات الرامية إلى الارتقاء بتنمية العالم وتحقيق المساواة فيه، ويبلغ عددها ثمانية أهداف و21 غاية يتعين تحقيقها في موعد أقصاه سنة 2015. ويرد تلخيص عنها في إعلان الألفية الذي اعتمده رؤساء الدول ورؤساء حكومات الدول الأعضاء في الأمم المتحدة في سبتمبر 2000 في ختام مؤتمر الألفية. ومن الأهداف الرئيسية الواردة في إعلان الألفية ضمان أن تصبح العولمة قوة إيجابية لجميع سكان العالم، ولا سيما أضعفهم. وبالتالي فإنّ هذا الإعلان هو عبارة عن وثيقة واسعة النطاق، تغطي طائفة من القضايا منها السلام والأمن ونزع السلاح، والتنمية والقضاء على الفقر، وحماية البيئة، وحقوق الإنسان والديمقراطية والإدارة الرشيدة، وحماية الضعفاء، وتلبية الاحتياجات الخاصة بإفريقيا. وسيقت الأهداف الإنمائية للألفية أساسا في الفقرتين 19 و20 من إعلان الألفية (باب التنمية والقضاء على الفقر) [42]. وتعمل هذه الأهداف على تركيز جهود المجتمع الدولي على تحقيق تحسينات مهمة وقابلة للقياس في حياة الناس بحلول العام 2015. وهي ترسي القواعد للأهداف الفرعية والمعايير المرجعية لغرض قياس النتائج - ليس للبلدان النامية فحسب، بل وللبلدان الغنية أيضاً- التي تساعد

في تمويل برامج التنمية وللمؤسسات متعددة الأطراف التي تساعد البلدان على تنفيذ هذه البرامج. تسعى الأهداف الإنمائية الثمانية للألفية، والتي نذكرها فيما يلي إلى توجيه جهود جميع المنظمات تقريباً العاملة في مجال التنمية، ولقد حظيت بقبول عام باعتبارها إطار عمل لقياس مدى التقدم المحرز في الجهود المعنية بالتنمية:

1-القضاء على الفقر المدقع والجوع .

2-تحقيق التعليم الابتدائي الشامل .

3-تشجيع المساواة بين الجنسين وتمكين النساء من أسباب القوة .

4-تخفيض معدل وفيات الأطفال.

5-تحسين صحة الأمهات .

6-مكافحة فيروس ومرض الإيدز، والملاريا وغيرهما من الأمراض .

7-ضمان الاستدامة البيئية.

8-إقامة شراكة عالمية من أجل التنمية[43].

ز-إعلان "عالم صالح للأطفال"

إعلان "عالم صالح للأطفال" وحمايتها والحفاظ على حق كلّ طفل في بيئة آمنة وصحية ليتطور وينمو، والذي كان نتيجة إجتماع عن الدورة الاستثنائية للجمعية العامة للأمم المتحدة الأطفال الذي عقد في عام 2002، مفاده التزام الدول "لإعطاء كل مساعدة لحماية الأطفال والحدّ من تأثير الكوارث الطبيعية والتدهور البيئي عليهم ".

العالم الصالح للأطفال هو عالم يكون فيه جميع الأطفال قادرين على أن يبدأوا حياتهم أفضل بداية ممكنة، وأن يحصلوا على تعليم أساسي جيد النوعية بما في ذلك تعليم ابتدائي إلزامي ومتاح مجانا للجميع، وأن تقدم فيه لجميع الأطفال بمن فيهم المراهقون فرص كافية لتنمية. جنبا إلى جنب مع الأهداف الإنمائية للألفية، هذه الالتزامات الدولية لها أهمية كبرى في التصدي للتهديدات التي لا تعدّ ولا تحصى، التي يتعرض لها أطفال العالم، ويهدف إلى حماية البيئة وتوفير الصحة والتعليم وتطوير الأطفال، أي إجراءات تتخذ لتساعد في تعزيز نوعية البيئة أيضا وتلبية الاحتياجات الأساسية للأطفال، و دمج الإجراءات الشاملة لتشمل المخاطر المناخية في التخطيط للتنمية، البرامج والمشاريع [44]. كما تتضمن اتفاقية حقوق الطفل وبروتوكولاها الاختياريان مجموعة شاملة من المعايير القانونية الدولية لحماية الأطفال ورفاهم.

خاتمة

يعتبر تغيّر المناخ الآن التهديد الأخطر الذي يتربص بالبشرية، وسيؤثر بشكل ملحوظ على كلّ شكل من أشكال الحياة على الكرة الأرضية. ويؤكّد العلماء أنّه في حال عدم وضع

حدّ لمشكلة تغيّر المناخ، فمن المتوقع حصول كوارث بيئية واجتماعية واقتصادية تهدّد الوجود البشري. فهو عامل جديد سيعمل كمصدر ضغط إضافي لزيادة نقاط الضعف الموجودة لدى الكثيرين. ونتيجة للاحتباس الحراري فمن المتوقّع أن تتكرّر المخاطر المرتبطة بالمناخ مثل :الفيضانات والجفاف وموجات الحرّ والعواصف، بشكل أكبر وربما تزداد حدّة أيضاً وسينتج عن ذلك، زيادة في الضعف كون الأنماط المناخية ستضر بأحوال المعيشة، وتزيد الفقر وتلحق الضرر بالأمن الغذائي.

عند النظر إلى الروابط القائمة بين التغيرات المناخية وحقوق الأطفال، من المهم أن ندرك أنّ ذلك لا يعني مجرد الخلو من الصراع أو منع نزوح السكان، بل يرتبط بشكل وثيق بتطوير القدرات البشرية في مواجهة التغيير، حيث لا يكفي عقد الاتفاقيات الدولية والإقليمية للحد من مواجهة التحديات البيئية ولا حتى المؤتمرات وإقرار التوصيات، وإنّما يستوجب الحال وضع الآليات الواقعية البعيدة عن التخمين والعشوائية في ظل هذا الإطار؛ إذ أنّ البيئة تتسم بالحركة والتغيير وصولا إلى الاضطراب، وهذا الأخير يمثل مؤشرا لصعوبة المجابهة.

إنّ مشكلة التغيرات المناخية تحتاج إلى حشد دولي وجهود متضافرة للحدّ منها، وقطع وسائل توسعها ومن ثم الإجهاز عليها من خلال قرارات تتصف بالإلزامية، وأن تتبنى ذلك هيئة الأمم المتحدة لما تمتلكه من إمكانات وقدرات، وأن يعطى الموضوع الجدية اللازمة لأنّه يهدد الطفل في حياته وصحته وغذائه وبيئته وكل ما يتعلق بإنسانيته.

الهوامش:

(1) تقرير التنمية البشرية، محاربة تغير المناخ :التضامن الانساني في عالم منقسم، يصدره برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، 2008 .2007، ص3.

(2) خالد عكاب حسون، التهديدات التي تواجه الأمن الإنساني في نطاق القانون الدولي دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4 /العدد 13 /السنة4 /، ص73.

(3) الجمعية العامة، اتفاقية حقوق الطفل، القرار رقم 44/ 25، نوفمبر 1989.

(4) UNICEF, Child protection A handbook for Parliamentarians, n7, 2004, p8 .

(5) تقرير الأمين العام، تغير المناخ وتداعياته المحتملة على الأمن، الدورة الرابعة والستون، البند 114 من جدول الأعمال المؤقت، متابعة نتائج مؤتمر قمة الألفية، 2001، ص7.

(6) Oli Brown and Others, Climate change as the 'new' security threat: implications for Africa, Blackwell Publishing Ltd/The Royal Institute of International Affairs,2007, P. 1142

(7) ibid, P. 1145.

(8) حسين جبر، سمي مطلك الشمري، التغير المناخي واثره في درجة حرارة العراق، مجلة كلية التربية الأساسية/ جامعة بابل، العدد12، 2013، ص121.

(9) http://www. zira3a. net/articles/climate-change. html.

(10) حسين جبر وسمي مطلك الشمري، المرجع السابق، ص121.

(11) تقرير الأمين العام، تغير المناخ وتداعياته المحتملة على الأمن، المرجع السابق، ص2.

(12) برنامج الأمم المتحدة، تقرير حول توقعات البيئة العالمية 4 البيئة من اجل التنمية، نيويورك، 2007، ص13 .

(13) محمد جبران ولحسن التايقي، التأقلم مع التغير المناخي من المقاربة إلى الممارسة، مركز البحر المتوسط للتعاون للاتحاد الدولي لصون الطبيعة، إسبانيا، 2014 ، ص5.

(14) برنامج الأمم المتحدة، تقرير حول توقعات البيئة العالمية 4 البيئة من اجل التنمية، المرجع السابق، ص13

(15) Karen O'Brien Linda Sygna , Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security, A Commissioned Report for the Norwegian Ministry of Foreign Affairs, University of Oslo ,Report 2008:3, p7 .

(16) Florence, Italy, Climate Change and Children: A Human Security Challenge ,UNICEF Innocenti Research Centre , Z16 .

(17) UNICEF, CLIMATE CHANGE AND CHILDREN: A human security challenge , Policy Review Paper, 2008, p9.

(18) UNICEF, The Challenges of Climate Change Innocenti Insight Children on the front line, 2014 ,p17.

(19) منظمة الصحة العالمية، حماية الصحة من تغير المناخ يوم الصحة العالمي، 2008، ص3.

(20) UNICEF, CLIMATE CHANGE AND CHILDREN: A human security challenge, op. cit , p12.

(21) ibid p11.

(22) Florence, Italy, op. cit, p11 .

(23) terre des hommes , Protecting Environmental Child Rights , the German Central Institute for Social Questions (DZI) ,Germany , p11
www. terredeshommes. org/. . . /tdh_Environmental-Child-Rights_20.

(24) عوض خليفة موسي، **"التعاون الإفريقي في تحقيق الأمن الغذائي"**، ملتقى الجامعات الأفريقية: التعاون والتداخل، الندوة العلمية محور درء /2الكوارث، يناير 2006 ص 10.

(25) محمد نعمان نوفل، **اقتصاديات التغير المناخي: الآثار والسياسات**، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد رقم 24، 2007، ص11.

(26) UNICEF, Child protection A handbook for Parliamentarians, op. cit , p 59

(27) نجاة معلا مجيد، تقرير المقررة الخاصة المعنية بمسألة بيع الأطفال وبغاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية، مجلس حقوق الإنسان، الدورة التاسعة عشرة، 21 ديسمبر 2011، ص9

(28) UNICEF, Child protection A handbook for Parliamentarians- , op. cit p ,76.

(29) محمد نعمان نوفل، المرجع السابق، ص11

(30) Florence, Italy, op. cit, p20 .

(31) UNICEF, CLIMATE CHANGE AND CHILDREN: A human security challenge , op. cit ,p16

(32) ibid ,p21

(33) التقرير السنوي لمفوضة الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان وتقارير مفوضية الأمم المتحدة السامية والأمين العام، تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان بشأن العلاقة بين تغير المناخ وحقوق الإنسان، مجلس حقوق الإنسان، الدورة العاشرة 15جانفي 2009، ص5.

(34) سعد الدين خرفان، تغير المناخ ومستقبل الطاقة، المشاكل والحلول، منشورات وزارة الثقافة الهيئة العامة السورية للكتاب، ص56.

(35) سلسلة إصدارت مبادرة حماية الأطفال في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، الاتفاقيات الدولية والإقليمية المعنية بالطفولة ودور الإدارات المحلية في تنفيذها، الرياض، أبريل، 2007، ص22

(36) محمد جبران ولحسن التايقي، المرجع السابق، ص3 .

(37) سلسلة إصدارت مبادرة حماية الأطفال في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، المرجع السابق، ص43.

(38) UNICEF, CLIMATE CHANGE AND CHILDREN: A human security challenge , op. cit , p6.

(39) ibid op. cit p18-

(40) ibid , op. cit, p6

(41) شكراني حسين، العدالة المناخية نحو منظور جديد للعدالة الاجتماعية، مجلة رؤى إستراتيجية، ديسمبر2012 ، ص100

(42) الأمم المتحدة، تقرير الأهداف الإنمائية للألفية، نيويورك، 2015

(43) UNICEF, CLIMATE CHANGE AND CHILDREN: A human security challenge , op. cit ,p2

(44) terre des hommes, op. cit, p20.

إزالـة تجريم قـانون الشركـات التجاريـة*

بن قري سفيان، طالب دكتوراه،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

BENKERRI Sofiane, Doctorant,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou, 15000 Tizi Ouzou, Algérie.

الملخص:

تسبب الحضور المكثف للقاعدة الجزائية في مجال الأعمال وعدم مسايرتها لتقنية و سرعة هذا الأخير و عدم ارتياح القاضي و العون الاقتصادي لمثل هذه القواعد، و النظر إليها نظرة الريبة و الشك في ظل عجزها عن تحقيق فاعلية القاعدة القانونية و أمن الفاعلين الاقتصاديين في بروز ظاهرة إزالة التجريم .

إرتبطت ظاهرة إزالة التجريم ارتباطاً وثيقا بقانون الأعمال الذي تعد الشركات التجارية أبرز فاعليه، و التي وجدت في الظاهرة مخرجا لإبعاد القاضي الجزائي من نظر منازعاتها، في ظل التشريعات المُسْتَحْدِثَةِ لسلطات الضبط المستقلة التي أُسندت لها مهمة قمع عدد معتبر من المخالفات الاقتصادية، أو عن طريق تحييد النص الجزائي أو التخفيف من وطأته وجعله يلعب دوراً احتياطياً في مجال الضبط الاقتصادي عن طريق بدائل تتيح للشركات التجارية تكريس عدالة تفاوضية، دون إهمال الدور الوقائي الذي يمكن أن تقدمه القاعدة القانونية .

الكلمات المفتاحية :

إزالة التجريم، الحد من العقاب، الشركات التجارية، مبدأ الشرعية، السلطات الإدارية المستقلة، الوساطة، الأمن القانوني، الفعالية القانونية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/28 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/09/03 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Decriminalization of commercial companies' law

Abstract:

The massive presence of the criminal rule in the business domain, failure to keep abreast of its speedy and streamlined technology, reluctance of judges and economic agents to such rules, together with the inherent uncertainties and underlying skepticism about this concept due to non-compliance with efficient rule of law, and lack of security among economic agents have triggered off the'' decriminalization'' phenomenon.

Decriminalization is inextricably associated with business law. Under its umbrella, commercial companies are considered as its catalyst and key element. Also, this phenomenon has been found as a way out that will exclude the criminal court judge from hearing such disputes.

Given the enacted legislations of independent regulatory authorities, tasked with cracking down on a significant number of economic offenses or by alleviating the burden of criminal provision, in order to play a subsidiary role in economic regulation , by offering commercial companies alternatives emphasizing negotiated justice, without neglecting the preventive role of the rule of law.

Keywords:
Decriminalization, Depenalization, Commercial companies, Principle of legality, Independent administrative authorities, Mediation, Legal security, Legal efficiency.

Dépénalisation du droit des sociétés commerciales

Résumé :

La présence intense de la règle pénale dans le domaine des affaires, de sa non-conformité à la technicité et la vitesse d'évolution de ce domaine, du malaise perçu par le juge et l'agent économique vis-à-vis de ce genre de règles, de sa perception avec suspicion et doute à cause de l'incapacité d'atteindre l'efficacité de la règle juridique et de l'insécurité des acteurs économiques, ont conduit à l'émergence du phénomène de dépénalisation.

Le phénomène de la dépénalisation est étroitement lié au droit des affaires, dont les sociétés commerciales sont les acteurs principaux. Ces dernières trouvent dans ce phénomène une issue qui éloignerait de leurs contentieux le juge pénal. C'est devenu possible, notamment, grâce aux lois sur les régulations économiques instituant les autorités administratives de régulation. Celles-ci sont dotées, entre autre, d'une mission de répression de maintes infractions économiques. Le droit pénal joue, aujourd'hui, un rôle secondaire dans le domaine de la régulation économique, par l'intermédiaire d'alternatives permettant aux sociétés commerciales de recourir à une justice négociée, sans, pour autant, négliger le rôle préventif que peut offrir la règle juridique.

Mots clés :
Dépénalisation, décriminalisation, sociétés commerciales, principe de légalité, autorités administratives indépendantes, médiation, sécurité juridique, efficacité juridique.

مقدمة

يعتبر المجال الاقتصادي من أهم المجالات التي عرفت حضورا مستمرا للقاعدة القانونية، فعلى الرغم من تدخل الدولة بمجموعة من الآليات الاقتصادية عن طريق مخططات وسياسات لتحقيق أهداف معينة، إلاّ أن ذلك لم يكن مانعاً لتدخل القواعد القانونية من أجل ضمان تحقيق ما هو اقتصادي، فيما يشبه تحقيق تكامل بين ما هو اقتصادي مع ما هو قانوني.

ومن أهم أوجه التكامل هو ضبط ما هو اقتصادي عن طريق قواعد قانونية ذات طابع زجري من خلال سياسة التجريم والعقاب على مجموعة من التصرفات المنافية للمعاملات الاقتصادية وذلك بغية حماية مجموعة من المصالح وأهمها حماية النظام العام الاقتصادي بالدرجة الأولى، ثم المصالح المالية للأفراد وكذا مصلحة الكيانات الاقتصادية ذات الشخصية المعنوية المستقلة كالشركات، ولن يتأت ذلك إلاّ من خلال تحقيق نظام عام تنافسي يحفظ للشركات التجارية مكانتها في السوق في ظل احترام مبدأ حرية الاستثمار و التجارة المكفول دستوريا[1].

وبخصوص قانون الشركات التي تمثل كياناً مستقلاً ذا دور فعال في التنمية الاقتصادية بالنظر إلى حجم ونسبة الأنشطة التي تديرها هذه الشركات، عمد المشرع إلى وضع ترسانة قانونية معتبرة لتأطير أنشطة الشركات التجارية بما يضمن استمرار تواجدها بالدرجة الأولى، على اعتبار أنها محرك اقتصادي هام وأن أي سوء تسيير أو انحراف في نشاطها من شأنه المساس بحقوق الشركاء و الغير، ولم تكن القاعدة القانونية الجزائية غائبة عن هذا التأطير منذ أن أقر المشرع نظاماً خاصا بالشركات التجارية بموجب القانون التجاري[2].

وقد اتسعت دائرة التجريم الخاصة بالشركات التجارية منذ أن تبنى المشرع نظام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بموجب القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات[3]، وأصبحت الشركات التجارية بموجبه أمام حزمة من الجرائم موزعة بين عدة قوانين وعلى رأسها قانون العقوبات .

وعلى اعتبار أن فكرة إزالة التجريم كانت وليدة غلو القاعدة الجزائية وتعارضها مع قانون الأعمال في ظل أزمة العدالة الجزائية واتساع دائرة نطاق القانون الجزائي للأعمال في شكل تضخم تشريعي أفقد القاعدة القانونية الجزائية فعاليتها وجدواها في ضبط أنشطة الشركات التجارية، سيما منها تلك المتعلقة بالمبادلات الخارجية التي تعرف تشعبا مع بروز أنماط جديدة للتحويلات النقدية، برزت عدة نصوص قانونية خاصة بعدة قطاعات بمناسبة إنشاء ما يعرف بسلطات الضبط المستقلة في مختلف القطاعات الاقتصادية تختلف في مضمونها عن فكرة العدالة الجزائية التقليدية، وتم الانتقال إلى نظام قانوني خاص بموجبه تم استبعاد القاضي الجزائي عن جميع المخالفات وإسناد هذا الدور إلى جهات مستقلة، كما تم التخفيف من عبء القاعدة الجزائية التي تمتاز بالتعقيد والبطء الناجم عن الشكلية الموضوعية و الإجرائية لفائدة أنظمة خاصة تمثل طرقا بديلة لحل النزاعات في مجال الأعمال، فهل يمكن لإزالة تجريم قانون الشركات التجارية أن يحقق أمناً قانونياً لها ويعيد للقاعدة القانونية فعاليتها في ظل طرق بديلة للضبط الاقتصادي ؟

ومن أجل دراسة الموضوع وفقا للإشكالية المطروحة، نتطرق إلى تحديد مفهوم ومبررات إزالة تجريم قانون الشركات التجارية (**المبحث الأول**) و مظاهر إزالة تجريم قانون الشركات التجارية على ضوء الطرق البديلة لضبط الأنشطة الاقتصادية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول : مفهوم إزالة تجريم قانون الشركات ومبررات ظهوره

تسعى أغلب التشريعات في إطار التدخل الحمائي عن طريق قواعد القانون العام وعلى رأسها القاعدة الجزائية إلى الحفاظ على أكبر قدر ممكن من الثوابت الموضوعية والإجرائية، غير أن هذا المسعى من الناحية النظرية والعملية صعب التحقيق، ولعل مرد هذه الصعوبة يكمن أساسا في خصوصية الضبط في المجال الاقتصادي، سيما إذا تعلق الأمر بالشركات التجارية، وكذا خصوصية النشاط الاقتصادي الذي يمتاز بالتقنية والتعقيد، كل هذا أدى بالمشرع في الكثير من الأحيان إلى التضحية ببعض المبادئ المتعارف عليها عند سن القاعدة الجزائية، وقد لا نستغرب منه الخروج عنها والتضحية بها ضماناً لنجاعة قواعد التجريم في إطار الجريمة الاقتصادية[4]، وهو الشيء الذي أدى في نهاية المطاف إلى الالتفاف حول هذه المبادئ بداعي حماية النظام العام الاقتصادي (المطلب الأول)، لينتهي المشرع عند بروز أزمة القاعدة الجزائية في المجال الاقتصادي إلى التفكير في بديل عنها مع بروز ظاهرة إزالة التجريم (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : أزمة القاعدة الجزائية كمبرر لإزالة تجريم قانون الشركات

لقد أصبحت قواعد القانون الجزائي في خدمة السياسة الاقتصادية وانتهى الأمر إلى تطويع القوانين في إطار الجريمة الاقتصادية دون التزام بالقواعد والمعايير المحددة في القانون الجزائي العام، وقد اعتبر جانب كبير من الفقه تدخل المشرع عن طريق القاعدة الجزائية في تنظيم المجال الاقتصادي أمرًا غير مقبول على اعتبار أن المجال الاقتصادي هو ميدان المتخصصين والمحترفين وليس للقاعدة الجزائية أي تدخل فيه، وقد عبر البعض عن ذلك أن "الشخص الذي يتعامل مع شخص آخر يجب أن يكون فطنا وحكيما ويجب أن يحرص على مصلحته، ويحصل على المعلومات المناسبة....فمهمة القانون تتمثل في حمايتنا من غش الغير وليس إعفاءنا من استعمال صوابنا...و إن لم يكن الأمر كذلك فإن رقابة القوانين ستؤول إلى التعسف والاستبداد"[5] .

وبخصوص الشركات التجارية فقد أثارت مسألة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي جدلا فقهيا واسعا بين مؤيد ورافض لها قبل أن تجد طريقها إلى التجسيد التشريعي، إلاّ أنها لازالت تطرح العديد من الإشكالات سيما في الشق المتعلق بالإسناد وعليه نتطرق في هذا المطلب إلى أهم مبررات إزالة تجريم قانون الشركات وهي نفس المبررات التي تنطبق على الأشخاص الطبيعية الناشطة في المجال الاقتصادي، ويتعلق الأمر بتغير ملامح الركن

الشرعي (الفرع الأول)، غموض الركن المادي لجرائم الأعمال (الفرع الثاني) و ضعف الركن المعنوي لها (الفرع الثالث)، إلى جانب المبررات الخاصة بالأشخاص المعنوية والمتمثلة في خروج المشرع عن مبدأ شخصية الجريمة والعقوبة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تغير ملامح الركن الشرعي

يعد مبدأ الشرعية في التجريم و العقاب من أهم المبادئ التي تقوم عليها الأنظمة الجنائية، بل أنه يعد حجر الأساس في قيام دولة القانون، فالاختصاص المكرس دستوريا للسلطة التشريعية يكمن في إنشاء الجرائم وتحديد طبيعتها وتقرير العقوبات الخاصة بها مما يترتب عنه الاعتماد على القانون الصادر عن السلطة التشريعية لتفريد أي تجريم أو عقاب بناء على القاعدة الجنائية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق"[6].

إلاّ أن هذا المبدأ لم يتم احترامه في ظل اتساع دائرة التجريم في مجال الضبط الاقتصادي الذي يمتاز بالتقنية في صياغة نصوصه و هو ما أدى بالمشرع إلى التخلي بشكل لافت عن سلطته في وضع نص التجريم و تفويض سلطته إلى جهة أخرى، تكون في الغالب السلطة التنفيذية و هو ما أطلق عيه فقها "التفويض التشريعي في مجال الأعمال" أو تقنية "العقاب بالإحالة والتجريم على بياض"[7].

ويعد قانون الجمارك[8] من أقدم النصوص القانونية التي عرفت هذه الظاهرة، إذ تحيل أغلب نصوصه على التنظيم لتحديد الركن المادي للجريمة، كما أن نصوصا أخرى عرفت مثل هذه الظاهرة وعلى رأسها القانون المتعلق بحركة رؤوس الأموال من والى الخارج[9].

وقد كان لغرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا فرصة إثارة هذه المسألة بمناسبة نظرها في ملف قضية بنك سوسيتي جنرال ضد ممثل بنك الجزائر و النيابة العامة[10] وأُشير إلى أن المادة الأولى من الأمر 96-22 المعدل والمتمم بالأمر رقم 03-01 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من والى الخارج، تحيل على التنظيم المتمثل في نظام بنك الجزائر رقم 91-12 المؤرخ في 14 أوت 1991 المتعلق بتوطين الواردات[11] و الذي تم إلغاءه بموجب نظام بنك الجزائر رقم 07-01 المؤرخ في 23فيفري 2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج و الحسابات بالعملة الصعبة [12]، و مما يستشف من هذا القرار وقوف قضاء المحكمة العليا على خطورة مسألة التفويض التشريعي، إذ تمت إدانة بنك سوسيتي جنرال الجزائر كشخصية معنوية بغرامة مالية قدرها1.762.000.000 د ج من طرف الغرفة الجزائية بمجلس قضاء الجزائر وهو القرار الذي تم نقضه بعد أن تم تحليل نظام بنك الجزائر بدقة من طرف المحكمة العليا و توصلت من خلاله المحكمة العليا إلى مبدأ جوهري أثار جدلا فقهيا يتمثل في الحد الفاصل

بين الفعل المجرم و الخطأ التأديبي، هذا الأخير الذي يدخل ضمن اختصاصات اللجنة المصرفية لبنك الجزائر بصفتها هيئة ضبط ورقابة على البنوك والمؤسسات المالية[13].

والى جانب ظاهرة التفويض التشريعي، فإن ظاهرة عدم التحديد أو غموض النصوص الجزائية الضابطة للقطاع الاقتصادي هي الأخرى كانت سمة ظاهرة من خلال استعمال المشرع لمصطلحات غامضة تفتح المجال أمام القياس والتفسير الواسع للنصوص في شكل تطويع معايير النص الجزائي لحماية السياسة الاقتصادية وتحقيق نجاعتها على الصورة المطلوبة ومقاومة تشعب الانحراف الاقتصادي[14].

الفرع الثاني: غموض الركن المادي

لقد ترتب عن ظاهرة التفويض التشريعي في صياغة نصوص الجرائم الاقتصادية سلبيات أثرت على صياغة الركن المادي للجريمة، الذي يتميز في إطار النصوص التنظيمية بالغموض، ومرد ذلك بالأساس عدم احترام الدقة في الصياغة واستعمال مفردات فضفاضة تسمح بالقياس والتفسير الواسع للنص، ليشمل كل فعل ايجابي أو سلبي في مجال النشاط الاقتصادي، وهو ما أطلق عليه الفقه تطويعاً لقاعدة الصياغة الواضحة والدقيقة لنصوص التجريم في إطار الجريمة الاقتصادية[15]، مما قد يؤدي في نهاية المطاف إلى إضعاف الحد الفاصل بين الإباحة ونطاق التجريم، وفي نفس القرار الصادر عن المحكمة العليا المنوه عنه أعلاه، تم الإشارة ولو ضمنياً إلى مسألة عدم الدقة في المصطلحات والتي قد يترتب عليها التوسع في دائرة الركن المادي من خلال عدم التفرقة بين فعل عدم مراعاة التزامات التصريح بخصوص تحويل العملة التي تشكل فعلا مجرما و فعل عدم مراعاة التزامات التصريح بملفات التوطين التي لا تشكل فعلا مجرما[16].

إن الغموض الحاصل في صياغة الركن المادي، كان له الأثر المباشر على العناصر المكونة للركن المادي للجريمة، فالثابت فقها أن الركن المادي في النظرية العامة للجريمة يتكون من ثلاثة عناصر متلازمة وهي عنصر السلوك، عنصر النتيجة وعنصر العلاقة السببية إلاّ أنه في مجال الجريمة الاقتصادية أخل المشرع بجملة هذه العناصر وانصرف التجريم في الغالب إلى نتائج خطيرة ومحتمل وقوعها وبهذا أصبح يطلق على الجرائم الاقتصادية بأنها جرائم الخطر أو الجرائم المادية البحتة[17] دون مراعاة نية صاحبها وهو ما يقودنا إلى التعرض إلى مسألة ضعف الركن المعنوي في الجرائم الاقتصادية سيما متى تعلق الأمر بالأشخاص المعنوية.

الفرع الثالث: ضعف الركن المعنوي

إن خروج المشرع عن أهم ركائز القانون الجنائي العام في الشق المتعلق بالركن الشرعي والركن المعنوي كان له الأثر المباشر على المفهوم التقليدي للركن المعنوي وأصبحت

الجريمة الاقتصادية في ظل هذا التحول المفرط تقوم على مجرد الخطأ المفترض في ظل الصفة المادية للجريمة .

لقد أدى تضخم النصوص التشريعية في المادة الاقتصادية وتشتتها ،واتجاه المشرع إلى تغليب الجدوى الاقتصادية على الحريات الاقتصادية وعلى رأسها حرية الصناعة والتجارة إلى إضعاف الركن المعنوي وتهميشه، والذي برز بالخصوص في رغبة المشرع و القضاء على حد سواء في التسوية بين العمد والإهمال، إذ يستوي في ذلك الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي[18] وبهذا أصبح الركن المعنوي ضعيفا، وقد كان لهذا الضعف الأثر المباشر على قواعد المتابعة والإثبات (القواعد الإجرائية) وأصبحت قرينة البراءة المكرسة دستوريا موضوع خرق صريح جراء الحجية المطلقة أو النسبية للمحاضر المحررة، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[19] وكذا القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[20].

الفرع الرابع: الخروج عن قواعد الإسناد وتفريد العقاب

خرج المشرع في العديد من نصوص التجريم الاقتصادي عن القواعد العامة لإسناد المسؤولية و تفريد العقاب وذلك مع بداية تكريس المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية الخاصة، وكذا نظام المسؤولية الجزائية عن فعل الغير الذي عرف تطبيقات واسعة في مجال القانون الجزائي الاقتصادي بالرغم من أن المنطق القانوني يفرض عدم وضع نص عام يقر المسؤولية الجزائية عن فعل الغير، إلاّ أن هذه المسؤولية وجدت في العديد من النصوص الواردة في الميدان الاقتصادي .

فعندما يفرض القانون على الشخص المعنوي بعض الالتزامات، ثم تتم مخالفتها من طرف أحد العاملين بالشركة، فالقانون أَسند الفعل إلى الشخص الذي يعتبره مخطئاً وهو عادة المسير أو المدير أو رئيس مجلس الإدارة، حسب الحالة، إلاّ أن هذا الإسناد من وجهة نظر قانونية يكون مخالفا لمبدأ الشرعية، لأن من أُسندت له المسؤولية لتحملها أمام القضاء، قد يجهل أصلاً ارتكاب الفعل المجرم، وأبعد من هذا قد يكون الفعل خارج نطاق صلاحياته ومع ذلك يتحمل واجب عدم قيام غيره بما هو مقرر قانونا.

وقد كان لقواعد الإسناد هذه الأثر البليغ على روح المبادرة التي تتميز بها الشركات التجارية في المجال الاقتصادي وذلك بعد أن وجد المسيرون أنفسهم أمام مسؤولية جزائية عن أفعال الغير فلا يمكن أن يتحمل المسير فعل المدير التجاري الذي يروج للسلع في إطار التسويق باستعمال إشهار مضلل دون علمه، أو يتحمل مسؤولية المحاسب الذي قام بإخراج السلع من المخزن دون فوترتها، كما أن الجمع بين المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي والشخص المعنوي عن نفس الفعل من شأنه إرهاق كلاهما بالنظر إلى قيمة

الغرامات المحكوم بها في مثل هذه الحالات[21]، فمن العدل أن تصيب الغرامة الذات المالية للشركة بدل من أن يتحمل المسير تلك الغرامة والتي تخلق وضعا مختلفا تماما، يكون أحيانا غريبا تماما[22] .

وتطرح المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إِشكالاً قانونيا حول إمكانية الجمع بين مسؤولية الشخص الطبيعي والذات المعنوية عن نفس الفعل، وإذا كان المشرع الجزائري لم يحسم الأمر، فإن المشرع الفرنسي أقصى هذه الإمكانية بموجب القانون رقم 2000-647 المؤرخ 10 جويلية 2000 المعدل لقانون العقوبات في حال الخطأ الناجم عن الإهمال البسيط أو الجنح غير العمدية، أين تتحمل الذات المعنوية المسؤولية مع إمكانية ازدواجية المسؤولية في باقي الحالات .

ولإسناد المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي يجب توافر عدة شروط ضمنها المشرع نص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، ويتبين من الرجوع إلى نص هذه المادة أن المشرع قد أخذ بنظام التخصص في إسناد المسؤولية أي قصر المسؤولية الجزائية للشركات التجارية على جرائم معينة بنصوص صريحة[23]، وهو ما يعني إعفاءها من بقية الجرائم ونذكر هنا القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والقانون رقم 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك..الخ، وما يترتب عليه من إجحاف في حق ممثلها الشرعي الذي يقع على عاتقه عبء تحمل المسؤولية عن هذه الجرائم في صورة مسؤولية عن فعل الغير.

واعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 28-04-2011 ملف رقم: 613327 بأن الوكالة (agence) البنكية لا تعد جهازا من أجهزة البنك ولا يعد مدير الوكالة ممثلا شرعيا لها[24]، ولتحديد المقصود بأجهزة الشخص المعنوي وجب الرجوع إلى أحكام القانون التجاري، إِلاّ أن ذلك لا يَحل الإشكال بالنظر لتعدد هذه الأجهزة في بعض الحالات كما هو عليه الحال بالنسبة للشركات الخاصة التي تتكون من الجمعية العامة للمساهمين، مجلس الإدارة، الرئيس، المدير العام، فعلى من تقع المسؤولية؟ أم على الجميع؟ يصعب إعمال قواعد الإسناد ومعرفة معايير ذلك في ظل قلت القضايا التي نظرتها المحكمة العليا.

بل إن الإشكال يكون أكثر تعقيدا في حال توفر الشرط الأول من نص المادة51 مكرر وعدم توفر الشرط الثاني من نفس المادة، فهل يتحمل مدير الوكالة المسؤولية الشخصية عن فعل قد يستفيد منه البنك[25] ؟

المطلب الثاني: ماهية إزالة التجريم وتمييزهُ عن باقي المفاهيم

في ظل المبررات المشار إليها في المطلب الأول والتي تبرز بما لا يدع مجالا للشك أزمة ممارسة العقاب التقليدي ومدى إمكانية تحقيقه للفعالية المطلوبة في مجال الضبط

الاقتصادي أصبح بالإمكان القول أن الأزمة التي يتخبط فيها القانون الجزائي المعاصر هي أزمة وجود أولاً وأزمة مشروعية ثانياً وأزمة فعالية ثالثاً[26]، وهو ما نتج عنه فقدان الثقة في القاعدة القانونية التي أصبحت تشكل مظهرا من مظاهر اللاّ أمن القانوني .

وقد ترتب على ذلك أن أصبح الفقه يُؤكد على أهمية عدم الخلط بين عدم المشروعية القانونية وعدم المشروعية الجزائية وبالتالي عدم اعتبار الأعمال المخالفة للقانون أعمالاً جديرة بالعقاب الجزائي بالضرورة[27]، ومن هذا المنطق برزت للوجود عدة أفكار تنادي بالحد من التجريم والحد من العقاب، سيما في المجال الاقتصادي الذي لا تتلاءم طبيعته مع القاعدة الجزائية.

إن ظاهرة إزالة التجريم لازالت في بدايتها بالنظر لعدم وضوح تعريف لها وضبطه من طرف فقهاء القانون الجنائي (الفرع الأول)، وكذا تشابهها إلى حد كبير مع مفاهيم قريبة منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بإزالة التجريم

يعتبر قانون الأعمال المجال الخصب للأفكار المنادية برفع التجريم، ويرى بعض الفقه في ذلك حلا لإحدى المُشكلاتِ الكبرى التي يطرحها تطبيق القانون الجزائي في الجزائر في بعض المجالات ألا وهي مشكلة الجرائم التي يطلق عليها مجازا جنح التسيير délits de gestion[28].

وبقدر الصعوبة التي عرفها هذا المصطلح للقبول به ومناقشته، تبقى صعوبة تحديد مفهومه وتمييزه عن باقي المفاهيم المشابهة موضوع بحث وجدل متواصل، فمصطلح إزالة التجريم الذي أصبح متداولا مؤخرا بكثرة من طرف فقهاء القانون الجنائي وكذا بعض الدّارسين في مجال قانون الأعمال لا يزال يحمل في طياتها الكثير من الغموض بالنظر إلى اختلاف ترجمته من لغة إلى أخرى وتداخله مع مصطلحات قريبة منه في المعنى.

فالحد من التجريم يعد الشكل الأكثر وضوحا للتحول عن المجال الجزائي وغالبا ما يكون في إحدى الصور الثلاثة الآتية :

أولا- يكون في شكل إلغاء الوصف الجزائي عن السلوك: وفي هذه الحالة يلغي المشرع النص الذي يُجرم الفعل، أي يخرجه من دائرة التجريم وهو ما يؤدي إلى صيرورة الفعل مباحا لا عقاب عليه، أي أنه يصبح مشروعا ولا يترتب عنه أي جزاء ولو كان مدنيا أو إداريا، و حسب رأي الدكتور **هالس مان** فإن الحد من التجريم في هذه الصورة يقصد به أن يُوضع خارج اختصاص النظام الجنائي فعل أو نشاط كان معاقبا عليه جنائيا على نحو يؤدي إلى الاعتراف بمشروعيته القانونية بحيث لا يخضع لأي نوع من الجزاءات[29].

ثانيا- أما الصورة الثانية للحد من التجريم فتكون من خلال تقليص نظام التجريم وذلك عن طريق تعديل الركن المادي أو المعنوي للجريمة، وفي هذه الحالة لا تختفي الجريمة من النظام القانوني، بل ينحصر نطاق التجريم والعقاب في بعض الأفعال المكونة لركنها المادي أو بعض صور ركنها المعنوي[30].

ثالثا- في حين تكون الصورة الثالثة للحد من التجريم في صورة إخراج الفعل من نطاقه الجزائي وإدخاله إلى صورة جديدة بإعطائه وصف عدم المشروعية القانونية ويتجسد ذلك في صورة عدم مشروعية مدنية أو عدم مشروعية إدارية، أي أن المشرع يُبقى على الالتزام (القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل) إلاّ أن الجزاء عن الإخلال بهذا الالتزام يكون في صورة مدنية أو إدارية أو حتى تأديبية، وتمثل هذه الحالة الصورة الأكثر شيوعا وهي التي درج الفقه على تسميتها بإزالة التجريم la décriminalisations .

الفرع الثاني: تمييزه عن باقي المفاهيم

يقترب مصطلح إزالة التجريم مع مصطلحات أخرى قريبة منه ونذكر من ذلك الحد من العقاب والحد من الإجراءات الجزائية.

أولا- تمييز إزالة التجريم عن الحد من العقاب: إذا كان الحد من التجريم فيما يحمله من معاني يهدف أساسا إلى إخراج الفعل من دائرة التجريم وعدم المشروعية الجنائية إلى عدم المشروعية القانونية أو الإباحة المطلقة على النحو الذي تم تفصيله سابقا.

فإن الحد من العقاب مصطلح يختلف في مضمونه ومعناه عن مصطلح إزالة التجريم لأن الحد من العقاب عبارة عن أسلوب الهدف منه تلطيف العقوبة و ليس إلغائها، إذ أن الفعل يبقى غير مشروع و يترتب على مخالفة الالتزام القانوني جزاء، غير أن هذا الجزاء يكون متناسبا مع جسامة الفعل والحد من العقاب يختلف أيضا عن إزالة العقاب لأن هذا الأخير يعني وجود التزام قانوني دون وجود جزاء عن مخالفة هذا الالتزام وهنا تفقد القاعدة القانونية عنصر الإيلام[31].

وتقول الباحثة "دلمى ميرتي " أن وسيلة الحد من العقاب تقوم على فكرة أساسية هي البحث عن وسيلة أخرى لحماية القيم الاجتماعية غير وسيلة العقوبة كلما أمكن ذلك وهو التعريف الذي يأخذ به أيضا الفقيه جون برادل[32] .

ويظهر من خلال هذا العرض الوجيز لمختلف الآراء الفقهية التي حاولت وضع تعريف لمفهوم الحد من العقاب la dépénalisation وإنهاء التجريم la décriminalisations أنه يتم في كثير من الأحيان الخلط بين الفكرتين واستعمالهما كمترادفين[33].

وفي مجال قانون الأعمال فإن كلتا الظاهرتين تخدم هذا القانون وتصب في الإطار العام الرامي إلى تقييد التدخل الجنائي في هذا المجال بالحد الأدنى .

ثانيا- تمييز إزالة التجريم عن فكرة الحد من الإجراءات الجزائية : تتجه السياسة الجنائية المعاصرة في أغلب التشريعات المقارنة إلى الحد من اللجوء إلى الإجراءات الجزائية التقليدية في كل الجرائم البسيطة وتعد جرائم الأعمال المجال الأكثر استفادة من هذه الظاهرة، فالتحول عن الطريق الجزائي لا يقتصر فحسب على ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب، بل يعني كذلك التقليل من حالات اللجوء إلى القاضي الجزائي، و قد كانت القيود الشكلية لقانون الإجراءات الجزائية الدافع وراء السعي لتبسيط الإجراءات من أجل ضمان سرعة الفصل تحقيقا للردع ووضع حد لاستمرار المخالفات التي غالبا ما يكون لها التأثير العميق على بقية الشركات التجارية سيما إذا تعلق الأمر بالمخالفات الماسة باقتصاد السوق.

ولا يعني الحد من الإجراءات الجزائية التضحية بحقوق المتهم وصولا إلى الحقيقة، بل يلزم التَوفيق بين حق المجتمع في عقاب مرتكب الجريمة و حق المتهم في الدفاع عن نفسه[34].

ومن صور الحد من الإجراءات الجزائية:

1- تفعيل نظام قيود تحريك الدعوى العمومية للحد من المحاكمات الجزائية، ويقضي ذلك الأخذ بنظام الشكوى أو الطلب من الجهة الرقابية المتضررة من الجريمة أو الإذن بتحريك الدعوى من الجهة التي ينتمي إليها[35]، وقد كرس المشرع الجزائري هذا النظام في عدة مواد قانونية ولعل أبرزها نص المادة 06 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، التي استحدثها المشرع بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 15-02[36]

2- تكريس نظام الصلح والوساطة .

3 - إقرار نظام خاص بتسريع الإجراءات في الجنح البسيطة مع التخلي عن القيود الشكلية للمحاكمة من وجاهية وعلنية .

المبحث الثاني :مظاهر إزالة تجريم قانون الشركات على ضوء الطرق البديلة للضبط الاقتصادي

رأينا في المبحث الأول المبررات الموضوعية والإجرائية التي كانت سببا في تغير رأي الفكر الجنائي تجاه دور القاعدة الجزائية في مجال الضبط الاقتصادي وبروز اتجاه معاصر ينادي بأهمية محافظة مجال الأعمال على خصوصيته وذلك بأن تلعب القاعدة الجزائية الدور الاحتياطي في مجال الردع مع مراعاة التدرج، على أن يتم إسناد هذا الدور إلى جهات إدارية تتمتع بالاستقلالية والخصوصية مقارنة بالإدارة التقليدية، دون أن يتم استبعاد هذه الأخيرة عن مجال الضبط بما يضمن لها هامشا من المراقبة والمتابعة حفاظا على التوازنات الاقتصادية، بما يتماشى مع التقلبات المتسارعة والخطيرة في بعض الأحيان للأنشطة الاقتصادية الخاصة بالكيانات الاقتصادية .

وبهذا تولد اقتناع لدى السلطة التنفيذية والتشريعية بضرورة إيجاد قواعد قانونية تتلاءم مع طبيعة مجال الأعمال، سيما ما تعلق بالأنشطة الاقتصادية التي تعرف حيزاً من التعقيد والتشعب في ظل فتح المجال أمام المستثمر الأجنبي الذي يبحث عن ضمانات قانونية قبل تجسيد استثماره، و هو ما أدى إلى استحداث سلطات الضبط المستقلة التي أُسندت لها مهام قمعية (المطلب الأول) كما تم التفكير من قبل المشرع في التخفيف من حدة القاعدة الجزائية وذلك عن طريق الحد من العقوبات باستحداث طرق بديلة لحل النزاعات في المادة الجزائية تقترب كثيرا من ظاهرة إزالة التجريم، وذلك باستحداث نظام الوساطة، وقيد الشكوى المسبقة في جرائم أموال الشركات..الخ.(المطلب الثاني).

المطلب الأول: نقل الاختصاص القمعي من الجهة القضائية لفائدة سلطات الضبط المستقلة

شكلت السلطة العقابية للهيئات الإدارية المستقلة تعبيرا عن رفض التدخل القضائي في القطاعات الاقتصادية ويُعبر هذا الرفض عن هدف أساسي ألا وهو إزالة التجريم، ويمكن القول أن الشركات التجارية هي أكبر مستفيد من هذا التأطير الجديد لقانون الأعمال على اعتبار أن جل الأحكام المتعلقة بسلطات الضبط المستقلة غالبا ما تجد طريق تطبيقها على الكيانات التي تتمتع بالشخصية المعنوية مقارنة بالأشخاص الطبيعية، إلاّ أن هذا النقل في الاختصاص والذي كان منتظرا منه إعادة الاعتبار للضبط الاقتصادي بعيداً عن القاعدة الجزائية شابه الكثير من الغموض بالنظر للطابع الانتقائي في عملية نقل النصوص بالنظر إلى حداثة نشأة هذه السلطات المستقلة التي لا تزال تبحث عن الاستقلالية (الفرع الأول) كما أن المشرع قد احتفظ بحيز كبير من التدخل لصالح الإدارة التقليدية التي بقيت تزاحم هذه السلطات في ممارساتها لسلطاتها القمعية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الاختصاصات القمعية لسلطات الضبط المستقلة

إن ظهور السلطات الإدارية المستقلة ومنحها اختصاصات قمعية في مجال الضبط الاقتصادي كان نتيجة للتحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر منذ تبني منهج الاقتصاد الحر، وفي ظل تبني هذا النهج، لم يكن القضاء مهيئا للنظر في النزاعات الناجمة عن هذا التفتح وظهور كيانات اقتصادية في شكل شركات تجارية لها تعاملات دولية، بل أن القضاء بقي عاجزا عن مواكبة سرعة وتقنية مثل هذه المجالات الاقتصادية المستحدثة وهو ما أدى بالمشرع إلى منح اختصاصات قمعية لسلطات الضبط المستقلة في أغلب القطاعات الاقتصادية، والغرض من ضبط المجالات الاقتصادية هو إيجاد حلول غير مألوفة في القانون التقليدي بالاعتماد على السلطة العقابية، إذ لا يمكن الفصل بين السلطة العقابية

والضبط الاقتصادي، فالهيئات الإدارية المستقلة تتصدى مباشرة لكل خرق لقواعد القطاع المراد ضبطه بواسطة توقيع العقوبات فتسمح بعودة التوازن[37].

بل أن الجزاء الإداري يواكب أكثر العوامل الاقتصادية، نظرا لكونه يستبعد التدخل المباشر للسلطات العمومية، ويترك مهمة ضبط النشاط للعاملين في ذات القطاع، مما يجعله أكثر مرونة لأنه يستعمل الأمور التقنية، وأكثر فعالية لأنه نابع من تخصص سلطات الضبط المختلفة[38].

غير أن درجة الممارسة الفعلية للسلطة القمعية تتفاوت من سلطة إلى أخرى فتتسع تارة وتضيق تارة أخرى ولعل ذلك مرتبط بالتحولات الاقتصادية التي تمر بها الدولة وكذا خصوصية وأهمية بعض القطاعات التي ترغب الدولة في الإبقاء على هامش احتياطي لتدخلها.

و تُعد الاختصاصات القمعية لسلطات الضبط المستقلة نتاج لظاهرة إزالة التجريم والتي تعني إزاحة السلطة القمعية للقاضي الجزائي لصالح هيئات أخرى واستبدال العقوبات الجنائية بالعقوبات الإدارية[39]، ففي مجال المنافسة وبصدور الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة[40] تم استبعاد القاضي الجزائي نهائيا من نظر المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون بعد أن كان صاحب الاختصاص الأصيل في نظرها في ظل القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار[41] وجزء منها في ظل القانون رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة[42]، و أسند المشرع صلاحية نظر المخالفات الماسة بنظام المنافسة لمجلس المنافسة، الذي يتمتع بصلاحية قمعية واسعة .

ويرجع اختصاص قمع المخالفات في مجال البورصة إلى لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة[43]، و في قطاع البنوك إلى اللجنة المصرفية[44] وعادة ما تتمثل العقوبات الصادرة عن هذه الهيئات في صورة غرامة مالية، وهو ما من شأنه المساس بالذمة المالية للشخص المعنوي مرتكب المخالفة، إلى جانب عقوبة نشر وتعليق القرار، سحب الاعتماد ....إلخ .

و بالرغم من الصلاحيات القمعية التي منحت لسلطات الضبط المستقلة في مجال الضبط إلاّ أن تدخلها يكاد يكون محدودا مقارنة بمثيلاتها في التشريعات المقارنة، بل وأن البعض منها يكاد لا يمارس أي نشاط ونذكر على سبيل المثال لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، سلطة الضبط في مجال الكهرباء والغاز، وذلك لعدم وجود نشاط تنافسي في هذا المجال، أما البعض منها و بالرغم من وجود شركات تجارية ناشطة إلاّ أن تدخلها يكاد لا يظهر للوجود بالرغم من المخالفات المخلة بقواعد المنافسة والنصوص الضابطة للمجال الاقتصادي وهنا يمكن ذكر سلطة ضبط الاتصالات السلكية واللاسلكية، وهو الشيء الذي يحول دون تقديم دراسة دقيقة حول كيفية أدائها لمهامها، إلاّ أن ذلك لا يمنع من تقديم

بعض الملاحظات بشأن النصوص المنشأة في ظل ظهور تيار فقهي جديد ينتقدها ويعتبرها شكلا من أشكال اتساع دائرة التجريم في ظل اتساع مجال اختصاصها.

أولا- الإخلال بالقواعد الموضوعية : على خلاف القانون الجزائي الذي يُعرِف بدقة الجرائم والعقوبات، فإن السلطات الإدارية المستقلة لها هامش كبير في تقدير المخالفات و العقوبات التي تُناسبها وعليه فإن أركان الجريمة تلقى مرونة كبيرة، كما أن العقوبات التي توقعها تمتاز بالشدة ومنها ما هو ذو طابع مهني، وهو ما يجعل هذه السلطات تجمع بين سلطتي التجريم والعقاب[45]، وهو الأمر الذي ينطوي على جانب كبير من الخطورة[46] فالسلطات الإدارية المستقلة تملك حرية كبيرة في التحرك لقمع كل المخالفات المحتملة فالأفعال المحظورة قليلا ما يُنَّصُ عليها، حيث تشير النصوص إلى مجرد انتهاك النصوص التشريعية والتنظيمية أو الإخلال بالواجبات المهنية، فعلى سبيل المثال وبالرجوع إلى قانون المنافسة في الشق المتعلق بالممارسات المنافية للمنافسة، نجد أن هذه النصوص لا تُظهر أي تدقيق بشأن المخالفات، وبهذا هي تفتح المجال للمعاقبة على أي فعل يرى فيه مجلس المنافسة أنه ممارسة أو فعل مدبر يُنافي قواعد المنافسة.

و إذا كان هذا هو حال الركن المادي، فإن الركن المعنوي يكاد يكون منعدما على اعتبار أن النصوص التنظيمية التي تضعها السلطات الإدارية المستقلة تفتقد للصياغة القانونية اللازمة عند سنها للأفعال الماسة بالأنظمة الاقتصادية .

وفي الشق المتعلق بالعقوبات المقررة من طرف هذه السلطات، فإنه يغلب عليها طابع عدم التحديد، سيما بخصوص الحد الأقصى، إذ يَعرف قانون الضبط الاقتصادي معايير أخرى لحساب الغرامات .

ثانيا الإخلال بالقواعد الإجرائية : على عكس ما هو متوفر من ضمانات إجرائية أمام القضاء، فإن الشركات التجارية تجد نفسها أمام إجراءات دون توفير أدنى ضمانات المتابعة، إذ تتمتع السلطات الإدارية المستقلة بصلاحيات التفتيش والتدقيق في كل وثائق الشركات والاطلاع على السجلات والبيانات البنكية، كما تتمتع بصلاحيات التحقيق وسماع الأقوال لتحديد ما إذا كانت الشركة قامت بالتزاماتها لمنع وقوع المخالفات واتخاذ التدابير الوقائية اللازمة لذلك، كما أن قرينة البراءة والحق في الدفاع المكرسين دستوريا يصعب معرفة مدى احترامهما في ظل غياب التنصيص عنهما ضمن النصوص المنشأة للسلطات الإدارية المستقلة وغياب ممارسات سابقة في ظل محدودية النشاط و التدخل و على كل فإن دولة القانون تفرض أن تكون الإجراءات أمام السلطات الإدارية المستقلة بشكل النموذج القضائي[47].

الفرع الثاني: احتفاظ الإدارة التقليدية ببعض مهام الضبط الاقتصادي

إن استعمال سلطات الضبط المستقلة من طرف الدولة كآلية لضبط أهم القطاعات الاقتصادية لا يعني التخلي النهائي عن هذا القطاع الحساس الذي له انعكاسات اجتماعية وسياسية وعليه تحاول أغلب التشريعات الحفاظ على هامش تدخلي في مهام الضبط ،سيما في القطاعات الحساسة، كالإعلام السمعي البصري بما يضمن تواجدا مستمرا لأجهزة الإدارة المركزية حسب كل قطاع، بل أن هذه الأخيرة تُفرغ السلطات الإدارية المستقلة من وظيفتها الأصلية، فإذا كان القانون يكرس استقلالية هذه الهيئات، فإن هذه الأجهزة السياسية تقوم في بعض الأحيان بإفراغ النص من روحه، فتصبح عدم فاعلية النصوص ممارسة عادية[48].

ففي مجال ضبط قطاع السمعي البصري الذي تنشط به أشخاص معنوية خاصة على شكل شركات وبالرغم من وجود سلطة ضبط مستقلة، تتمتع السلطة التنفيذية بهامش واسع من التدخل وذلك بممارسة الرقابة على القطاع السمعي البصري وكذا توقيع عقوبات كسحب التراخيص في حالة الإخلال بمقتضيات الدفاع والأمن الوطنيين[49] وفي مجال التأمين وبالرغم من استحداث لجنة الإشراف على التأمينات فإن صلاحيات الرقابة مازالت من احتكار الوزير المكلف بالمالية[50]، إذْ لم تُخول اللجنة سوى الرقابة اللاحقة لدخول السوق، أضف إلى ذلك أن سلطة سحب الاعتماد، التي تعتبر من أخطر العقوبات المطبقة في إطار ضبط النشاط لا تزال ضمن صلاحيات الوزير المكلف بالمالية[51]، إلى جانب عقوبة التحويل التلقائي لكل أو جزء من محفظة عقود التأمين الخاصة بشركات التأمين[52].

المطلب الثاني: تخفيف عبء القاعدة الجزائية

تعد ظاهرتي الحد من العقاب والتحول عن الإجراءات الجزائية من أهم مظاهر التخفيف من وطأ القاعدة الجزائية على مجال الأعمال، الذي تنشط به الشركات التجارية و بالرغم من الاختلاف النسبي بين هاتين الظاهرتين وظاهرة إزالة التجريم على النحو الذي تم تفصيله آنفا إ لاّ أن كل الظواهر تصب في الإطار العام لفكرة الأخذ الاحتياطي بالقاعدة الجزائية في مجال الضبط الاقتصادي، وهو ما يحتم دراسة بعض الآليات المستحدثة من قبل المشرع والتي كرس من خلالها ما هو مستقر عليه في التشريعات المقارنة، ونذكر منها الوساطة في المادة الجزائية، الأمر الجزائي قيد الشكوى (الفرع الأول) وتسوية عارض الدفع في جرائم الشيك (الفرع الثاني) التي تعد من أهم مظاهر تخفيف عبء القاعدة الجزائية .

الفرع الأول: مظاهر التحول في الإجراءات التي مست قانون الشركات التجارية على ضوء تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم: 15-02

هي المرة الأولى التي يتبنى فيها المشرع إجراء الوساطة في المادة الجزائية كطريق بديل لوضع حد للنزاع الجزائي، كما تبنى المشرع نظاما آخر لا يقل أهمية عن إجراء الوساطة وهو نظام الأمر الجزائي، وكلا الإجرائين معنية بهما الشركات التجارية، كما تضمنّ هذا التعديل قيدا على تحريك الدعوى العمومية بالنسبة لجرائم التسيير وهي المسائل التي نتعرض لها تِباعاً كل على حدا .

أولا - الوساطة : تعتبر الوساطة في المادة الجزائية من الطرق المستحدثة في التشريع الجزائي الجزائري بعد تِلك التي قررها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلاّ أن الاختلاف بينهما جوهري، ويقصد بالوساطة الجزائية la médiation pénal ذلك الإجراء الذي بموجبه يحاول شخص من الغير بناءا على اتفاق الأطراف وضع حد ونهاية لحالة الاضطراب الذي أحدثته الجريمة عن طريق حصول المجني عليه أي الضحية على تعويض كاف عن الضرر الذي حدث له[53] و من أدق التعريفات تعريف الأستاذ M.GUILLAUNE – HIFMING الذي اعتبرها طريقا للتواصل يعتمد على مسؤولية واستقلالية المشاركين مع وجود طرف ثالث وحيادي ومستقل ليست له أية سلطة لاتخاذ القرار أو منح الاستشارة، ما عدا أنه يساهم في ربط العلاقة الاجتماعية، أو الوقاية أو حل النزاع[54].

و بغض النظر عن التعريفات الفقهية لنظام الوساطة و طبيعتها القانونية، فإنها تشكل شكلا من أشكال التسوية الودية للنزاع وجبر الضرر الحاصل عن ارتكاب الجريمة وبالتالي فإن طابع التفاوض هو الغالب في هذا الإجراء، وهو ما يتماشى مع روح قانون الأعمال سيما إذا تعلق الأمر بنزاعات الشركات التجارية، ولعل ذلك ما أدى بالمشرع إلى شمل جرائم أموال الشركات بهذا الإجراء.

ومن مبررات ظهور نظام الوساطة، تطور المبادلات التجارية التي أدت إلى ظهور ما يعرف باقتصاد الكُلفة لضمان السرعة و النجاعة في تسوية النزاعات، بما يضمن للأطراف تحكما أكبر في الإجراءات التي تمتاز في الغالب بالبساطة وتحكما في النتائج عن طريق تطوير حلول خلاقة غير تلك المنصوص عليها في التشريع، كما أنها من الوسائل البديلة التي تحقق تسوية سرية وغير شكلية، فهي أكثر سرعة ومرونة في الاستجابة لحاجيات المتقاضين وهي تساير التطورات الاقتصادية فتعوض الدعوى التقليدية وتحافظ على مناخ سلمي[55] بين الأعوان الاقتصاديين، وتوفر إطارا تفاوضيا و رِضائيًا يتماشى مع خصوصية قانون الأعمال.

وقد نظم المشرع الوساطة الجزائية في المواد من 37مكرر إلى 37 مكرر9 من قانون الإجراءات الجزائية و جعل الجرائم المتعلقة بأموال الشركات التجارية معنية بهذا الإجراء،

وإذا كانت إجراءات الوساطة لا تطرح إشكالاً من الناحية العملية فإن مصطلح " جرائم أموال الشركة " جاء غامضاً ولا يمكن من خلاله حصر جرائم الشركات المشمولة بنظام الوساطة، في ظل غياب تعريف شامل لجرائم أموال الشركات، التي درج الفقه علي تسميتها بجرائم التعسف في استعمال أموال الشركة[56]، غير أن ما يهم في هذا المقام هو الأثر القانوني الذي رتبه المشرع علي اتفاق الوساطة و المتمثل في انقضاء الدعوي العمومية بتنفيذ اتفاق الوساطة[57]، إلي جانب إصلاح الضرر الناجم عن الجريمة بناء علي اتفاق الأطراف[58]، وهو ما يتماشى مع روح قانون الأعمال .

ثانيا - الأمر الجزائي : تعتبر الجنح البسيطة أو قليلة الخطورة من بين الجرائم التي أثقلت كاهل القضاء بالنظر إلى كثرتها وطول الإجراءات الفاصلة فيها، بل أن الفائدة المالية المرجوة من الغرامة المحكوم بها تكاد لا تغطي مصاريف الملف الجزائي، وهو ما أدى بالمشرع إلى استحداث إجراء الأمر الجزائي في مادة الجنح بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية المؤرخ في: 2015/07/23 تحت رقم 15-02 .

ويعتبر الأمر الجزائي من الطرق المختصرة للفصل في القضايا الجزائية، ومن بدائل المحاكمة التي لا تستدعي حضور الفاعل أمام قاضي الحكم.

ويعرفه بعض الفقهاء بأنه أمر قضائي يفصل في موضوع الدعوى الجزائية بدون أن تسبقه إجراءات محاكمة وفقا للقواعد العامة وترتهن قوته بعدم الاعتراض عليه خلال الميعاد الذي يحدده القانون[59].

وبغض النظر عن ماهيته وشروط تطبيقه وإجراءاته فإننا سنقتصر على ذكر ماله علاقة بجرائم الشركات التجارية وقبل ذلك لابد من الإشارة إلى الجدل الفقهي الذي ثار بخصوص مدى دستورية الأمر الجزائي، لِكونه يُحدث بعض اللبس في مدى ضمانه لقواعد المحاكمة العادلة(انعدام العلنية، انعدام الوجاهية، عدم حضور الدفاع)، وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي قانون سنة 2002 الذي أَدخل الأمر الجزائي الجنحي دُستوريا يضمن بما فيه الكفاية وجود محاكمة عادلة (قرار 29 أوت 2002)[60].

ولتطبيق الأمر الجزائي أقر المشرع مجموعة من الشروط تضمنتها المادة 380 مكرر من قانون العقوبات و بإسقاط تلك الشروط على الجرائم التي يمكن أن تُسأل عنها الشركات التجارية نجد:

1- القانون التجاري الذي تضمن عدة أحكام جزائية أهمها بالنسبة لموضوعنا الجرائم المرتكبة في إطار الشركات التجارية المنصوص عليها في المواد من 800 إلى 840 وهي عبارة عن جنح يعاقب عليها بالغرامة فقط والتي تتراوح قيمتها بين: 50.000 و 400.000 د ج وهي تلك

المنصوص عليها في المواد 801، 804، 806، 813، 816، 820، 822، 823، 827، 833 و835 من القانون التجاري .

كما يَنص في 20 مادة أُخرى على 43 جنحة يعاقب عليها بالحبس والغرامة أو بإحداهما فقط منها ثمانية (08) جرائم موادها تنص على عقوبة لا يتجاوز حدها الأقصى الستة (06) أشهر مما يجعلها ضمن إطار تطبيق إجراءات الأمر الجزائي.

2- القانون رقم04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي تكون مواده قابلة لأن تخضع لإجراءات الأمر الجزائي في حال تمت متابعة ممثل الشركة التجارية .

3- القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

إن أهم أثر للأمر الجزائي هو انقضاء الدعوى العمومي في حق الشركة التي لا يجوز متابعتها من جديد في حين اختلفت التشريعات حول مدى سريان هذه المحاكمة على الدعوى المدنية المرفوعة أمام القاضي المدني، ففي التشريع الفرنسي (المادة 495-5 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي) ليس للأمر الجزائي الفاصل في الدعوى العمومية حجية الشيء المقضي فيه إزاء الدعوى المدنية الرامية إلى تعويض الأضرار الناجمة عن المخالفة.

ثالثا- قيد الشكوى المسبقة على أعمال التسيير : في ظل تعالي الأصوات المنادية إلى إزالة التجريم عن فعل التسيير، لجأ المشرع إلى تخفيف الإجراءات المتعلقة بالجرائم الناجمة عن فعل التسيير، وذلك باستحداث قيد الشكوى الذي يحول أمام تحريك أي دعوى عمومية، وفي هذا نصت المادة 06 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية على: " لا تحرك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط عن أعمال التسيير التي تؤدي إلى سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة إلاّ بناء على شكوى مسبقة من الهيئات الاجتماعية المنصوص عليها في القانون التجاري وفي التشريع الساري المفعول"[61] و ما يلاحظ للوهلة الأولى أن هذا النص يطبق على المؤسسات العمومية الاقتصادية، دون غيرها من الأشخاص المعنوية، كالمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية أو باقي أشخاص القانون الخاص التي تتمتع بالشخصية المعنوية.

ولتحديد طبيعة المؤسسات العمومية الاقتصادية وجب الرجوع إلى الأمر رقم01-04 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها وخوصصتها[62] إذ نصت المادة 2 منه صراحة على أن المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي أخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الاجتماعي .

و يرجع السبب في تبني قيد الشكوى المسبق عن جرائم التسيير إلى الحد من المتابعات التعسفية التي كانت في غالب الأحيان تنطلق بناءا على رسائل مجهولة، وتنتهي معظمها إلى الحفظ، أو الأمر بانتفاء وجه الدعوى أو الحكم بالبراءة، لكن بعد فترة زمنية طويلة من الإجراءات وما يترتب عنه من تعطيل لمصالح الشركة ومساس بسمعتها التجارية.

الفرع الثاني: تسوية عارض الدفع في جرائم الشيك

يعد القانون التجاري إحدى أهم القوانين التي يستعملها المشرع إلى جانب القوانين الخاصة لتأطير الأنشطة الاقتصادية سيما المتعلق منها بالشركات وأنظمة الدفع، التي يمثل الشيك أقدمها وأكثرها استعمالا، ومنذ أن تم اعتماد هذا النظام أحاطه المشرع بحماية جزائية بأن جعل كل مخالفة لأحكام الشيك سيما المتعلق منها بنقص أو انعدام الرصيد محل عقاب منصوص عليه في قانون العقوبات طبقا لنص المادة 374، إلا أنه و تماشيا مع ما تعرفه التشريعات المقارنة سيما التشريع الفرنسي من تحول في هذا الموضوع عن طريق إخراج مخالفات الشيك من دائرة التجريم، سعى المشرع الجزائري إلى ابتكار حل وسط وهو نفسه الأسلوب الذي انتهجه المشرع الفرنسي كمرحلة أولية قبل إزالة تجريم جنحة الشيك وذلك بموجب قانون 30-12-1991 المتعلق بأمن الشيكات و بطاقات الدفع، ويتمثل هذا الحل الوسط في ابتكار ما يُعرف بتسوية عارض الدفع قبل تحريك الدعوى العمومية، وقد تم استحداث هذا الإجراء بموجب تعديل القانون التجاري بتاريخ 06 فيفري2005 تحت رقم 02-05 [(63)].

و ما يميز التعديل الأخير هو تكريسه لأفكار جديدة في مجال جرائم الشيك في الشق المتعلق بالمتابعة الجزائية، وهو التعديل الذي تم تدعيمه بنظام بنك الجزائر رقم 08-01 المتعلق بترتيبات الوقاية من إصدار الشيكات بدون رصيد ومكافحتها[(64)] .

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد وضع نظاما قانونيا للشيك مبعثرا بين عدة نصوص، لكن مع اختياره القانون التجاري كآلية لتجسيد فِكر جديد يسعى إلى إزالة الطابع الجزائي على جريمتي إصدار شيك بدون رصيد وناقص الرصيد[(65)]، و على اعتبار أن الشيك يكاد أن يكون الوسيلة الوحيدة للشركات في مجال معاملاتها التجارية، مما يستدعي تبيان ماهية عارض الدفع وكيفية تسويته و الآثار المترتبة على ذلك .

أولا - تعريف عارض الدفع : لم يُورد المشرع تعريفًا لعارض الدفع و يمكن بالرجوع إلى نص المادة 526 مكرر2 من القانون التجاري اعتبار عارض الدفع L' INCIDENT DE PAIEMENT حالة تحدث عندما يقوم شخص هو الساحب بإصدار شيك على المحسوب عليه (بنك، مؤسسة مالية) في حين رصيده فارغ أو ناقص فهاتين الحالتين يعتبرهما المشرع عارض دفع.

ثانيا - تسوية عارض الدفع : عرَّف المشرع التسوية في الفقرة 2 من المادة 526 مكرر 2 من القانون التجاري كما يأتي ".....يقصد بالتسوية المذكورة في الفقرة السابقة، منح إمكانية لساحب الشيك بدون رصيد لتكوين رصيد كاف ومتوفر لدى المسحوب عليه، أي البنك أو المؤسسة المالية ليودع في حسابه رصيدا كافيا لتغطية قيمة الشيك الذي أصدره...." ,و قد ضبط نظام بنك الجزائر رقم 08-01 الإجراءات اللاحقة لتسوية عارض الدفع.

ثالثا- الآثار المترتبة عن تسوية عارض الدفع : لقد رتب المشرع آثار قانونية هامة عن تسوية عارض الدفع ولعل أهمها عدم متابعة الممثل الشرعي للشركة، أي عدم تحريك الدعوى العمومية، وهو المبدأ الذي كرسه القانون التجاري في المادة 526 مكرر6، وخلال مدة تسوية عارض الدفع المقدرة بـ 30 يوما لا يجوز للنيابة تحريك الدعوى العمومية وتَصبُ هذه المدة في فائدة المستفيد من الشيك ليتحصل على مبلغ الشيك بسرعة بدلا من اللجوء إلى القضاء.

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية لإجراء تسوية عارض الدفع فقد جاء قضاء المحكمة العليا متذبذبا فاعتبرها في بداية الأمر من النظام العام يجوز الدفع بعدم مراعاتها ولَو لأول مرة أمام المحكمة العليا، حسبما ورد في القرار الصادر بتاريخ 30 أفريل 2008 تحت رقم 457708[(66)] وبالتبعية يتعين على جهة الحكم إثارته من تلقاء نفسها، إلا أنه وفي اجتهادات لاحقة تراجعت المحكمة العليا عن موقفها، وقضت برفض الدفع المثار لعدم إثارته أولا أمام قضاة الموضوع[(67)].

يتضح مما تم تِبيانه آنفا أهمية تسوية عارض الدفع الذي من شأنه، أن يتيح إزالة التجريم عن جرائم الشيك بصفة نهائية مستقبلا.

خـاتمـة

إن تعايش قواعد القانون عامة مع المعطيات الاقتصادية ومع خصوصية الشركات التجارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية يعتبر من الأمور الأكثر تعقيدا، وهو ما حتم علي المشرع عبئ إيجاد مقاربة متوازنة بين متطلبات المرحلة الاقتصادية في سبيل البحث عن النجاعة و الفعالية، مقابل الالتزام بالحفاظ على الثوابت الأصولية للقانون، فلا يمكن أن يكون تحقيق البرامج الاقتصادية وضمان فاعلية السياسة الاقتصادية و نجاعتها على حساب الحريات الاقتصادية .

صحيح أن المجال الاقتصادي يتميز بالحركية و التشعب و التعقيد و عدم الاستقرار، إلاّ أنه لا يمكن اتخاذ ذلك سببا للخروج عن مبادئ الشرعية سواء عند سن القاعدة الجزائية من طرف المشرع أو بمناسبة ممارسة سلطات الضبط المستقلة لصلاحياتها

التنظيمية، إذ يجب التفكير في وضع آليات ضابطة للقاعدة القانونية سيما في الشق المتعلق بالتفويض التشريعي تكون ذات مرجعية دستورية واضحة المعالم، حتى لا يُصبح تدخل الإدارة في المجال الاقتصادي مكسبا تلجأ إليه لردع الأعوان الاقتصاديين لدواع غير موضوعية سيما في ظل ضعف الرقابة القضائية على أعمال السلطة المتعلقة بمجال التنظيم، إذ أنه وعلى مَرِ سنوات عدة سواء في مرحلة القضاء الأُحادي أو المُزدوج لم يشهد القضاء الجزائري تدخلاً بخصوص أعمال السلطة التنفيذية في مجال التنظيم.

كما أن النقل الانتقائي للنصوص المتعلقة بسلطات الضبط المستقلة سيما في شقها المتعلق بالاختصاصات القمعية حال دون إمكانية آدائها لمهامها التي كان يُعوِل عليها المتعامل الاقتصادي لوقف التدخل المباشر وغير المباشر للإدارة في هذا المجال.

لا شك أن لفكرة الوقاية من المخالفات الاقتصادية الدور المحورِي مستقبلا بالنظر إلى صعوبة تدارك المُخَلفات الناجمة عن الجنوح الاقتصادي والتي يصعب في الكثير من الأحيان تداركها أو حتى التعويض عنها سيما متى تعلق الأمر بالأشخاص المعنوية كالشركات التي يُشهر إفلاسها أو تتوقف عن الدفع، على أن يُراعي في سن هذه التدابير أهم المبادئ الدستورية والقانونية حتى لا تكون هي الأخرى عائقاً أمام حرية التجارية والصناعة.

في الأخير فإن كثرة الهيئات الإدارية المستقلة في مجالات الضبط الاقتصادي يستدعي وضع تقنين لهذا الضبط يكون الهدف منه توحيد وتقوية أهم مبادئ الشفافية في الإجراءات ومبادئ الشرعية في التجريم والعقاب بما يضمن أمناً قانونياً للشركات التجارية .

الهوامش:

(1) المادة 43 من دستور 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96- 438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، المتضمن نشر التعديل الدستوري، ج.ر عدد 76 صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.

(2) أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 101 صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

(3) قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 71 صادر بتاريخ 10نوفمبر 2004 .

(4) إيهاب الروسان ،"خصائص الجريمة الاقتصادية، دراسة في المفهوم والأركان"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، العدد 02، 2012، ص 73.

(5) - Mireille DELMAS - MARTY ،Droit pénale des affaires ،2ème édition ،Paris ،1981 ،P17.

(6) فاطمة آيت الغازي، " المخالفات الجمركية في إطار الشركات التجارية "، مجلة الفقه والقانون، العدد الرابع، فيفري 2013، ص 106.

(7) عبد الحفيظ بلقاضي، "ا لتدخل الجنائي ،بين التقييد بالحد الأدنى والمد التوسعي الشامل: القانون الجنائي المعاصر والتغيير في النموذج الإرشادي "، مجلة القصر، العدد10، جانفي 2005، ص 31.

(8) قانون رقم 79-07 مؤرخ في 21جويلية 1979، يتضمن قانون الجمارك، ج.ر عدد 30 صادر بتاريخ 24جويلية 1979، معدل ومتمم .

(9) أمر رقم 96-22 مؤرخ في 09 جويلية 1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من والى الخارج، ج.ر عدد 43 صادر بتاريخ 10جويلية 1996 معدل ومتمم .

(10) قرار المحكمة العليا في قضية سوسيتي جنرال ضد ممثل بنك الجزائر والنيابة العامة، قرار رقم 613327 مؤرخ في 28 أفريل 2011، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 ،2011، ص 304 .

(11) نظام بنك الجزائر رقم 91- 12 مؤرخ في 14أوت 1991، يتعلق بتوطين الواردات، ج.ر عدد 28 صادر بتاريخ 15 أفريل 1992 (**مُلغي**) .

(12) نظام بنك الجزائر رقم 07- 01 مؤرخ في 03 فيفري 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر عدد 31 صادر بتاريخ 13 ماي 2007، معدل ومتمم .

(13) قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 28 أفريل 2011 تحت رقم: 613327، مرجع سابق، ص 305 .

(14) JEAN DIDIER WILFRID ،principe de la légalité criminelle ،juris .c.pénal ،1998 ،Fasic ،P10 .

(15) محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الأحكام العامة والإجراءات، الجزء الأول، دار مطابع الشعب، الطبعة الأولى 1979، ص 25 .

(16) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 28 أفريل 2011 تحت رقم: 613327، مرجع سابق، ص 305 .

(17) عبد المجيد زعلاني، "مبادئ دستورية في القانون الجنائي"، محاضرة ألقيت في ندوة "الحريات العامة و التطور السياسي في الجزائر" المنظمة من طرف وسيط الجمهورية بوهران أيام 29و30 نوفمبر 1997، غير منشورة، ص 11.

(18) إيهاب الروسان، مرجع سابق، ص 87 .

(19) أنظر المادة 58 من القانون رقم 04- 02 مؤرخ في 23 جوان سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 صادر بتاريخ 27 جوان سنة 2004 معدل ومتمم .

(20) أنظر المادة 31 من القانون رقم: 09-03 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر عدد 15 صادر بتاريخ 08 مارس سنة 2009 .

(21) أنظر المادة 18 مكرر و18 مكرر 1 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49 صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل و متمم .

(22) عبد المجيد زعلاني، "المكانة المعترف بها في الجزائر لفكرة الوقاية من الإجرام في التشريع الجزائي المعاصر"، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، عدد تجريبي، سنة 2015، ص 15 .

(23) محمد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن،دار هومه، 2013 ،ص 185.

(24) قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 28 أفريل 2011 تحت رقم: 613327، مرجع سابق، ص 298 .

(25) أنظر عرض وتحليل في الإشكال : أحسن بوسقيعة، "المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي تعليق على القرار رقم: 613327 الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات القسم الثالث "، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2012، ص ص 16- 28 .

(26) عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 15.

(27) عبد الحفيظ بلقاضي، مرجع سابق، ص 15 .

(28) عبد المجيد زعلاني، " المكانة المعترف بها في الجزائر لفكرة الوقاية من الإجرام في التشريع الجزائي المعاصر"، مرجع سابق، ص 38 .

(29) محمد سيف النصر عبد المنعم، بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة مجموعة رسائل دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، دون ذكر دار النشر و سنة النشر، ص 228 .

(30) فتوح عبد الله الشاذلي ،" التحول عن المجال الجنائي في جرائم قانون الأعمال في ظل الأنظمة السعودية "، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول 2010، ص14.

(31) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص14 .

(32) سعداوي محمد صغير ،العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية المعاصرة، دار الخلدونية، ص 56 .

(33) محمد سيف النصر عبد المنعم، مرجع سابق، ص 232 .

(34) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 21 .

(35) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص22 .

(36) قانون رقم 15-02 مؤرخ 23 جويلية 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر عدد 40 صادر بتاريخ 23 جويلية 2015 .

(37) رنا العطور، " السلطات العقابية للهيئات الإدارية المستقلة ودورها في اتساع دائرة التجريم "، مجلة المنارة، المجلد 16، العدد02، سنة 2016، ص 41 .

(38) خلفي عبد الرحمان، " ظاهرة الحد من العقاب (التحول عن العقاب الجنائي إلى العقاب الإداري)"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 609 .

(39) عيساوي عز الدين، "حول العلاقة بين هيئات الضبط المستقلة والقضاء، بين التنافس والتكامل "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 07، العدد 01، سنة 2013، ص 239 .

(40) أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 صادر بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم .

(41) قانون رقم 89-12 مؤرخ في 05 جويلية 1989، يتعلق بالأسعار، ج.ر عدد 29 صادر بتاريخ 19 جويلية 1989 **(مُلغى)** .

(42) أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 09، صادر بتاريخ 22 فيفري 1995 **(مُلغى).**

(43) أنظر المادة 30 و ما بعدها من المرسوم تشريعي رقم 93-10 مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة ج.ر عدد 34 صادر بتاريخ 23 ماي 1993، معدل ومتمم.

(44) أنظر المادة 108 و ما بعدها من الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 52 صادر بتاريخ 27 أوت 2003، معدل ومتمم .

(45) R-SALAMON ،" Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales" ،RDBF ،N:01 ،2001 ،p41.

(46) رنا العطور، مرجع سابق، ص 44 .

(47) ZOUAIMIA Rachid ،" Les garanties du procés équitable devant les autorités administratives indépendantes ،revue académique de la recherche juridique" ،volume 07 ،N:01 ،2013 ،P05 .

(48) رنا العطور، مرجع سابق، ص59

(49) أنظر المادة من 104 القانون رقم 14- 04 مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج.ر عدد 16 صادر بتاريخ 23 مارس 2014 .

(50) أنظر المواد 204، 204 مكرر2 و 204 مكرر3 من الأمر رقم 95- 07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد13 صادر بتاريخ 08 مارس 1995، معدل و متمم .

(51) فارح عائشة، " خصوصية ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، سنة 2016، ص 296 .

(52) أنظر الفقرة الثانية من المادة 241 من الأمر رقم 95- 07 المتعلق بالتأمينات، مرجع سابق .

(53) فنيش كمال، "الوساطة"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الجزء 02، 009، ص 574 .

(54) تعريف ذكر بمقال : يقاش فراس، " الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد "، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012، ص70 .

(55) عامر بورورو، " الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي "، مجلة المحكمة العليا ,عدد خاص ،الجزء 01، 2009، ص 321 .

(56) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم الاقتصادية و بعض الجرائم الخاصة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ,دار هومه ,2006، ص 116 .

(57) المادة 06 من الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر عدد 48، صادر بتاريخ 10 جوان 1966، معدل و متمم .

(58) المادة 37 مكرر4 من قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق .

(59) تعريف ورد ضمن مقال : أرزقي سي حاج محند، " تطوير الأمر الجزائي في القانون الجزائري كحتمية يبررها تزايد الإجرام البسيط "، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، العدد التجريبي، 2015، ص 128 .

(60) قرار أشير إليه ضمن مقال : أرزقي سي حاج محند، مرجع سابق، ص134 .

(61) استعمل المشرع الجزائري هذا الأسلوب بالنسبة لجرائم التهرب الضريبي، أين علق تحريك الدعوى العمومية على قيد شكوى المدير الولائي للضرائب، أنظر المادة 305 من قانون الضرائب المباشرة، المادة 534 من قانون الضرائب غير المباشرة، المادة 119 من قانون الرسم على رقم الأعمال، المادة 34-2 من قانون الطابع والمادة 19 – 2 من قانون التسجيل .

(62) أمر رقم 01-14 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها، ج.ر عدد47 صادر بتاريخ 12 أوت 2001، معدل ومتمم .

(63) قانون رقم 05- 02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 11 صادر بتاريخ 09 فيفري 2005 .

(64) نظام رقم: 08-01 مؤرخ في: 20 جانفي 2008 يتعلق بترتيبات الوقاية من إصدار الشيكات بدون رصيد ومكافحتها، ج.ر عدد33 صادر بتاريخ 22 جوان 2008 معدل ومتمم .

(65) حسان نادية، " تأثير تعديل القانون التجاري لسنة 2005 على جريمتي إصدار شيك بدون رصيد أو ناقص الرصيد "، مجلة المحكمة العليا العدد01، 2009، ص 50 .

(66) أحسن بوسقيعة، " الجديد في اجتهاد المحكمة العليا بخصوص جنحة إصدار شيك بدون رصيد، تعليق على القرار رقم 552400 الصادر عن المحكمة العليا "، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2012، ص 104 .

(67) قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات مؤرخ في: 2012/02/23 ملف رقم: 603319 مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013، ص 386 .

المسؤولية الإدارية دون خطأ للمرفق العام: المستشفى العمومي نموذجًا*

باعة سعاد، طالبة دكتوراه،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

BAA Souad, Doctorante,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تمّ تكريس المسؤولية الإدارية للمرافق العمومية لأجل ضمان حق مستعملي خدماتها في التعويض عن مختلف الأضرار التي قد تلحق بهم، والمستشفى العمومي أحد هذه المرافق الذي طبق عليه هذا النظام، الذي كان في بادئ الأمر على أساس الخطأ إلاّ أنّه ونظرًا لعدة أسباب أبرزها التطور التكنولوجي استوجب ضرورة البحث عن أساس آخر، ليتم تطبيقه في نهاية المطاف حتى بدون خطأ عن أضرار استعمال أساليب علاجية خطرة أو جديدة وحتى عند استعمال مناهج حرّة في العلاج والمعروفة لدى مستشفيات الأمراض العقلية.

الكلمات المفتاحية:

المسؤولية الإدارية، المستشفى العمومي، المرافق العمومية، التعويض، الخطأ، بدون خطأ، مستشفيات الأمراض العقلية.

The responsibility without fault in public service: the public hospital model

Abstract:

The administrative responsibility for public services was admitted to guarantee to users thereof the right to compensation for damages resulting from their activities. Among its services, it is retained in the public hospital. Initially, the responsibility of the latter arises only for misconduct. However, several reason , including that related to technological progress , have need for another faceoff basis of liability of such an establishment , namely that of no-fault liability for the use of healing techniques dangerous and free methods known in the treatment in psychiatric hospitals.

Keywords:

The administrative responsibility, the public hospital, public services, to compensation, fault, no-fault, psychiatric hospitals.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/03/02 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/01/23 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

La responsabilité administrative sans faute du service public: le cas l'hôpital public

Résumé :

La responsabilité administrative des services publics a été admise en vue de garantir aux usagers le droit à la réparation des dommages résultant de leurs activités. Parmi ces services, on retient celui de l'hôpital public. Initialement, la responsabilité de ce dernier n'est engagée que pour faute. Cependant, plusieurs raisons, notamment celle liée au progrès technologique, ont nécessité de recourir à un autre fondement de mise en jeu de la responsabilité d'un tel établissement, à savoir celui de la responsabilité sans faute du fait de l'utilisation de techniques curatives dangereuses et de méthodes libres connues dans le traitement au sein des hôpitaux psychiatriques.

Mots clés :

La responsabilité administrative, l'hôpital public, services publics, la réparation, faute, sans faute, hôpitaux psychiatriques.

مقدمة

تُعدّ الصّحة أكثر مجالات تدخل الدولة من خلال إنشاء مرافق استشفائية عمومية من بينها المستشفى العمومي المصنف ضمن المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، يوضع تحت وصاية الوالي كما هو منصوص عليه في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 07-140[1] والنصوص الأخرى المنظمة له. فهو يتميز عن باقي المؤسسات بتلك المهام الحسّاسة الصّعبة والمعقّدة المتميز بها نتيجة ارتباطها بجسم وسلامة الإنسان.

ويتوفّر المستشفى العمومي على موارد بشريّة ومادية معدة خصيصا لمساعدتهم على تحقيق الالتزامات الموكّلة له، وتهدف في مجملها إلى ضمان استمرارية الخدمة والسلامة البدنية للشخص المريض[2] بناءً على مبدأ المساواة بين مستعملي هذا المرفق المكرّس والمؤكّد عليه دستوريًا[3] غيّر أنّه في إطار تنفيذ هذه الالتزامات من طرف الموظفين كثيرًا ما تلحق أضرارًا بمستعمليه، فجبرًا لها وحمايةً لحقوق هؤلاء المتضررين تمّ تبنّي نظام المسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي.

والتي تقوم أساسا على الخطأ إذ بمجرد وقوعه واحداث الضّرر تقوم مسؤولية هذا المرفق، غير أنّه ونظرا للتطورات التي عرفتها البشرية في كلِّ الميادين فقد أصبحت الأضرار التي تصاحب استعمال خدمات المرافق العمومية أكثر توسّعًا وصعوبة إثبات قيام أخطاء مرتبطة بها على الشخص المتضّرر، مما استدعى ضرورة الأخذ بنظام المسؤولية الإدارية بدون خطأ .

غير أنّه تطبيق هذا النظام على المستشفيات العمومية قد عرف تأخرا نسبة إلى تاريخ ظهوره أينتم تكريسه أول مرة في بداية القرن العشرين وذلك لأجل حماية لحقوق المتضررين ونشوء أضرار يصعب نسبتها إلى أيّ خطأ، وغير أنّ الإشكال الذي يتبادر إلى أذهاننا في هذا الإطار يتمحور حول مدى تكريس نظام المسؤولية الإدارية دون خطأ على المستشفى العمومي؟

أوّلا: الإقرار بالمسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي دون خطأ

تتحمّل الإدارة تابعات أعمالها وتصرفات موظفيها عند ممارسة مهامهم على أساس الخطأ عندما تكون غير مشروعة وضارة بمستعملي المستشفى العمومي ومن جانب آخر قد يتضررون عن أعماله حتى ولو كانت مشروعة، فجبرًا لهذه الأضرار وحماية لمصالحهم تمّ تبنّي نظرية المسؤولية الإدارية بدون خطأ للمستشفى العمومي والتي لا تتأتى إلا بتحقق الشروط معيّنة.

1. تطور نظام المسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي دون خطأ

ظلّ العمل بمبدأ المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ لأجل تعويض الشخص المضرور من طرف الفقه والقضاء الإداريين المجرى الوحيد. غير أنّه ونظرًا للتطور الذي عرفته الإدارة في الأنشطة التي تمارسها والوسائل المستعملة، والتي قد تسبب أضرارًا بمستعملها دون أن تصنف ضمن الأعمال غير مشروعة أو تُمثّل صورة من صور الخطأ التي تستلزم ضرورة البحث على أساس آخر لأجل ضمان مصلحة المتضرر، فكان تقرير نظام المسؤولية دون خطأ الحل المتوصل والمعترف به كنظرية استثنائية ومكمّلة لتلك القائمة على الخطأ وذلك عندما يتبين للقاضي عدم كفاية الأساس الأصلي (المسؤولية على أساس الخطأ [4]، وتعتبر المسؤولية عن أضرار الأشغال العمومية أول إقرارٍ لمسؤولية المرافق العامة دون خطأ من طرف القضاء الإداري الفرنسي[5].

وقد تعدّدت التعاريف المقدّمة لنظام المسؤولية بدون خطأ من خلال كونه نظام يقوم عندما ينفصل الخطأ عن عمل المرفق والمسبب للضّرر المستوجب التعويض، أو المسؤولية التي تقوم عندما ينتفي الخطأ عن العمل الضّار، ويستند إلى مجموعة من المبادئ نذكر منها المخاطر والإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، ومن ثمّ تمكّين المضرور من الحصول على التعويض على أساسه دون أن يتحمل عبء إثبات خطأ، وما يميّز هذا النوع من المسؤولية أنّها تبقى ذات تطبيق استثنائي للقاعدة العامة فهي أساس تكميلي لنظام المسؤولية على أساس الخطأ الذي يمثل القاعدة العامة والأصل لقيام المسؤولية الإدارية لأيّ مرفق عام، فيكفي من خلاله إثبات العلاقة السببية بين الضّرر وعمل الإدارة للحصول على تعويض.

أمّا في اطار المستشفيات العمومية فكان إستصدار محكمة ليون الفرنسية لقرار Gomez في 21 ديسمبر 1990[6] منعرجًا هامًا في القانون والقضاء الإداريين من حيث الأخذ بمسؤولية المستشفى دون خطأ إثر استعمال طريقة جديدة للعلاج [7]، ثمّ يليه إصدار مجلس الدولة الفرنسي قرار Bianchi المؤرخ في 09 أفريل 1993 الذي يعتبر خطوة حاسمة في هذا المجال وقد جاء في إحدى حيثياته أنّه : « عندما يشكل عملاً طبيًا ضروريًا للتشخيص

أو لعلاج المريض خطرًا لم يعرف وجوده، غير أن إمكانية حدوثه تبقى استثنائية، فإنّ مسؤولية المرفق الطبي العام تقوم إذا كان تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر للأضرار ولا علاقة لها بحالة المريض السابقة ولا بالتطور المتوقع لهذه الحالة، وتتصف بدرجة قصوى من الجسامة »[8].

أمّا بالنسبة المشرع الجزائري فقد أخذ بنظام المسؤولية على أساس المخاطر بموجب المادة 140 مكرر1 من الأمر المتضمن القانون المدني[9] من خلال تكفّل الدولة بالتعويض الأضرار، أم بالنسبة للقضاء فلم يعرف تجسيد هذه المادة تجسيدًا واضحًا سواء فيما يتعلق بالقواعد العامة ولا المجال الطبي أين لم تعرف هذه المسؤولية تطبيقًا واسعًا من طرف القضاء الجزائري رغم كثرة الأضرار التي تصيب مستعملي المستشفى العمومي دون أن يَرِد أي خطأ منه[10]، من جانب آخر نجد اعتراف المشرع بوجود مخاطر مهنية وتأسيس تعويض شهري لمستخدمي مرافق الصحة العمومية[11]ضمن أحكام المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 03-52[12] التي جاءت كما يلي: « يؤسس تعويض شهري على خطر العدوى لفائدة المستخدمين التابعين لهياكل الصحة العمومية الذين يمارسون بصفة دائمة أنشطة تعرض إلى خطر العدوى». كما نجد مسؤولية المستشفى اتجاه الجنين والزوج في حالة إصابة الأم أو الزوج نتيجة مخاطر الالتزامات المهنية كونه قد ينقل مرض معدي إليهم[13].

كما أقرت في هذا الإطار محكمة باريس الإدارية بمسؤولية المستشفى على المخاطر الاستثنائية من خلال القرار الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1965 عند فصلها في قضية امرأة كانت تعمل بإحدى مستشفيات باريس والتي تمّ تحويلها إلى قسم الأمراض المعدية أين أصيبت بالعدوى وهي حامل ليصاب الجنين بعاهة مستديمة خطيرة إذ أصبح أصمًا وأعمى[14].

2. أسباب إقرار المسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي دون خطأ

أدت أسباب عديدة بالقضاء الإداري إلى الأخذ بنظام المسؤولية الإدارية دون خطأ للمستشفيات العمومية من بينها نذكر مايلي:

– التطور العلمي والتكنولوجي الذي صاحبته تزايد المخاطر في المجال الطبي، فعندما يقوم المستشفى بنشاطه قد يحمل في طياته مخاطر تسبّب أضرارًا لمستعملي كالأشياء الخطرة والمخاطر المهنية ومن ثم تحميله مسؤولية الأضرار حتى دون الخطأ [15].

– تكريس مبدأ إلتزام المستشفى بسلامة المريض كونه طرفًا ضعيفًا، فعلى عاتقه العناية به وحمايته من الأخطار التي قد تضرّه سواءً من خلال الأغذية أو الأدوية المقدّمة له أو الأجهزة المستعملة وطريقة علاجه.

– تحقيقًا لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، فباعتبار المستشفى يُنشأ لخدمة جميع المواطنين المساهمين في نفقاته وتكاليفه ليس من العدّل أن يتحمّل بعضهم الأضرار الناتجة عن نشاطه وحرمانهم من التعويض، وإلاّ يعتبرون قد أدّوا منافع لغيرهم تفوق نصيبهم في تكلفتها وبالتالي ترجيح كفة الميزان لصالح البعض على حساب البعض الأخر[16].

– كما لا تقوم مسؤولية المستشفى العمومي عن الأضرار الناتجة عن إهمال أجهزتها وأخطاءها فقط بل تتعدى إلى أضرار التصرفات التي تُحمل الفرد عبئًا استثنائيا نسبة للعبء الذي يتحمله المجتمع، فليس من العدل أن يتحمل بعضهم فقط تابعات النتائج الضّارة لهذا النشاط ومن ثمّ حرمان المتضررين من التعويض عن الضرر اللاحق بهم.

ويبقى تطبيقه معلقا على قيام مجموعة من الشروط والمتمثلة فيما يلي:

– ضرورية العمل الطبي المسبّب للضرر للتشخيص والعلاج وإلاّ أُعتبر خطأ في حدّ ذاته كونه مجازفةٌ أو مخاطرة بحياة المريض[17].

– انعدام أي صلة للمريض بالضّرر الحاصل له، حيث يكون حالة جديدة تضاف لحالة المريض السابقة [18]، وأن لا يعتبر الضرر تطورًا لحالة سابقة أو نتيجة إصابته بالحساسية،أو لاستعدداته المرضية.

– الخطورة الاستثنائية للعمل الطبي فيكون غير مألوف وفقًا للتطور العادي لحالة مريض مماثلة له، كما لا تتحقق المسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي عامةً دون وجود الضرر وإن كرست دون خطأ [19] فليس من العدل أن تمنح صفة مشرعية نشاط المستشفى للضرر ليصبح بدوره أمرًا مشروعًا يعفي الإدارة من المسؤولية.

أما بالنسبة للضرر فيشترط فيه أن يكون خاصًا، حيث يصيب فردًا معينًا بذاته أو مجموعة من الأفراد يمكن تحديدهم وإلاّ اعتبر عبئًا عامًا يتحمله المجتمع دون تعويض، كما يجب أن يكون أكيدًا واستثنائيًا فالأكيد هو أن يكون محقق الوقوع أي وقع فعلاً أو سيقع حتمًا كتفويت فرصة، أمّا استثنائيًّا فذلك من حيث الجسامة التي بلغها هذا الضرر أذ يبلغ درجة من الخطورة لا يستطيع المريض تحمّله[20]، فبالتالي ترك الأضرار الجسيمة دون تعويض تذرعًا بغياب الخطأ أو عدم إمكانية أو استحالة إثباته من أقوى أسباب الأخذ بنظام المسؤولية دون خطأ لهذا المرفق، خاصةً وأنّ ذلك يعتبر من بين أشكال الإخلال بالمساواة أمام التكاليف والأعباء العامة [21]إذ ليس من العدل ترك من أصيب بشلل أو بتر أحد أعضائه أو أصابته بأحد الأمراض المزمنة الأخرى جراء عمل المستشفى دون تعويض.

كما يجب لقيام هذا النظام على المستشفى العمومي وجود رابطة السببية بين الضرر وعمل الإدارة المشروع [22] فعدم ثبوتها يؤدي إلى إعفاءه من المسؤولية.

بالتالي وجود أسباب وذرائع مسقطة لصفة الخطأ عن عمل المستشفى لا يعني انتفاء الضرر وإعفاءه من مسؤولية، وأنّه لا تكفي فكرة الصالح العام كسبب مشروع منطقي وأخلاقي لتُنتهك على أساسه حقوق المتضررين في التعويض فوقوع الضّرر المرتبط بعمل المستشفى يكفي للتصريح بمسؤوليته الإدارية ومن ثمّ ضرورة إصلاحه[23].

ثانيا: مظاهر تكريس المسؤولية الإدارية دون خطأ للمستشفى العمومي

تقوم المسؤولية الإدارية دون خطأ للمستشفى العمومي كنظام استثنائي في حالات عديدة والمتعلقة بنشاطات المستشفى، لاسيما تلك المتعلقة بمخاطر الصحة العامة فنذكر منها مايلي:

1. المسؤولية القائمة عن الأوضاع الخَطِرة

تسهر الدولة على حماية الحق في الصّحة منتهجة في ذلك أساليب كثيرة كالتلقيح الإجباري والذي يعتبر من النشاطات الطبية الممارسة داخل مؤسسات الصحة العمومية لأجل المحافظة على الصحة العامة والوقاية من الأمراض المعدّية والعفنة كالجدري، الدفاتيريا، الطيطانوس، السل وشلل الأطفال.

وقد عرّفه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 55 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[24] بكونه التزام قانوني فرضته الدولة على الأفراد بوصفه ضبط إداري[25]، ولا يملك الأفراد حرية إختيار القيام أو عدم القيام به كما نظّم هذه الإلزامية كذلك عن طريق النصوص القانونية المتضمنة أنواع التلقيح الإجباري[26].

ولإقرار مسؤولية الإدارة عن أضرار التطعيم الإجباري كان مجلس الدولة الفرنسي يشترط وقوع الخطأ، فالخطأ المفترض يكون بوقوع الضرر الجسيم غير المألوف فهذا الأخير يعتبر قرينة على وجود الخطأ [27]. وبصدور قرار Dejous لسنة 1958 تمّ إفتراض مسؤولية الدولة دون خطأ [28] ثم تم التراجع عن هذا الموقف بصدور قانون الصحة المؤرّخ في 01 جويلية 1964 في المادة 03 منه أين أقرّت المسؤولية تلقائيًا بمجرد حدوث ضرر عن التلقيح حتى وإن لم يقع أي خطأ من الموظف القاتم بالعملية[29].

غير أنّه يشترط لتقرير المسؤولية بدون خطأ عن التلقيح الجبري إضافة إلى تلك الشروط المحدّدة في نظام المسؤولية دون خطأ عامة تحقق ما يلي:

– أن يكون الضرر ناتج حقًا عن التطعيم الذي تمّ إجراؤه بثبوت رابطة السببية[30] ، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري إثر فصله في قضية طلب التعويض عن الضرر الذي أصاب الطفل "صابي " نتيجة تلقيحه عند الولادة بمصلٍ[31].

– أن يتمّ التلقيح في إحدى المراكز التابعة للدولة مهما كان محل إجراءه سواء كان في مرفق طبي عام أو في عيادةٍ خاصة وحتى في منزل المضرور [32]. وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في

قانون الصحة لسنة 1985 عند تعديله الفقرة الأولى من المادة 10 أين حمّل الدولة وحدها مسؤولة التعويض عن الضرر بغضِّ النظر عن مكان وقوع الفعل[33].

فيشكل التلقيح عبئًا مفروضًا على المواطنين لأجل تحقيق المصلحة العامة، بالتالي على عاتق الدولة تحمّل التبعات ومن الخزينة العامة، فقيام المسؤولية بدون خطأ على أساس المساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء العامة[34]. وهو ما أكّده مجلس الدولة الجزائري في القرار القاضي بمسؤولية المستشفى على التعويض كون الضرر اللاحق كان جراء التلقيح العفِن [35].

أمّا بالنسبة لعملية نقل الدم، فقد تمّ تنظيّمها من طرف المشرع الفرنسي لأول مرة بصدور قانون 52-854 في 21 جويلية 1952 الذي أطلق عليها اسم الاستعمال العلاجي للدّم البشري[36] تفاديًا للنقل العشوائي له وحفاظًا على صحة وسلامة المرضى يستبدال بقانون 04 جانفي1993 نتيجة عجزه عن تحقيق أهدافه خاصة بانتشار الأمراض المعدّية [37] والذي ركز على وضع تنظيم قانوني جديد لهياكل نقل الدّم، وإنشاء آليات لمراقبة عمليات تصنيع مشتقات الدّم ومركباته.

أمّا الجزائر فقد ظلّت بعد الاستقلال تعمل بالقانون الفرنسي - ماعدا ما يتعارض ومبدأ السيادة – في تنظيم عملية نقل الدّم إلى غاية صدور الأمر المنظّم لهذه العملية سنة 1968 والذي يعتبر أول قانون جزائري صدر في هذا الشأن[38]، إذ أعطى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لعملية نقل الدّم سواء من حيث تنظيمها أو مراقبتها، فضمنه فصلاً كاملاً من القانون المتعلق بالصحة العامة (قانون 85- 05) كما أسند هذه العملية لهيئة وطنية عمومية ذات صبغة إدارية، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يطلق عليها إسم " الوكالة الوطنية للدّم "[39].

غير أنّه في كثير من الحالات قد يتمّ التّبرع بالدّم والاستفادة منه داخل المستشفيات العمومية المرخّص لها قانونًا القيام بذلك هذه العملية المُتسمة بالمخاطر أثناء توريد منتجات الدّم لكلّ من المتبرع والمستفيد، ولأجل التعويض عن النتائج الضّارة التي قد تسبب فيها رداءة نوعية المنتجات المُورّدة تمّ الأخذ بمسؤولية المستشفيات دون خطأ خاصة وأنّه يلزم على المستشفى نقل دّم سليم والحفاظ عليه والذي يعتبر التزام بتحقق النتيجة.

فيتحمل المستشفى إذًا مسؤولية انتقال العدّوى بين المرضى أثناء تواجدهم داخل المستشفى على أساس المخاطر كوّنه ملزم بحمايتهم والحفاظ على سلامتهم خاصة عند نقل الدّم إليهم أو أخذه منهم[40]، وفي هذا السياق نجد محكمة ديجون Djion بتاريخ 20 ماي 1964 قد قضت بمسؤولية المستشفى بدون خطأ عن كلّ ضرر يقع للمُتَبرِع أو المتبرَع له عند نقل الدّم حتى ولو لم يُثْبت أيّ خطأ من جانبه[41].

كما نجد قرار ورثة Jouan, pavan,N'Gujen الصادر بتاريخ 26 مايو 1995 والمتعلق بقضية الإصابة بفروس فقد المناعة المكتسبة (الإيدز) على إثر نقل دم مُلوث بهذا الفيروس وقد انتهى مجلس الدولة آنذاك إلى القضاء بمسؤوليته بدون خطأ بالتالي التعويض وفقًا لنظرية المخاطر[42]. ومن جانب آخر نجد من الأمراض الخطيرة التي قد تتولد عن سوء نقل الدّم فيروس السيدا الذي يهدّد المجتمع بأسره[43].

أما مجلس الدولة الجزائري فقد أقرّ في هذا الإطار ضمن قرار صادر عنه بمسؤولية مستشفى عمومي عن الأضرار اللاحقة عند نقل الدّم، ولكن على أساس الخطأ والذي جاء فيه: "...أن سبب وفاة زوجة المستأنف عليه وأم أولاده القصر، يعود إلى الخطأ المرفقي المتمثل في حقن الهالكة بدّمٍ فاسد عندما كانت متواجدة بالمستشفى المستأنف، وهو ما وافق عليه قرار الدرجة الأولى القاضي بمسؤولية المستشفى في تعويض المستأنف عليه ومن معه "[44].

2. المسؤولية عن استعمال المناهج الحرّة

يدخل في هذا الإطار ما يحدث داخل المستشفيات المتخصصة بالأمراض العقلية، بما فيها المؤسسات الاستشفائية المتخصصة في الأمراض العقلية ومصالح الأمراض العقلية إضافة إلى مصالح استعجالات الأمراض العقلية في المستشفيات العامة ووحدة الشبكة الصحية القاعدية.

إذ يتميز مستشفى الأمراض العقلية عن باقي المستشفيات بالمرضى الذين يتكفل بهم وكذا العلاج المقدم لهم، فقد يحتاجون للخروج لأجل النزهة أو التجربة لأجل الاستشفاء بالوسط المفتوح[45]- عدا المرضى الخاضعين لنظام الاستشفاء الإجباري ونظام الوضع رهن الملاحظة - فإعادة إدماج المصابين بالأمراض العقلية بالوسط العائلي أو العملي كوسيلة للعلاج قد يشكل خطرًا غير عادي على الغير، فتقوم مسؤولية هذه المستشفيات بدون خطأ على أساس المخاطر عن كلّ الأضرار الخطيرة وغير العادية التي قد تعترضهم[46].

أمّا في حالة ما إذا أصاب المريض نفسه أو غيره بالضرر وهو داخل المستشفى، فسوف تقوم المسؤولية على أساس الخطأ عن تنظيم وتسيير المرفق من خلال عدم حراسة شخص كان يحتاج إلى مراقبة مستمرة[47].

كما يلتزم مستشفى الأمراض العقلية كذلك بتعويض الغير المتضرر جراء الأذى الذي ألحق به من طرف المريض عند هروبه من المستشفى، وقد أُصدر في هذا الاطار قرار عن مجلس الدولة الفرنسي في 24 جوان 1924 عند فصله في قضية "Lupiac " "التي تعود وقائعها إلى هروب أحد المرضى من مستشفى الأمراض العقلية، وتسببه بأضرار لصاحب أحد المقاهي والذي قضى له بالتعويض وإقامة مسؤولية المرفق على أساس المخاطر"[48].

3. المسؤولية عن استعمال أساليب علاجية جديدة

قد تقوم المستشفيات العمومية في سبيل الوصول إلى أهدافه باتّباع أسلوب علاجيّ جديد ينتج عنه مخاطر بالنسبة للمريض الخاضع له، فتكون غير المعروفة تمامًا والمضاعفات استثنائية وجسيمة بصورة غير عادية أين تقام مسؤوليتها حتى بغياب الخطأ من جانبها وهو ما أخذت به محكمة الاستئناف الإدارية بليون في 21 ديسمبر 1990 عند الفصل في قضية " Gomez"[49].

غير أنّه لقيام المسؤولية الإدارية لهذا المرفق على هذا الأساس عن هذه الأساليب لا يكون إلاّ بقيام مجموعة من المبادئ وهي كما يلي:

– أن يتم العلاج بأسلوب جديد لم يتم الاعتماد عليه من قبل، فتكون وسيلة مجهولة المخاطر.

– استعمال ذلك الأسلوب العلاجي ضروري للمحافظة على حياة المريض.

– أن تترتب عن ذلك الأسلوب العلاجي آثار مباشرة استثنائية وجسيمة.

ولأجل تطبيق هذه الأساليب علاجية على المرضى يقومون بتوقيع إقرارات تتضمن علمهم بإجراء أسلوب علاجي جديد غير معلوم النتائج بالتالي التنازل عن حقهم في التعويض إذا ما أصابهم بضرر، غير أنّ هذه الإقرارات ليس لها أيّ قيمة قانونية ما دامت مسؤولية الإدارة بدون خطأ من النظام العام فلا يمكن الأخذ بالتنازل المسبق للمريض عن حقه في التعويض.

كما قد يقوم المستشفى بعمل طبي ضروري المعروف بنتائجه الضّارة النادرة الوقوع، في هذه الحالة كذلك تقوم مسؤوليته دون خطأ، الرأي الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر حين فصله في قضية بيانشي "Bianchi ".

إضافة إلى هذه الحالات قد يصاب المرضى بأضرار عن الآلات والأدوات المستعملة من طرف الأطباء داخل المرافق نتيجة عطل أو عيب فيها، فتقام مسؤولية المستشفى عن العتاد المستعمل الذي يحمل في طياته مخاطر على مستعمليه إذ يقع على موظفيه عبء السهر والحرص على سلامتها عند استخدامها وأن لا تلحق أضرار بالمرضى وإلاّ تحميل مسؤولية المرفق على أساس المخاطر[50].

انطلاقًا مما سبق نجد أنّه لا يمكن إعمال نظام المسؤولية بدون خطأ على المستشفى العمومي عن أعمال الفحص والتشخيص والعلاج إلاّ بتوفر الشروط التالية:

– أن يكون العمل الطبي ضروريًا.

– إلزامية الحصول على رضا المريض باستثناء حالة الاستعجال.

– أن يكون للطريقة العلاجية مخاطر متوقعة نادرة الحدوث.
– أن لا يكون لحالة المريض علاقة بالخطر الناتج.
– أن يكون ذات الضرر جسيمًا، وقيام الرابطة السببية بين الضرر الواقع والخطر الطبي.

خاتمة

يتم متابعة المرفق العام عن الأضرار التي قد تلحق بمستعمل خدماته عوضًا عن الموظف المسبب لها مراعاة لمصلحة هذا الأخير بناء على قواعد المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ والمستشفى العمومي أحد هذه المرافق، غير أنّه ولأسباب كثيرة أبرزها مختلف التطورات التي عرفها هذا القطاع وصعوبة إثبات الخطأ فقد تمّ الإهتداء نحو تطبيقه دون خطأ وإن عرف تأخرًا مقارنة بالمرافق الأخرى بتحقق مجموعة من الشروط سواءً عن أضرار استعمال المناهج الحرّة أو الأوضاع الخطرة أو استعمال طرق علاجية جديدة.

رغم الخطوة الإيجابية المتخذة في شأن تطبيق المسؤولية الإدارية بدون خطأ في هذا الإطار على المرافق العمومية إلاّ أنه عرف تطبيقه على المستشفى العمومي مجموعة النقائص خاصةً تلك المتعلقة بصعوبة إثبات الأضرار المرتبطة بجسم الإنسان المعقد رغم التطور التكنولوجي الذي مسّ القطاع الصحي عامة.

الهوامش :

(1) مرسوم تنفيذي رقم 07 - 140، مؤرخ في19 مايو2007، يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج. ر عدد 33، صادر بتاريخ 20 مايو2007، معدّل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-61، مؤرخ في 24 فيفري 2008، ج. ر عدد 10، صادر بتاريخ 27 فيفري 2008، معدّل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-357، مؤرخ في 17 أكتوبر 2011، ج. ر عدد 57، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 2011، متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 13-296، مؤرخ 17 أوت 2013، ج. ر عدد 43، صادر بتاريخ 28 أوت 2013، متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 14-84، مؤرخ في 20 فيفري 2014، ج. ر عدد 11، صادر بتاريخ 26 فيفري 2014.

(2) نصت عليه المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 11-121، مؤرخ في 20 مارس 2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، ج. ر عدد 17، صادر بتاريخ 20 مارس 2011.

(3) راجع في ذلك: نص المواد 29، 31، 32، 34، 35، 39 من دستور الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96.438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج. ر عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر1996، متمّم بقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل 2002، ج. ر عدد 25، صادر بتاريخ 14 أفريل 2002، معدّل ومتمم بقانون رقم 08- 19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

(4) محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري: الكتاب الأول: مبدأ المشروعية، تنظيم مجلس الدولة، الإختصاص القضائي والاستشاري لمجلس الدولة والعلاقة بينهما، الكتاب الثاني: قضاء الإلغاء، قضاء التعويض قضاء المظالم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص. 219.

(5) DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José), CHRETIEN (Patrice), Droit administratif, Armande Colin, Paris, 1992-1996, P. 505.

(6) KARADJI (Mustapha), « Le juge administratif et la faute médicale », R.C.D.S.P, Numéro spéciale, N° 2, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2008, P. 238.

(7) تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ: « الطفل Serge البالغ من العمر 15 سنة أدخل المستشفى لإجراء عملية جراحية لتقويم العمود الفقري، وإثر العملية ظهرت مضاعفات تسببت في شلل أطرافه السفلى بعد 36 ساعة، نتيجة استخدام طريقة علاجية جديدة تدعى Méthode du luque غير المعروفة النتائج بشكل كامل، وعلى هذا الأساس رفعت دعوى للمطالبة بالتعويض أمام محكمة ليون، التي رفضت طلبهم مستندة إلى تقارير الخبراء بعدم وجود خطأ من طرف موظفي المستشفى، وإثر استئناف له تم الاستجابة لطلبهم ». نقلا عن : سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص. 87.

(8) تدور وقائع هذه القضية حول ما يلي: « أنّه بدخول المريض Bianchi المستشفى لإجراء تصوير بالأشعة لشرايين العمود الفقري الذي هو فحص تقليدي، وإن كان لا يخلو من المخاطر إذ ترتب عن هذا الفحص شلل الرباعي للمدعو Bianchi وهو ما لم يكن بالتطور لحالته الأصلية، وبدون ارتكاب أي خطأ حسب رأي الخبراء، وإنما نتيجة ما استخدمه من أدوات أو الأدوية التي حقن بها واللازمة الأشعة، مما أدى بمحكمة مرسيليا إلى رفض الدعوى ونفي مسؤولية المستشفى لانعدام الخطأ، لكن وإثر استئناف إمام مجلس الدولة تم إقرار مسؤولية هذا المرفق وإلزامه بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية دون خطأ »

- Voir LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), DELVOLVE (P) et GENEVOIS (B), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12ème éditions, Dalloz, France, 1999, PP. 41-42.

(9) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975،

(10) عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011ص. 42.

(11) لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية: المسؤولية دون خطأ، الكتاب الثاني، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 50.

(12) مرسوم تنفيذي رقم 03-52، مؤرخ في 04 فبراير 2003، يؤسس تعويضا على خطر العدوى لفائدة المستخدمين الممارسين في بعض الهياكل العمومية للصحة، ج.ر عدد 08، صادر بتاريخ 05 فبراير 2003.

(13) بن عبد الله عادل، « مسؤولية الإدارة عن مخاطر النشاط الاستشفائي على الوسط العائلي »، مجلة العلوم الانسانية، العدد عشرون، جامعة محمد خضر، بسكرة، 2010، ص ص. 143-148.

(14) شيهوب مسعود، المسؤولية عن الخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري: دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص. 90.

(15) طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية: التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2007،، ص. 201.

(16) عميري فريدة، مرجع سابق، ص ص. 44-45.

(17) ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية: مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص. 84.

(18) عميري فريدة، مرجع سابق، ص. 42.

(19) طاهري حسين، مرجع سابق، ص. 7.

(20) MOREAU (Jacques), La responsabilité administrative, 2ème édition, P.U.F, Paris, 1995, PP. 98-99.

(21) عميري فريدة، مرجع سابق، ص. 43.

(22) RIVERO (Jean) et WALINE (Jean), Droit administratif, 16ème édition, Dalloz, Paris, 1996, PP. 235-236.

(23) MEILLON(Dimitri),«Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques : la garde d'autrui », Revue du droit public et de la Science Politique en France et a L'étranger, N°5, L.G.D.J, France, 2006, P. 1222.

(24) تنص المادة 55 من قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، (معدل ومتمم)، على ما يلي : « يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية...».

(25) يقصد بالضبط الإداري تلك التدابير والقيود والضوابط التي تفرضها السلطة العامة عل نشاط الأفراد خدمة لمقتضيات النظام العام. للتفصيل أكثر راجع : بعلي محمد الصغير، القانون الإداري: التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر وتوزيع، عنابة، 2004، ص. 259 وما يليها.

(26) راجع في ذلك: المادة 01، 02، 03 و05 من المرسوم رقم 69-88، مؤرخ في 17 يونيو 1969، يتضمن أنواع التلقيح الجبري، ج. ر عدد 53، صادر بتاريخ 20 يونيو 1969، وكلّ من القرارات التالية:- قرار مؤرخ في 14 يناير 1997، يحدد جدول التلقيح المضاد لبعض الأمراض المتنقلة، ج. ر عدد 36، صادر بتاريخ 01 جوان 1997.

- قرار وزاري مؤرخ في 25 أفريل 2000، يتعلق بالتلقيح ضد إلتهاب الكبد الحموي، ج. ر عدد 39، صادر بتاريخ 4 جويلية 2000.

- قرار مؤرخ في 15 يونيو 2007، يحدد جدول التلقيح المضاد لبعض الأمراض المتنقلة، ج. ر عدد 75، صادر بتاريخ 02 ديسمبر 2007.

(27) طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة: دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2008، ص. 53.

(28) تتلخص وقائع هذه القضية في أنّه : « أجري التلقيح الاجباري ضد الدفتيريا والتيتانوس للطفل " Dejous " وأخر بالمركز الصحي المدرسي وعقب ذلك ظهرت عليه أضرار، وإثر رفع دعوى أمام محكمة بوردو قضت هذه الأخيرة بمسؤولية الدولة والزامها بالتعويض على أساس المخاطر ، مادام أنّ التطعيم ملزم من قبل الدولة، وأنّه ترتب عليه ضرر لا يتناسب مع فائدته ». راجع في ذلك: محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص ص .55- 56

(29) BOYER CHAMMARD (Georges) et MONZEIN (Paul) , La responsabilité médicale, P.U.F, France, 1974, PP. 38-41.

(30) RIVERO (Jean) et WALINE (Jean), op. cit., PP. 234 - 235.

(31) مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار رقم 27582، مؤرخ في 24 جانفي 2007، قضية (ب ر) ضد (القطاع الصحي التبسة ومن معه)، نشرة القضاة، العدد ثلاثة وستون، الجزائر، 2008، ص ص. 403-407.

(32) GASTINES (Louis) et CORAIL (Jean-Louis), Les présomptions en droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1991, P .114.

(33) بدران مراد، « أساس المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن عمليات التلقيح الإجباري »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص. 74-90.

(34) RIVERO (Jean) et WALINE(Jean), op.cit., P. 241.

(35) مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار رقم 30176، مؤرخ في 28 مارس 2007، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تدلس) ضد (م.م ومن معه)، نشرة القضاة، العدد ثلاثة وستون، مرجع سابق، ص ص. 409-414.

(36) Loi n° 52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation therapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs déri**vés.** [en ligne]: http://legifrance.gouv.fr**.**

(37) Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament. **[** en ligne]**:** http://legifrance.gouv.fr.

(38) أمر رقم 68- 133، مؤرخ في 13 مايو 1968، يتعلق بالتنظيم العام لنقل الدّم وبمؤسسات نقله، ج. ر. عدد 51، صادر بتاريخ في 25 جوان 1968.

(39) تقوم هذه الوكالة بتنظيم عملية حقن الدّم والتطبيق الجيّد له، وتمثل الجزائر في الهيئات الوطنية والدولية...راجع في ذلك كلّ من: - مرسوم تنفيذي رقم 95- 108، مؤرخ في 09 أفريل 1995، يتضمن إنشاء الوكالة

الوطنية للدّم وتنظيمها وعملها، ج.ر عدد 21، صادر بتاريخ 19 أفريل 1995؛ ومرسوم تنفيذي رقم 09- 258، مؤرخ في 11 أوت 2009، يتعلق الوكالة الوطنية للدّم، ج. ر عدد 47، صادر بتاريخ 16 أوت 2009.

(40) ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية: مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي، المرجع السابق، ص 80.

(41) طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي المستشفيات العامة، مرجع سابق، ص. 55

(42) Conseil d'Etat, Assemblée, 26 mai 1995, N'Guyen Jouan et Pavan, requête numéro 151798 rec.p.221, [en ligne] : www. lence. gifragouv.fr.

(43) تمت ملاحظة هذا المرض من طرف الأخصائيين بمركز مكافحة الأمراض في أتلانتا جورجيا بالولايات المتحدة الأمريكية في شهر ماي من سنة 1981 ظهور نوع نادر وخطير من الالتهاب الرئوي في خمسة من المرضى الشاذين جنسيا في مدينة لوس أنجلس وقد تلى ذلك ظهور حالات مشابهة في نيويورك بين المدمنين للمخدرات عن طريق الحقن، ثم ظهرت حالات بين مرضى أطفال يتعرضون لنقل الدم، وقد تكمن العالم مونتانييه من عزل المسبب لمرض السيدا والمسمى بفيروس عوز المناعة البشري ذلك سنة 1983. للتفصيل أكثر راجع:

- نزار كريمة، " مدى إلتزام الدولة بتعويض ضحايا مرض السيدا "، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2007، ص ص. 213- 227.

(44) مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار رقم 24461، مؤرخ في 26 أفريل 2006، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي س.ع ن) ضد (ع.ش ومن معه). نقلاً عن: فطناسي عبد الرحمان، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية من نشاطها الطبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011، ص. 68.

(45) راجع في ذلك: المواد 103 وما يليها من القانون 85-05، المتعلق بالصحة وترقيتها، مرجع سابق.

(46) « La responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers », In Idara, N°2, 1998, PP. 25-33.

(47) YOUNSI-HADDAD (N), « La responsabilité de l'administration d fait des malades mentaux, revue de l'école nationale d'administration », In Idara, N°01, 1999, PP. 80-82.

(48) طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، مرجع سابق، ص. 56.

(49) «L'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet…les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier ». In PAILLET (Michel), La responsabilité administrative, Dalloz, Paris, 1996, P. 153.

(50) الطباخ شريف، الطباخ شريف، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها: في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 255.

تفعيل سلطات القاضي الإداري في ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية *

زيدالخيل توفيق، طالب دكتوراه،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ZIDELKHIL Toufik, Doctorant,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على السلطات المستحدثة للقاضي الإداري لضمان تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي إعترف صراحةً للقاضي الإداري ولأول مرة بسلطة توجيه أوامر تنفيذية للإدارة مع إمكانية شمول أحكامه بغرامات تهديدية لضمان تنفيذها، بعدما كان القاضي الإداري يمتنع تلقائياً عن إستعمال هذه السلطات في ظل قانون الإجراءات المدنية، بالرغم من عدم إحتوائه على أي مادة قانونية تمنعه عن ذلك.

الكلمات المفتاحية:

القاضي الإداري، الإدارة، الأحكام، الأوامر التنفيذية، الغرامة التهديدية.

Activation authorities of the administrative judge to ensure the implementation of judgments against the administration, under the law of civil and administrative procedures

Abstract:

The aims of this study is to explain the new authorities of the administrative judge to ensure the implementation of judgments against the administration under the law of civil and administrative procedures, which explicitly admitted to the judge for the first time the power to executive orders with possibility of inclusion his judgments with the fine threatening to ensure their implementation, after he was the administrative judge shall refrain automatically to use these powers under the law of civil procedures, despite the lack of any legal provision they prevents it.

Keywords:

Administrative judge, administration, judgments, executive orders, the fine threatening.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/07 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/01/22 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Activation des autorités du juge administratif dans l'exécution de ses décisions à l'encontre de l'administration en vertu du code de procédure civile et administrative

Résumé :

Cette étude vise à mettre la lumière sur les nouvelles autorités du juge administratif pour assurer l'exécution de ses décisions à l'encontre de l'administration en vertu du code de procédure civile et administrative, qui a reconnu pour la première fois au juge administratif le pouvoir de prononcer des injonctions d'exécutions assorties d'astreintes pour assurer sa mise en œuvre et ce, après l'interdiction faite au juge administratif d'exercer ces pouvoirs en vertu de l'ancien code de procédure civile.

Mots clés :

Juge administratif, administration, les décisions, les injonctions d'exécutions, astreinte.

مقدمة

يسود في دولة القانون مبدأ ذو أهمية، وهو أن لا تتصرف أجهزة الدولة إلا في إطار القواعد القانونية السارية المفعول والتي تمنح لتصرفاتها المشروعية، هذا المبدأ يفرض على الإدارة أن تحترم القانون عند ممارسة وظائفها، فضلاً عن ذلك فإنها ملزمة بتنفيذ الأحكام الحائزة لحجية الشيء المقضي فيه من تلقاء نفسها، ويجد هذا الإلتزام مصدره في نص المادة 163 من الدستور الجزائري لسنة 1996، والتي جاء فيها: «على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظّروف، بتنفيذ أحكام القضاء.

يعاقب القانون كل من يعرقل تنفيذ حكم قضائي»[1]، ورغم تكريس هذا الإلتزام في صلب الدستور[2]، إلا أن الإدارة غالباً ما لا تمتثل له رغم حيازة الحكم القضائي لحجية الشيء المقضي فيه.

تعتبر مسألة تنفيذ الأحكام القضائية حسب الفقيه (KERSEVAN Erik) من المبادئ الأساسية في القانون الإداري التي يتعين على الإدارة إحترامها ومراعاتها، والتي ترتبط بأساس هام هو مبدأ سيادة القانون، فإحترام أحكام القضاء من إحترام القانون ذاته[3].

ومما لا شك فيه، أن فعالية الأحكام القضائية تكمن في أن تجد مجالاً لتطبيقها في الواقع، إذ لا قيمة لدولة القانون ولا مكانة لعدالة فعالة، إذا كانت أحكام القضاء لا تطبق، فالتنفيذ هو واجهة الممارسة الفعلية لمطالب العدالة.

من أجل ذلك، يعتبر سهر القضاء على ضمان تنفيذ الأحكام ضرورياً أمام مشكلة إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لحجية الشيء المقضي فيه، والتي تعد من أخطر الأساليب التي تستعملها الإدارة لمواجهة التنفيذ، الأمر الذي يشكل مساساً بدولة القانون وإنتقاص من فعالية السلطة القضائية باعتبارها حامية لحقوق وحريات المتقاضين.

أمام هذه الوضعية، إستلزم الأمر تدخل المشرع لمواجهة الموقف السلبي للإدارة تجاه الأحكام القضائية، خاصة أمام عدم إمكانية استخدام وسائل التنفيذ الجبري ضدها[4]، وذلك بإصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية[5] الذي منح للقاضي الإداري السلطات الكفيلة لضمان تنفيذ أحكامه، حيث أحدث تطوراً كبيراً ومنعرجاً إيجابي لحماية حقوق وحريات الأفراد ضد تعنت الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، بعدما كانت سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة مقيدة في ظل قانون الإجراءات المدنية[6]، لذلك يتمحور موضوع دراستنا في البحث عن التوجهات الحديثة التي كرسها قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي فعّل بموجبها سلطات القاضي الإداري في مجال تنفيذ الحكام الصادرة ضد الإدارة.

محاولةً من المشرع لوضع حد لظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية مَكن القاضي الإداري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية من توجيه أوامر تنفيذية للإدارة لتتخذ أوضاع معينة بالقيام بعمل أو الإمتناع عنه(أولاً).

كما فسح المجال للقاضي الإداري بمنحه سلطة تقديرية واسعة في توقيع الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لحجية الشيء المقضي فيه (ثانياً).

أولاً- سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر تنفيذية للإدارة

تعتبر الأوامر التنفيذية التي يوجهها القاضي الإداري إلى الإدارة، لبنة أساسية لضمان التوازن بين الإمتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مجال تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها وضرورة حماية حقوق وحريات الأفراد، لكن رغم الأهمية البالغة التي تكتسيها هذه الأوامر بإعتبارها وسيلة تفعّل دور القاضي في ممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، إلا أن القضاء الإداري تفادى قدر الإمكان إستعمال سلطته في توجيه أوامر تنفيذية للإدارة مؤسساً موقفه على عدم وجود نص قانوني صريح يجيز له ذلك(1)، ونظراً للنتائج السلبية الناجمة عن إمتناع الإدارة عن التنفيذ أصبح من الضروري تدخل القاضي لمواجهة هذه الظاهرة وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أجاز صراحةً للقاضي الإداري إستعمال سلطته في توجيه أوامر تنفيذية يلزم بموجبها الإدارة على تنفيذ أحكامه(2).

1- إعتماد القضاء الإداري على مبدأ عدم توجيه أوامر تنفيذية للإدارة في ظل قانون الإجراءات المدنية

إعتمد القاضي الإداري الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية قاعدة قضائية مفادها عدم جواز توجيه أوامر تنفيذية للإدارة، وحصر دوره في إلغاء القرارات الإدارية

وبيان مدى مشروعيتها، حتى أمام عدم وجود أي نص قانوني يمنعه من ذلك[7]، هذا الأمر لم يحفز القاضي الإداري من أن يوجه أوامر تنفيذية للإدارة بهدف القيام بعمل معين، رغم أن الإدارة غالباً ما لا تمتثل للأحكام القضائية نظراً لتمتعها بصلاحية الإمتناع عن التنفيذ إستناداً إلى مبررات عدة حتى وإن إعتبر إمتناعها عن تنفيذ الأحكام مخالفة لحجية الشيء المقضي فيه[8].

ومن التطبيقات القضائية التي تؤكد إمتناع القاضي الإداري عن توجيه أوامر تنفيذية للإدارة، قرار الغرفة الإدارية رقم 105050 الصادر بتاريخ 24 جويلية سنة 1994 في قضية (ح. م) ضد رئيس بلدية شراقة والذي أقر بموجبه:« أن القاضي الإداري وطبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، لا يمكن إجبار الإدارة على تعويض المستأنف بقطعة أرضية أخرى عندما ترفض هذه الأخيرة هذا الحل الجديد الذي لا يوجد في بنود العقد الأصلي، وعليه فإن قضاة الدرجة الأولى أصابوا حين رفضوا الطلب الإحتياطي بسبب أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة»[9].

وفي هذا الصدد، يتساءل الأستاذ "محيو" بقوله: «من المسموح به التساؤل عن ما إذا كان الحظر مؤسس من الناحية القانونية، فلا يوجد ما يعارض واقعياً على أن يقوم القاضي بإصدار أوامر للإدارة في بعض الحدود تتضمن القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل...»[10]، وعليه فحسب الأستاذ "محيو" لا يوجد أي مانع قانوني من أن يوجه القاضي الإداري أوامر تنفيذية للإدارة.

تجدر الإشارة هنا، أن القاضي الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية كان يتمتع بسلطتي القضاء والأمر معاً وهذا بدليل نص المادة 171 مكرر من أمر رقم 69 ـ 77 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 66 ـ 154 [11]، إلا أنه لم يقم بإعمال سلطة الأمر إلا في حالات محددة جاءت كإستثناء على مبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر تنفيذية للإدارة كحالة التعدي، الإستيلاء والغلق الإداري بالرغم من وجود أسانيد دستورية تؤكد بأن القضاء هو الحامي الأول للحقوق والحريات الأساسية[12]، والتي تعتبر كافية لإعتراف القاضي الإداري لنفسه بسلطة توجيه أوامر تنفيذية للإدارة من أجل ضمان إحترام أحكامه.

يتضح من خلال ما تقدم، أن القاضي الإداري أخذ بمبدأ حظر توجيه أوامر تنفيذية للإدارة كقاعدة قضائية دون الإستناد إلى نصوص قانونية، متأثراً في ذلك بالسياسة التقليدية المنتهجة في فرنسا، التي إستقرت فيها الأوضاع على عدم إمكانية توجيه أوامر تنفيذية للإدارة وذلك إستناداً إلى نصوص قانونية لصيقة بظروف تاريخية، بحيث منعت المحاكم العادية من التدخل في أعمال الإدارة إستناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي تبنته النصوص القانونية في فرنسا بعد الثورة، وهذا ما جسده مرسوم 16 فريكتيدور[13]،

كما أكدت هذا التوجه المادة 13 من القانون رقم 16 ـ 24 أوت سنة 1790 [14] وكذا الدستور الفرنسي لسنة 1791 من خلال المادة 03 منه[15]، وبهذا منحت للسلطات الإدارية ممارسة الرقابة على نشاطاتها، فكانت بذلك خصما وحكما في نفس الوقت.

بصدور دستور 13 ديسمبر سنة 1799 أنشأ مجلس الدولة الفرنسي من خلال المادة 52 منه[16]، أوكلت له مهمة الفصل في بعض المنازعات الإدارية وتكون قراراته غير نهائية إلا بعد التصديق عليها من طرف رئيس الدولة وهو ما عرف بالقضاء المحجوز، وإستمر الوضع إلى غاية صدور قانون 24 ماي سنة 1872 [17] الذي سمح بموجبه لمجلس الدولة الإنتقال من القضاء المحجوز إلى القضاء المفوض، وتم الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية، ومن نتائج هذا الفصل منع القاضي إصدار أوامر للإدارة أو الحلول محلها[18].

من التطبيقات القضائية التي عبر فيها القاضي الإداري الفرنسي على عدم إمكانية توجيه أوامر للإدارة، قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 77861 الصادر في 23 جانفي سنة 1970 في قضية (Ministre d'Etat chargée des affaires sociales)، والذي جاء فيه:

« Le Juge Administratif n'a pas Qualité pour Adresser des Injonctions a l'Administration; que Les Tribunaux Administratifs et Le Conseil d'Etat ne Peuvent donc, en Principe, Ordonner Le Sursis a l'Exécution d'une Décision qui Leur est Déférée que si cette Décision est Exécutoire »[19].

إستمر هذا الوضع، إلى غاية تأكيد مجلس الدولة الفرنسي بموجب قرار CADOT لأول مرة بأنه المختص بالنظر في كل الطعون بالإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية إلا إذا كان هناك نص صريح يقضي بغير ذلك، وبموجب هذا القرار تم التخلي عن نظرية الوزير القاضي[20].

وبعد ذلك عزز المشرع الفرنسي بموجب قانون 95 ـ 125 [21] سلطات القاضي الإداري لحث الإدارة على تنفيذ أحكامه، فعلى حد تعبير الفقيه(René CHAPUS) يعتبر قانون 8 فبراير سنة 1995 خطوة هامة في تاريخ المنازعات الإدارية[22]، فقد حرر سلطاته فلم تعد مقتصرة على مدى مراقبة مشروعية القرارات الإدارية وإنما منح له صراحة سلطة توجيه أوامر للإدارة[23]، كما جاء قانون 2000 ـ 597 [24] ليعزز سلطات القاضي الإداري الإستعجالي ورخص له توجيه أوامر للإدارة.

وعليه يمكن القول، أن مبدأ حظر توجيه أوامر تنفيذية للإدارة وجد مجالاً لإعماله في فرنسا، والذي أفرزته العوامل والإعتبارات التاريخية السياسية والإجتماعية التي مرت بها الدولة والمجتمع الفرنسي[25].

2- الإعتراف الصريح للقاضي الإداري بتوجيه أوامر تنفيذية للإدارة

حدث تطور تشريعي في مجال ضمان تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، وذلك بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي فعّل دور القاضي الإداري من قاضي يفصل في المنازعات ويكتفي بإصدار الأحكام فقط دون أن يحرص على تنفيذها[26]، إلى قاض له سلطة على الإدارة بحيث إعترف هذا القانون صراحةً بصلاحيته في إصدار أوامر تنفيذية يلزم فيها الإدارة على تنفيذ أحكامه.

الأوامر التنفيذية التي يمكن للقاضي الإداري أن يوجهها إلى الإدارة، إما أن تكون في المرحلة السابقة على التنفيذ أي في الحكم الأصلي (أ)، أو في المرحلة اللاحقة على هذا الحكم(ب).

أ - سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر مقترنة بمنطوق الحكم الأصلي

إعترف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر تنفيذية سابقة على التنفيذ أي في الحكم الأصلي، إذا قدر أن تنفيذ الحكم يستلزم إتخاذ الإدارة تدبير معين، وذلك في إطار سلطتها المقيدة مع تحديد أجل للتنفيذ عند الإقتضاء، وهذا لضمان حسن تنفيذ الحكم القضائي وذلك طبقاً للمادة 978 والتي تنص على أنه: «عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، في نفس الحكم القضائي، بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ، عند الاقتضاء»[27].

يتضح من خلال هذه المادة أنها تضمنت نفس أحكام المادة 1 - L911 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي والتي تنص على أنه:

«Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution»[28].

ب - سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر لاحقة على صدور الحكم الأصلي

منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري إمكانية توجيه أوامر للإدارة رغم صدور الحكم الأصلي الفاصل في موضوع الدعوى، وذلك حين يوجب القاضي الإداري الإدارة بأن تتخذ إجراء معين مما يعني وجوب ممارسة سلطتها التقديرية بإتخاذها لقرار جديد (ب-1)، كما يملك القاضي الإداري في حالة ثبوت إمتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي فيه حرية فرض الإجراء المقيد على الإدارة وذلك عن طريق تحديد الإطار الزمني الذي يجب أن يتخذ فيه(ب-2).

ب-1 سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة لإصدار قرار إداري جديد

منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري في حالة عدم مطالبة المدعي بالأمر في إدعائه الرئيسي، وصدر حكم دون أن يتضمن أوامر تنفيذية، سلطة إصدار أوامر للإدارة بهدف إتخاذ قرار إداري جديد غير الذي تمت مخاصمته مع تحديد أجل لذلك، تتدارك من خلاله الإدارة وجه اللامشروعية الذي إعترى القرار الأول، ولا يشير في ذلك الأمر إلى الإجراء الواجب إتخاذه، وذلك طبقاً لنص المادة 979 التي تنص على أنه: «عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد»[29].

خلافاً للمادةL911-2 من قانون العدالة الفرنسي التي جعلت سلطة القاضي الإداري في الأمر بإصدار قرار إداري جديد مقترناً بمنطوق الحكم الأصلي وذلك بنصها على أنه:

«Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé»[30].

ب-2 سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر تنفيذية للإدارة بسبب إمتناعها عن التنفيذ

في حالة إمتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام التي يصدرها القاضي الإداري ولم يحدد التدابير التنفيذية الضرورية، منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمحكمة الإدارية ومجلس الدولة سلطة إصدار أوامر تنفيذية للإدارة والتي تعد ضمانة لاحقة لحسن تنفيذ أحكامها، مع إمكانية تحديد أجل للتنفيذ عند الإقتضاء وذلك من خلال المادة 981 والتي تنص على أنه: «في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك، بتحديدها، ويجوز لها تحديد أجل للتنفيذ والأمر بغرامة تهديدية»[31].

وبالرجوع إلى قانون العدالة الفرنسي نجده تضمن هذه الحالة من خلال المادة L911-4[32] التي منحت للمحاكم الإدارية ومجالس الإستئناف الإدارية في حالة إمتناع الإدارة عن تنفيذ أحكامها إتخاذ الإجراءات الضرورية لتنفيذها، كما يمكن لهذه الجهات أن تحيل طلبات التنفيذ إلى مجلس الدولة.

ثانياً- سلطة القاضي الإداري في الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة

إذا كانت الأوامر التنفيذية التي يصدرها القاضي الإداري تهدف إلى تقييد إمتيازات الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، وذلك بتوضيح ما يقع عليها من إلتزامات ناجمة عن الحكم القضائي، فإن الأوامر المقترنة بالغرامة التهديدية تهدف إلى إجبار

الإدارة على تنفيذ الأوامر التنفيذية متى رأى القاضي الإداري أن تنفيذ حكمه أو قراره يستدعي توقيعها، فهي تظهر كجزاء حقيقي إذا ما تخلفت الإدارة عن تنفيذ إلتزامات الأوامر التنفيذية[33].

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للغرامة التهديدية نلاحظ أن القانون لم يقدم تعريفاً لها، وترك هذه المهمة للإجتهاد الفقهي حيث عرفها مثلاً (LEBRETON Gilles) على أنّها:«عقوبة مالية تحدد عن كل يوم تأخير، يمكن للقاضي النطق بها ضد الأشخاص العامة أو ضد الخواص المكلفين بتسيير المرافق العمومية»[34]، كما عرفها كل من الفقيه (DARCY Gilles) و(PAILLET Michel) على أنها:«مبلغ من النقود يحكم به القاضي عن كل فترة زمنية لا يتم فيها تنفيذ المدين لإلتزاماته»[35].

مرت سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر مقترنة بغرامات تهديدية ضد الإدارة في الجزائر كمثيلتها في القانون الفرنسي بمرحلتين[36]، حيث أن موقف المشرع الجزائري من خضوع الإدارة للغرامة التهديدية كان يعتريه غموض كبير وهذا الأمر جعل الإجتهاد القضائي يتسم بالتردد والتذبذب في توجيهها ضد الإدارة في ظل قانون الإجراءات المدنية (1)، إلا أنه وبعد التطورات التي حدثت في القانون الإداري، أقر قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري آلية جديدة تفعّل دوره في مجال تنفيذ أحكامه[37]، إذ خول له صراحةً سلطة توقيع الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، وأزال اللبس والغموض الذي كان يشوب مسألة فرض الغرامة التهديدية على الإدارة (2).

1- سلطة القاضي الإداري في الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة في ظل قانون الإجراءات المدنية

تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة من شأنها تخفيف العبء على المتقاضي، كون أنه لا يعود للقضاء من جديد في حالة تخلف الإدارة عن تنفيذ إلتزاماتها، كما أنها تشكل حماية لتكريس دولة القانون[38]، غير أن القاضي الإداري الجزائري لم يقم بإعمال سلطة الأمر بالغرامة التهديدية، إلا في بعض الحالات قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية مبرراً ذلك في عدم وجود نص قانوني صريح يجيز له ذلك، فتميز موقفه بعدم الوضوح والتردد(أ)، رغم أن هذه السلطة تقررت بموجب المادتين 340 و471 من قانون الإجراءات المدنية(ب).

أ- عدم وضوح موقف القضاء من تطبيق الغرامة التهديدية في المادة الإدارية

لم يستقر موقف القضاء بخصوص تطبيق الغرامة التهديدية ضد الإدارة، ويظهر ذلك من خلال مجموعة من القرارات الصادرة سواء من طرف الغرفة الإدارية أم عن مجلس الدولة، والذي نجده في غالب الأحيان يقر بعدم إمكانية توجيه الغرامة ضد الإدارة،

إلا أننا نجد من جهة أخرى قرارات أصدرتها الغرفة الإدارية أجازت في بعض الأحيان تطبيقها ورفضتها في البعض الآخر من القضايا.

من هذه الزاوية نجد أنه من بين قرارات الغرفة الإدارية التي من خلالها أقرت بعدم إمكانية تطبيق الغرامة التهديدية، قرار رقم 115284 الصادر بتاريخ 13 أفريل سنة 1997 في قضية (ب. م) ضد بلدية الأغواط والذي جاء فيه:« من المستقر عليه قضاءً أنه لا سلطة للقاضي على الإدارة لإجبارها على التنفيذ بواسطة الغرامة التهديدية»[39]، وبالتالي يفهم من هذا القرار عدم إمكانية توقيع الغرامة التهديدية للضغط على الإدارة لتنفيذ إلتزماتها، وما على المتقاضي في حالة تقاعسها عن التنفيذ سوى اللجوء إلى القضاء من أجل التعويض عن طريق الخزينة العمومية وهذه المسألة نضمها قانون رقم 91 ـ 02 الذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء[40].

في حين نجد بعض مظاهر تأييد المحكمة العليا لتطبيق الغرامة التهديدية من خلال قضية (ب. م) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سيدي بلعباس بتاريخ 14 ماي سنة 1995 والتي جاء فيها:« أن قضاة أول درجة، كانوا محقين عندما قرروا بأن الضرر اللاحق بالسيد «بودخيل» يجب تعويضه بناءً على غرامة تهديدية، لكن حيث أن المبلغ الممنوح أي 2000 دج عن كل يوم يعتبر زهيداً، ويجب رفعه إلى 8000 دج»[41]، ويتضح من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا قد أقرت صراحة بسلطة القاضي الإداري في النطق بالغرامة التهديدية والذي من شأنه أن يظهر تذبذب موقفها بين الرافض والمؤيد لتوقيع الغرامة.

كما إستقر مجلس الدولة على مبدأ عدم جواز تسليط الغرامة التهديدية ضد الإدارة، ويظهر من خلال قرار رقم 104989 الصادر بتاريخ 08 أفريل سنة 2003 والذي أكد على أنه:«لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية النطق بالغرامة التهديدية ما دام لا يوجد أي قانون يرخص صراحة بها»[42].

في هذا الصدد، يرى البعض[43] أنه كان من الأجدر على القاضي الإداري أمام غياب نص قانوني يمنعه من أن يوجه أوامر بغرامات تهديدية للإدارة، أن يقوم بإعمال هذه السلطة مؤسساً إياها على الإلتزام الدستوري الملقى على عاتقه في الحفاظ على الحقوق والحريات التي كفها الدستور.

إن المعروف عن القضاء الإداري طابعه الإجتهادي، باعتباره قانوناً قضائيا[44]، فكان عليه أن يُعمل هذه الخاصية أمام غياب نص قانوني يمنعه من تطبيق سلطة الأمر بالغرامة التهديدية[45]، على خلاف القاضي الإداري الفرنسي الذي إعترف لنفسه بسلطة توجيه غرامة تهديدية ضد الإدارة رغم عدم وجود نص قانوني يجيز له ذلك، بإعتبار أن الوظيفة الأساسية للقضاء الإداري هي ضمان ممارسة جميع تصرفات الإدارة في نطاق القانون[46]،

ويظهر ذلك من خلال قرار مجلس الدولة رقم 37656 الصادر بتاريخ 13 جويلية سنة 1956 في قضية (OFFICE PUBLIC D' HLM)، الذي جاء فيه:

«Le juge administratif ne peut intervenir dans la gestion du service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions aux cocontractants de l'administration lorsque celle-ci dispose des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché, mais il peut prononcer à l'encontre du cocontractant une condamnation sous astreinte à une obligation de faire en cas d'urgence, quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte qu'en vertu d'une décision juridictionnelle»[47].

ب- عن مدى صلاحية المادتين 340 و471 للتطبيق على المنازعات الإدارية

باعتبار الغرامة التهديدية أحد أهم وسائل التنفيذ الجبري للأحكام القضائية، فقد أدرج المشرع في قانون الإجراءات المدنية نص المادة 340 في الباب الثالث من الكتاب السادس المتعلق بتنفيذ أحكام القضاء والتي جاء فيها: «إذا رفض المدين تنفيذ إلتزام بعمل أو خالف إلتزاماً بالإمتناع عن عمل يثبت القائم بالتنّفيذ ذلك في محضر ويحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات أو التهديدات المالية ما لم يكن قد قضى بالتهديدات المالية من قبل»[48].

كما أدرج نص المادة 471 من نفس القانون ضمن الكتاب التاسع تحت عنوان: «أحكام عامة» والذي جاء فيها: «يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم أن تصدر أحكاماً بتهديدات مالية في حدود إختصاصها...»[49].

يُلاحظ من خلال المادتين السالفة الذكر، أنهما جاءتا شاملتين للقضاء العادي والإداري لتطبيق الغرامة التهديدية كوسيلة لإلزام المدين على تنفيذ إلتزامه، والدليل على ذلك المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية التي وردت تحت عنوان الكتاب السادس:«في تنفيذ أحكام القضاء»[50]، وكذلك المادة 471 من نفس القانون التي وردت تحت عنوان الكتاب التاسع:«أحكام عامة»، فالنص جاء عاماً يشمل كل الجهات القضائية العادية والإدارية.

فالإشكال إذن ليس في عدم وجود نص يبرر إعمال الغرامة التهديدية ضد الإدارة وهو ما ذهبت إليه مجمل الإجتهادات القضائية الإدارية، باعتبار أن هذه السلطة ليست عقوبة بالمعنى الجنائي حتى تحتاج إلى نص قانوني صريح يكرسها إحتراماً لمبدأ المشروعية[51]، بل ما يبرر ذلك هو الإمتناع التلقائي الذي فرضه القاضي الإداري على نفسه دون وجود أي سند قانوني.

2- الإعتراف التشريعي الصريح للقاضي الإداري بسلطة الأمر بالغرامة التهديدية

نظراً للإنتشار الواسع لظاهرة إمتناع الإدارة عن التنفيذ قام المشرع الجزائري بإقرار وسيلة جديدة لحل هذه المشكلة، وذلك بإعترافه صراحةً للقاضي الإداري بسلطة توقيع الغرامة التهديدية ومنح له السلطة التقديرية في تسليطها ضد الإدارة من خلال المادة 980

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه: «يجوز للجهة القضائية الإدارية ... أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها»[52]، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي الإداري أن يأمر بالغرامة التهديدية إما في حكمه الأصلي الصادر في الدعوى، أو من خلال توجيهه لأوامر تنفيذية للإدارة من أجل إتخاذ قرار جديد.

كما منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري الأمر بالغرامة التهديدية في حالة الإمتناع عن التنفيذ وذلك من خلال المادة 981 والتي تنص على أنه: «في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك، بتحديدها، ويجوز لها تحديد أجل للتنفيذ والأمر بغرامة تهديدية»[53].

من خلال المادتين 980 و981 يظهر أنهما إشترطتا من أجل إقرار الغرامة التهديدية أن يكون هناك أمر تنفيذي والذي يعتبر الأساس الذي يستند إليه لإقرارها، ومن هذا المنطلق يرى البعض[54] أن هناك علاقة قوية بين الأمر التنفيذي والغرامة التهديدية فهذه الأخيرة تعد وسيلة لضمان تنفيذ الأوامر.

تدعيماً لسلطات القاضي الإداري الإستعجالي منح له قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة الأمر بالغرامة التهديدية من خلال المادة 946 وذلك بنصها على أنه: «...ويمكن لها الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد...»[55]، كما أن هذا القانون أكد ضمنياً على هذه السلطة من خلال المادتين 920 و921 وذلك بنصها على إمكانية الأمر بكل التدابير الضرورية سواءً للمحافظة على الحريات الأساسية أو في حالة الإستعجال القصوى[56].

بالرجوع إلى التجربة الفرنسية نجدها كرست الغرامة التهديدية لأول مرة بموجب المادة 02 من قانون رقم 80 ـ 539 المتعلق بالتهديدات المالية في المادة الإدارية وتنفيذ الأحكام من قبل أشخاص القانون العام والتي أدمجت في قانون العدالة الفرنسي حيث جاء فيها:

« En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative le conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision» [57].

وتطبيقا لهذه المادة أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرار رقم 136910 الصادر بتاريخ 25 مارس سنة 1996 في قضية بلدية (Saint-François) الذي قضى فيه:

«Une astreinte est prononcée à l'encontre de la commune de Saint-François, si elle ne justifie pas avoir, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, exécuté le jugement du tribunal administratif de Basse-Terre en date du 24 janvier 1992 ensemble la présente décision et jusqu'à la date de cette exécution. Le taux de cette astreinte est fixé à 300 F par jour, à compter de l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la présente décision»[58].

خاتمة

حاولنا من خلال هذه الدراسة البحث عن السلطات التي إستحدثها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي إستطاع من خلاله المشرع الجزائري استدراك النقائص التي كانت تعتري قانون الإجراءات المدنية في مجال تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة، فنص صراحة على سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة والتي من شأنها المساهمة في حل مشكلة عدم تنفيذ الأحكام القضائية، بعدما كان القاضي الإداري يمتنع تلقائياً عن توجيهها، مكرسا قاعدة قضائية مفادها أن القاضي يقضي ولا يدير، ويظهر هذا التوجه من خلال معظم قراراته مما يضفي طابع التردد وعدم وضوح موقفه.

تأثر القاضي الإداري الجزائري بالسياسة القضائية المنتهجة في فرنسا التي عرفت مرحلتين، تميزت أولهما بحظر توجيه أي أوامر للإدارة، وهذا الحظر كان أساسه نصوص قانونية ودستورية وظروف تاريخية مر بها القضاء الإداري في فرنسا، أما المرحلة الثانية فتميزت بصدور نصوص قانونية تجيز صراحة للقاضي الإداري توجيه أوامر تنفيذية للإدارة كما يمكنه الأمر بالغرامة التهديدية.

إن المتتبع للتجربة الجزائرية في مجال القضاء الإداري يلاحظ أنه رغم تأكيد المؤسس الدستوري على ضرورة تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية منذ دستور 1976 وتكريسه للإزدواجية القضائية بموجب دستور 1996، إلا أن المشرع الجزائري لم يفعّل سلطات القاضي الإداري في ضمان تنفيذ أحكامه إلا في سنة 2008 بإصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي دخل حيز التنفيذ في سنة 2009، رغم ذلك يعتبر توجه فعال يعكس إرادة المشرع في تدعيم دور القاضي الإداري في حماية مقتضيات المشروعية وبناء دولة القانون.

الهوامش

(1) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96 ـ 438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج. ر.ج. ج عدد 76، مؤرخ في 08 ديسمبر سنة 1996، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 02 ـ 03، مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، ج. ر.ج. ج عدد 25، مؤرخ في 14 أفريل سنة 2002، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08 ـ 19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج. ر.ج. ج عدد 63، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2008، معدل ومتمم بقانون رقم 16 ـ 01، مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، ج. ر.ج. ج عدد 14،مؤرخ في 7مارس سنة 2016، ص.30.

ـ تجدر الإشارة هنا، أن إلتزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية نصت عليه كذلك الدساتير الجزائرية السابقة في كل من:

- المادة 171 من دستور سنة 1976، منشور بموجب الأمر رقم 76 ـ 97، مؤرّخ في 22 نوفمبر سنة 1976، ج. ر.ج. ج عدد 94، مؤرخ في 24 نوفمبر سنة 1976، ص. 1322.

- المادة 136 من دستور سنة 1989، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89 ـ 18، مؤرخ في 28 فيفري سنة 1989، ج. ر.ج. ج عدد 09، مؤرخ في 01 مارس سنة 1989، ص. 252.

(2) هناك العديد من الدول قامت بدسترة مبدأ إلزامية تنفيذ الأحكام القضائية ومنها:

ـ الدستور المغربي لسنة 2011، من خلال الفصل 126، متوفر على الموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة المغربية: www.sgg.gov.ma ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/07/29.

ـ الدستور التونسي لسنة 2014، من خلال الفصل 111، متوفر على موقع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية: www.iort.gouv.tn، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/07/29.

(3) KERSEVAN Erik, The Principle Of Effective Legal Protection In Administrative Law In Slovenia, in ZOLTAN Szente, KONRAD Lachmayer, The Principle Of Effective Legal Protection In Administrative Law (a European Comparison), ROUTLEDGE, London, 2016, P. 278.

(4) إن مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الأفراد نستبعدها من نطاق دراستنا، كون أن الإدارة تملك كل الوسائل القانونية والمادية لحثهم على التنفيذ فلا يثار أي إشكال في هذا المجال باعتبارها المالكة الوحيدة للقوة العمومية.

(5) قانون رقم 08 ـ 09، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر.ج. ج عدد 21، مؤرخ في 23 أفريل سنة 2008، ص.03.

(6) أمر رقم 66 ـ 154، مؤرخ في 08 جوان سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر.ج. ج عدد 47، مؤرخ في 09 جوان سنة 1966، ص.582، معدل ومتمم بموجب أمر رقم 69 ـ 77، مؤرخ في 18 سبتمبر سنة 1969، ج. ر.ج. ج عدد 82، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1969، ص.1234، معدل ومتمم بقانون رقم 01 ـ 05، مؤرخ في 22 ماي سنة 2001، ج. ر.ج. ج عدد 29، مؤرخ في 23 ماي سنة 2001، ص.05، (ملغى).

(7) راجع آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص.69.

ـ تجدر الإشارة أن الإعتراف بوجود الحظر على القاضي الإداري بتوجيه أوامر تنفيذية للإدارة، يكون مبرر عندما تفرضه نصوص تشريعية وقواعد قانونية فقط، وفي غير ذلك تبقى مجرد تبريرات غير مؤكدة.

(8) GUYOMAR Mattias, SEILLER Bertrant, Contentieux Administratif, 3ème Ed, DALLOZ, Paris, 2014, P. 357.

(9) قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 105050، صادر بتاريخ 24 جويلية سنة 1994، المجلة القضائية، عدد 03، 1994، ص ص. 218 ـ 224.

(10) MAHIOU Ahmed, Cours de Contentieux Administratif, Office des Publications Universitaires, Alger, 1991, P.233.

(11) أنظر المادة 171 مكرر من الأمر رقم 69 ـ 77، مؤرخ في 18 سبتمبر سنة 1969، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر.ج. ج عدد 82، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1969، ص.1234، معدل ومتمم بقانون رقم 01 ـ 05، مؤرخ في 22 ماي سنة 2001، ج. ر.ج. ج عدد 29، مؤرخ في 23 ماي سنة 2001، ص.05، (ملغى).

(12) أنظر كل من:

ـ المواد 164، 165 و171 من دستور سنة 1976، مرجع سابق ، ص. 1322.

ـ المواد 130، 131 و136 من دستور سنة 1989، مرجع سابق ، ص.252.

ـ المواد 157، 158 و163 من دستور سنة 1996، مرجع سابق، ص ص. 29 ـ 30.

(13) Décret du 2 Septembre 1795, du 16 Fructidor AN III, qui Défend aux Tribunaux de Connaitre des Actes d'Administration et Annule toutes Procédures et Jugements Intervenus a cet Egard, J. O. R.F du 21 Aout 1944, P.315, www.legifrance.gouv.fr, consulté le 26/07/2016.

(14) Voir l'Article 13 du la Loi des 16 - 24 Aout 1790, sur l'Organisation Judicaire, www.legifrance.gouv.fr, consulté le 26/07/2016.

(15) Voir l'Article 3 du Chapitre V du titre III de La Constitution Française de 1791, www.consiel-constitutionel.fr, consulté le 27/07/2016.

(16) Voir l'Article 52 de La Constitution Française de 13 Décembre 1799, www.consiel-constitutionel.fr, consulté le 13/07/2016.
(17) Loi du 24 Mai 1872, Portant Réorganisation du Conseil d'Etat, www.legifrance.fr, consulté le 13/07/2016.
(18) Voir MESTRE Jean Louis, Administration, Justice et Droit administratif, Annales Historiques de La Révolution française, N^0 328, avril - juin 2002, P.02 et suite.
(19) Décision Conseil d' Etat Français N° 77861, du 23 Janvier 1970, www.consiel-etat.fr, consulté le 24/09/2016.
(20) وتتلخص حيثيات قضية (CADOT) في:
«M. Cadot était directeur de la voirie et des eaux de la ville de Marseille, lorsque cet emploi fut supprimé. Il réclama des dommages-intérêts et demanda au Conseil d'État d'annuler le refus que la ville lui opposa. Alors qu'aucun texte n'attribuait expressément au Conseil d'État la compétence pour connaître d'un tel recours, il se reconnut néanmoins compétent pour juger la requête de M. Cadot. Sans que l'arrêt ne précise sur quel raisonnement le Conseil d'État fondait sa compétence, il est clair qu'il fut sensible au souci d'assurer que toute décision administrative puisse être contestée devant un juge. A défaut d'un texte précisant quel est le juge compétent pour connaître d'un litige, il estima que la compétence lui revenait, les conseils de préfecture, ancêtres des actuels tribunaux administratifs, n'ayant alors qu'une compétence réduite. Cette décision marquait l'aboutissement d'un processus historique de renforcement constant de la juridiction administrative», Décision Conseil d'Etat Français du CADOT, du 13 Décembre 1889, www.consiel-etat.fr, consulté le 27/07/2016.
(21) Loi N^0 95 – 125 du 8 Février 1995, Relative à l'Organisation des Juridictions et à La Procédure Civile, Pénale et Administrative, J. O. R. F du 9 Février 1995, www.legifrance.fr, consulté le 10/07/2016.
(22) CHAPUS René, Droit du Contentieux Administratif, 12ème Ed, Montchrestien, Paris, 2006, P.950.
(23) SAUVE Jean Marc, l'Injonction du Jugements, La Loi du 8 Février 1995 après Vingt Ans de Pratique Réflexions sur l'Effectivité Des Décisions du Juge Administratif, Acte de Colloque Organisé dans Le Cadre de La Conférence Nationale Des Présidents Des Juridiction Administratives, Faculté de Droit de Montpellier, 5 Septembre 2014, P.02.
(24) Loi N^0 2000 – 597 du 30 Juin 2000, Relative au Référé Devant les Juridictions Administratives, www.legifrance.fr, consulté le 10/07/2016.
(25) بودريوه عبد الكريم، «مبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة؛ تقليد أم تقييد»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص.45.
(26) للتفصيل أكثر راجع: عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص. 154 ـ 155.
(27) المادة 978 من القانون رقم 08 ـ 09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص.88.
(28) Article L911 - 1, du Code de La Justice Administratif, www.legifrance.fr, consulté le 10/07/2016.
وفي هذا الصدد أصدر مجلس الدولة الفرنسي في سنة 2001 قرار رقم 210661 في قضية CONNI LARSEN-BOCQUET، راجع في ذلك:
- Décision Conseil d'Etat Français N° 210661, du 04 Avril 2001, www.consiel-etat.fr, consulté le 24/08/2016.
(29) المادة979 من القانون رقم 08 ـ 09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص.89.
(30) Article L911 - 2, du Code de La Justice Administratif, Op.cit.
ومن بين الإجتهادات القضائية التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد:
- Décision Conseil d'Etat Français N° 224496, du 22 Février 2002, www.consiel-etat.fr, consulté le 24/08/2016.
- Décision Conseil d'Etat Français N° 319942, du 30 Décembre 2009, www.consiel-etat.fr, consulté le 24/08/2016.
(31) المادة 981 من القانون رقم 08 ـ 09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص.89.
(32) Article L911 - 4, du Code de La Justice Administratif, Op.cit.

(33) للتفصيل أكثر في هذه المسألة راجع: بوضياف عبد المالك، «فاعلية الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية»، مجلة معارف، العدد 16، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014، ص.230.

(34) LEBRETON Gilles, Droit Administratif Général, 4ème Ed, DALLOZ, Paris, 2007, P.541.

(35) DARCY Gilles, PAILLET Michel, Contentieux Administratif, DALLOZ, Paris, 2000, P.301.

(36) تميزت المرحلة الأولى في فرنسا بعدم تدخل القاضي الإداري بتوجيه أوامر مصحوبة بغرامات تهديدية ضد الإدارة، أما المرحلة الثانية كانت بداية لإرساء الغرامة التهديدية وذلك بموجب قانون رقم 80 ـ 539 المؤرخ في 16 جويلية سنة 1980 المتعلق بالتهديدات المالية في المادة الإدارية وتنفيذ الأحكام من قبل أشخاص القانون العام، والذي عدل بموجب القانون 2000 ـ 321.

- Loi N^0 80 - 539 du 16 juillet 1980, Relative aux Astreintes Prononcées en Matière Administrative et à l'Exécution des Jugements par Les Personnes Morales de Droit Public, J. O. R. F du 17 juillet 1980, P. 1799, Modifier par la Loi N^0 2000 - 321 du 12 avril 2000, Relative aux Droits des Citoyens dans Leurs Relations avec Les Administrations, www.legifrance.fr, consulté le 05/08/2016.

كما جاء بعد ذلك قانون 95 ـ 125 ليعزز هذه السلطة، حيث جعل سلطة توجيه أوامر مشمولة بالغرامة التهديدية لتشمل حتى محاكم القضاء الإداري بينما كانت مقتصرة على مجلس الدولة، للمزيد من التفصيل راجع:

– SAUVE Jean Marc, Op.cit, P.03 et suit.

(37) KHELLOUFI Rachid, «La Réforme de La Justice Administrative Algérienne Depuis 1996: une Réforme pour un Etat de Droit», Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, N^0 04, 2008, P.59.

(38) بوضياف عمار، «تنفيذ الأحكام القضائية في المادة الإدارية بين الإطار القانوني والإجتهاد القضائي»، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، العدد 02، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2007، ص.21.

(39) قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 115284، صادر بتاريخ 13 أفريل سنة 1997، المجلة القضائية، عدد 01، 1998، ص ص. 193ـ 197.

(40) قانون رقم 91 ـ 02، مؤرخ في 8 يناير سنة 1991، يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، ج. ر. ج. ج عدد 2، مؤرخ في 9 يناير سنة 1991، ص.24.

(41) نقلاً عن: آث ملويا لحسين بن شيخ، دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)، دار هومه، الجزائر، 2006، ص ص.496 ـ 497.

(42) قرار مجلس الدولة رقم 104989، صادر بتاريخ 08 أفريل سنة 2003، مجلة مجلس الدولة، عدد3، 2003، ص.177.

(43) أنظر في ذلك: غناي رمضان، «عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية (تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 08 أفريل سنة 2003 ملف رقم: 014989)» ، مجلة مجلس الدولة، العدد4، 2003، ص.158.

(44) للمزيد من التفصيل حول الدور الإجتهادي للقاضي الإداري راجع:

- ZOUAIMIA Rachid, ROUAULT Marie Christine, Droit Administratif, BERTI, Alger, 2009, PP.39 - 49.

(45) «أن إستبعاد القاضي الإداري لهذه السلطة يُعد بمثابة إنتقاص من إجتهاده والذي يعتبر أمر لابد منه»، راجع في هذا الإطار غناي رمضان، المرجع السابق، ص.156.

(46) BAKKER Rob, HERINGA Aalt Willem, STROUNK Frits, Judicial Control: Comparative Essays On Judicial Review, Volume 16, Maklu, Limburg, 1995, P.81.

(47) Décision Conseil d'Etat Français N° 37656, du 13 juillet 1956, www.consiel-etat.fr, consulté le 23/08/2016.

(48) المادة 340 من الأمر رقم 66 ـ 154، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص.606.

(49) المادة 471 من الأمر رقم 66 ـ 154، المرجع نفسه، ص.617.

(50) راجع بوبشير محند أمقران، «حدود الصلاحيات المستحدثة للقضاء الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية»، أعمال الملتقى الوطني حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، يومي 26 و27 أفريل 2011، ص.8.

(51) بعلي محمد الصغير، «تنفيذ القرار القضائي الإداري»، مجلة التواصل، العدد 17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص. 151.

(52) المادة 980 من القانون رقم 08 ـ 09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص.89.

(53) المادة 981، نفس المرجع، ص.89.

(54) أنظر في ذلك: كسال عبد الوهاب، «أثر الأوامر التنفيذية الصادرة من القاضي الإداري في بناء عملية الرقابة القضائية ضد الإدارة»، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، عدد 29، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2013، ص.240.

(55) المادة 946 من القانون رقم 08 ـ 09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص.86.

(56) أنظر المادتين 920 و921 من القانون رقم 08 ـ 09، المرجع نفسه، ص.84.

(57) Article 02 de La Loi N° 80 - 539, du 16 juillet 1980, Op.cit.

(58) Décision Conseil d'Etat Français N° 136910, du 25 Mars 1996, www.consiel-etat.fr, consulté le 23/08/2016.

عن فعالية إصلاحات تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن في القانون الجزائري*

علاوة حنان، طالبة دكتوراه،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ALLAOUA Hanane, Doctorante,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تقييم الإصلاحات القانونية التي إنتهجتها الجزائر في مجال تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، وذلك بإلقاء الضوء على المبادئ الجديدة التي كرسها المؤسس الدستوري في هذا الإطار، باعتبارها المرجع الأساسي لمختلف الحقوق، والبحث عن كيفية تجسيدها من الناحية التطبيقية بتحليل ودراسة أهم النصوص التشريعية والتنظيمية التي احتوت هذه العلاقة.

الكلمات المفتاحية:

الإدارة المحلية، المواطن، الديمقراطية التشاركية، الخدمة العمومية، الولوج إلى المعلومة، الشفافية.

About the effectiveness of the legal reforms to improve the relationship between local administration and citizen

Abstract:

This study aims to evaluate the legal reforms initiated by Algeria in the field of improving the relationship of the local administration and citizen, analyzing the new principles enshrined by the constitution in this context as a reference basis for the different rights, and seeking its interpretation in practice by analyzing the most important laws and regulations contained this relationship.

Keywords:

Local administration, citizen, participatory democracy, public service, access to information, transparency.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/07 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/20 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

De l'efficacité des réformes juridiques visant à améliorer la relation de l'administration locale et le citoyen

Résumé :

Cette étude vise à évaluer les réformes juridiques menées par l'Algérie dans le domaine de l'amélioration de la relation de l'administration locale et le citoyen, en analysant les nouveaux principes consacrés par la constitution, et la recherche de son interprétation dans la pratique en analysant les plus importants textes législatifs et réglementaires qui ont inclus cette relation.

Mots clés :

L'administration locale, citoyen, démocratie participative, service public, l'accès à l'information, transparence.

مقدمة

تكتسي الإدارة المحلية أهمية بالغة بإعتبارها همزة وصل بين السلطة المركزية والقاعدة الشعبية، وتتجسد تلك الأهمية حسب الفقهين Charles DEBBASCH و Frédéric COLIN بإعتبارها الجهاز الإداري الذي يتولى تنفيذ السياسات العامة، كون أنّ الإدارة ما هي إلا إنعكاس لمهام الدولة وبواسطتها تتمكن هذه الأخيرة القيام بمهامها[1]، لإرتباطها الوثيق بهموم وقضايا المواطن وانشغالاته اليومية.

شهدت الإدارة الجزائرية وعلى وجه الخصوص الإدارة المحلية غداة الإستقلال نقائص وإختلالات، وكان أبرزها تفاقم ظاهرة البيروقراطية من حيث طول الإجراءات والروتين الإداري، الأمر الذي أضعف الإدارة المحلية وانعكس سلباً على مستوى الخدمات المقدمة، وخلق مجال إداري مغلق على المواطنين تغيب فيه كل وسائل الإتصال بين الإدارة والمواطن، وهو ما نتج عنه تأزم العلاقة بينهما وولد إنفجار إجتماعي عقب أحداث أكتوبر 1988، والتي تعتبر بمثابة نقطة تحوّل حقيقي في مسار علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، حيث أفضت هذه الأخيرة الدخول في مرحلة جديدة جسدتها مجموعة من الإصلاحات العميقة التي تبنتها المنظومة القانونية الجزائرية، والتي استهدفت بالدرجة الأولى التكفل بخدمة المواطن، من خلال تحسين الخدمات المقدمة له من حيث الفعالية والأداء، ومن خلال هذه المعطيات تُثار إشكالية مدى مساهمة هذه الإصلاحات القانونية الجزائرية في خلق قنوات الإتصال بين الإدارة المحلية والمواطن قصد الوصول إلى علاقة مثالية ونوعية بينهما.

تأسيساً على ما سبق، سترتكز دراستنا على البحث عن فعالية الإصلاحات الدستورية في تنظيم علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، وذلك بالكشف عن أهم المبادئ التي كرسها المؤسس الدستوري في هذا المجال، باعتبارها المرجع الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية (أولاً).

وكذا البحث عن مدى تناسق النصوص التشريعية والتنظيمية مع الأهداف الدستورية في مجال تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، باعتبارها أساس تجسيد هذه العلاقة من الناحية التطبيقية (ثانياً).

أولاً:الدستور مرجع أساسي لإرساء علاقة جديدة بين الإدارة المحلية والمواطن

تعتبر الدساتير لبنة أساسية في مجال ضمان حقوق وحريات المواطن[2]، باعتبارها المرجع الأساسي لضبط العلاقة بين الإدارة والمواطن، تجسيداً لذلك شكلت مرحلة الثمانينيات بداية لبروز الحركات الإصلاحية والتي كان هدفها تحديث الإدارة وتكريس أكثر للامركزية[3] (1)، والتي أستكملت بموجب دستور سنة 1996 الذي عزز الطرح الدستوري لحقوق المواطن تجاه الإدارة، من أجل الوصول إلى علاقة جديدة مبنية على الشفافية والأداء الجيد لاسترجاع الثقة بين الطرفين (2).

1- بروز الإهتمام بعلاقة الإدارة المحلية بالمواطن

إنّ المتفحص للإصلاحات التي انتهجتها المنظومة القانونية الجزائرية، يُلاحظ أنّ عملية تحسين العلاقة بين الإدارة المحلية والمواطن، برزت أكثر مع بداية الثمانينيات في ظل ما عرف بسياسة تقريب الإدارة من المواطن، والتي أخذت طابعاً متميزاً بصدور دستور سنة 1989[4].

إذ شكّل هذا الدستور نقلة نوعية في مسار علاقة المواطن بالإدارة المحلية، لتميزه بنظرة جديدة إلى هذه العلاقة من خلال الإنفتاح الذي عرفه بتكريسه لمبدأ المشاركة (أ)، كما كرس للمواطن الحماية اللازمة من خلال تعاملاته مع الإدارة، بحيث ألزم كل أجهزة الدولة ومن بينها الإدارة المحلية بتنفيذ أحكام القضاء (ب).

أ. الديمقراطية التشاركية كآلية لتقريب الإدارة المحلية من المواطن

تعتبر الديمقراطية التشاركية من أهم المبادئ المعتمد عليها في سياسة تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، إذ أنّها تجعل المواطن قريبا من الإدارة وذلك بإشراكه في اتخاذ القرارات التي تؤثر على حياته سيما على المستوى المحلي، وفي هذا الصدد يقول الفقهين Charles DEBBASCH وFrédéric COLIN أنّ: «الديمقراطية التشاركية تقوم على أساس النقاش العام والتي تتطلب أن يتم إتخاذ جميع القرارات بعد مناقشة تجري مع الرأي العام»[5].

لم يتوانَ المؤسس الدستوري الجزائري عن تكريس مبدأ الديمقراطية التشاركية، وهو ما عبر عنه في دستور سنة 1989 والذي يعتبر بداية الإهتمام بتحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، من خلال تأكيده على أنّ الدولة تقوم على مبادئ الديمقراطية المحلية، وذلك بتجسيد التعددية الحزبية[6] والتكريس الفعلي لمبدأ المشاركة والذي يظهر من خلال ديباجيته التي نصت على أنّ: «الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوماً في سبيل الحرية والديمقراطية، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات دستورية، أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية»[7]، كما ركز المؤسس الدستوري في المواد 14،

15و16 على الجماعات الإقليمية كأسلوب للتنظيم الإداري ومشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم[8].

والمُلاحظ هنا، أنّ المؤسس الدستوري سعى إلى تقريب الإدارة من المواطن من خلال جعل الإدارة المحلية الإطار الحقيقي لمشاركة المواطنين، وذلك بتجسيده للديمقراطية التشاركية التي تعدّ أفضل وسيلة للإرتقاء بحقوق وحريات المواطن.

ب. تنفيذ أحكام القضاء ضمانة أساسية لحماية المواطن تجاه الإدارة المحلية

من بين الإصلاحات الدستورية التي أعتمدت لتحديث الإدارة المحلية وتحسين علاقتها بالمواطنين، نجد مسألة تفعيل رقابة القضاء على أعمال الإدارة وذلك بهدف صون حقوق المرتفقين واحترامها، قصد تجاوز أحد أهم الإشكالات التي يعاني منها المواطنين في علاقتهم مع الإدارة المحلية، والتي تتعلق بعدم تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة من طرف الموظفين والمسؤولين.

وباعتبار أنّ تنفيذ الأحكام القضائية هو الهدف المتوخى من اللجوء إلى القضاء، وعدم التنفيذ أو التأخير فيه يلحق ضرراً جسيماً بالمواطن، ويؤثر بالتالي على مصداقية الأحكام وعلى ثقة المواطنين في القضاء، وهذا ما أكده الفقيهان Charles DEBBASCH و Frédéric COLINاللذان إعتبرا أنّ عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الحائزة لحجية الشيء المقضي فيه تعدي على القانون[9]، بإعتبار أنّ هذه الأحكام تتمتع بحجية منذ النطق بها من طرف القاضي الإداري، وهو الأمر الذي يجعل الإدارة ملزمة بتطبيقها[10]، لذلك عمد المؤسس الدستوري في المادة 136 من دستور سنة 1989 على إلزام كل أجهزة الدولة ومن بينها الإدارة المحلية بتنفيذ أحكام القضاء[11].

وقد أفرزت مختلف التطبيقات القضائية الجزائرية، حرص القاضي الإداري على إجبار الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية، وهذا ما يستشف من خلال قرار مجلس الدولة رقم 013551 الصادر بتاريخ 15 جوان سنة 2004 في قضية بلدية عنابة ضد (ع. م. ص) الذي: «ألزم فيه البلدية بتعويض المستأنف عليه بسبب الضرر الذي ألحقته من جراء عدم تنفيذ حكم قضائي وذلك بعد تحرير محضر الإمتناع الذي يثبت أنّ بلدية عنابة لم تسعى إلى تنفيذ الحكم القضائي وهو الأمر الذي تسبب بضرر للمستأنف عليه ويستحق بذلك التعويض»[12]، وهذا ما أكده كذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 366813 الصادر بتاريخ 23 مارس سنة 2015 في قضية (B. D) ضد بلدية Saint-Eutrope-de-Born الذي جاء فيه:

«Une astreinte est prononcée à l'encontre de la commune de Saint-Eutrope-de-Born, si elle ne justifie pas avoir, dans les deux mois suivant la notification de la présente décision, accompli toutes diligences utiles à l'exécution du jugement du 30 /11/2011 du tribunal administratif de Bordeaux dans les conditions définies dans les motifs de la présente décision et jusqu'à la date de cette exécution. Le taux de cette astreinte est fixé à 100 euros par mois, à compter de l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la présente décision »[13].

2- تعزيز الإطار الدستوري لتنظيم علاقة الإدارة المحلية بالمواطن

لقد تكفل المؤسس الدستوري في ظل دستور سنة 1996 بتحسين علاقة الإدارة بالمواطن، من خلال الرغبة التي نلمسها في تنظيمه أكثر لهذه العلاقة على المستوى الدستوري، وذلك باستحداثه لمبادئ ومؤسسات جديدة لضبط العلاقة بين الوظيفة الإدارية وحقوق المواطنين، بالإضافة إلى دورها في تأسيس ضمانات خضوع النظام الإداري والوظيفة الإدارية لمبدأ الشرعية ودولة القانون[14]، والتي ستؤثر حتما على العلاقة بين الإدارة المحلية والمواطن، كالإعتراف بموجب نص دستوري بمبدأ الحياد الذي يجب أن تكون عليه الإدارة (أ) وتكريس حق الولوج إلى المعلومة (ب)، إضافةً إلى إنشاء ولأول مرة بموجب نص دستوري مجلس وطني لحقوق الإنسان الذي يسهر على ترقية واحترام حقوق الإنسان (ج).

أ- عدم تحيز الإدارة أداة أساسية لتحسين العلاقة بين الإدارة المحلية والمواطن

بمناسبة الأزمة المتعددة الجوانب التي مرت بها البلاد، والتي كانت من أسبابها التدخل المباشر للأجهزة الإدارية والأمنية في الحياة السياسية، كان من الضروري لبناء دولة قانونية الإتفاق على تحييد الإدارة عن العمل السياسي[15]، وهذا ما كرسه دستور سنة 1996 لأول مرة بموجب المادة 25 والتي تنص على أنّ: «عدم تحيّز الإدارة يضمنه القانون».[16]

يعتبر تكريس مبدأ عدم تحيز الإدارة المحلية ضمانة أساسية لتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين، وهذا ما ذهب إليه الفقيه OBERDORFF Henri باعتباره أنّ مبدأ عدم تحيز المرافق العمومية هو مكمل لمبدأ المساواة الذي يمنع التمييز فيما تقدمه من خدمات للجمهور[17]، وأكده المجلس الدستوري الفرنسي من خلال قرار رقم 86 ـ 217 الصادر بتاريخ 18 سبتمبر سنة 1986 الذي جاء فيه:

«…se conformer aux principes fondamentaux de service publique et notamment au principe d'égalité et à son corollaire le principe de neutralité du service…»[18].

كما نجد أنّ القاضي الإداري الجزائري حرص على تجسيد مبدأ الحياد، باعتباره من الضمانات الأساسية لتحسين علاقة الإدارة بالمواطن، من خلال قرار مجلس الدولة رقم 001192 الصادر في 03 أفريل سنة 2001: «الذي ألزم فيه الموظف باحترام مبدأ التحفظ حتى خارج مكان العمل إستناداً إلى المرسوم التشريعي 02/93 المؤرخ في 06 فيفري 1993 المتضمن تمديد الحالة الإستعجالية الذي يلقي على عاتق الموظف التزامات التحفظ بخصوص الجدل السياسي أو الإيديولوجي»[19]، وفي هذا الصدد يرى البعض[20] أنّ

الموظفين عند التزامهم بمبدأ التحفظ، ما هو إلا تجسيد لمبدأ الحياد الذي يجب أن تكون عليه الإدارة .

ب- حق النفاذ إلى المعلومة تكريس لسياسة الإنفتاح على الإدارة المحلية

محاولةً لرد الإعتبار لعلاقة المواطن بالإدارة وتجسيداً لشفافية الجهاز الإداري، عمد المؤسس الدستوري في ظل التعديل الأخير إلى تكريس حق المواطن أو المتعامل مع الإدارة بصفة عامة في الولوج إلى المعلومة بموجب المادة 51 من دستور سنة 1996[21] ، وبهذا يقع على عاتق الإدارة المحلية الإلتزام بإتخاذ كافة الإجراءات لتزويد المواطنين بالمعلومات الضرورية المتعلقة بنشاطها وأعمالها بكل الطرق القانونية، سواءً عن طريق النشر أو التبليغ[22]، كما تلتزم بتبسيط الإجراءات التي بموجبها تسهل وصول المواطن إلى المعلومات التي يبحث عنها[23]، ويعتبر كل من الفقهين GUY Braibant و STIRN Bernardأنّ تكريس حق المواطنين في الولوج إلى المعلومات الإدارية يشكل آلية للرقابة على الإدارة[24].

من هذه الزاوية، نجد أنّ مجلس الدولة الجزائري قد كرس هذا المبدأ في بعض قراراته والتي من بينها قرار رقم 015869 في قضية (ش. أ) ضد والي ولاية بجاية، الصادر بتاريخ 12 جويلية سنة 2005 الذي أقر أنّه: «وفقا للمرسوم 131/88 المتضمن لعلاقات بين الإدارة والمواطن في مادته 35 لا يحتج بأي قرار ذات طابع فردي على المواطن المعني بهذا القرار إلا إذا سبق تبليغه إليه قانوناً، كما أنّ المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية تنص على التبليغ أو النشر في حين لا يوجد في قضية الحال ما يفيد أنّ القرار الإداري المطعون فيه قد بلغ، وبالتالي يتعين إلغاء القرار المستأنف لمخالفته المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والمرسوم 131/88»[25].

وبالرجوع إلى الإجتهاد القضائي الفرنسي نجده إعتبر حق النفاذ إلى المعلومات من الحريات الأساسية، وهذا ما أكده قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 228830 الصادر بتاريخ 29 أفريل سنة 2002 في قضيةULLMANN الذي جاء فيه:

«Le Droit d'Accès aux Documents Administratifs est une Garantie Fondamentale Accordée aux Citoyens pour l'Exercice des Liberté Publique»[26].

تدعيماً لذلك، هناك بعض الدول سارت خطوة هامة في مجال تحسين علاقة الإدارة بالمواطن، باستحداثها لهيئات تسهر على احترام حق النفاذ إلى المعلومات، وهذا ما نجده في كل من التجربة الفرنسية بإنشائها في سنة 1978 Commission d'accès aux Documents Administratifs[27]، والتجربة الإنجليزية التي سعت إلى حماية هذا الحق من خلال تكريسها في قانون حق النفاذ إلى المعلومة[28]2000 Freedom of Information Act لهيئتين Information Commissioner و Information Tribunal[29]، وهي من الأجهزة المفقودة في الجزائر نظراً لحداثة دسترة حق الولوج إلى المعلومة.

ج- إنشاء المجلس الوطني لحقوق الإنسان خطوة أساسية لترقية علاقة المواطن بالإدارة

توازيا مع الإصلاحات الدستورية الرامية إلى تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، تم إنشاء ولأول مرة بموجب المادتين 198 و199 من دستور سنة 1996 مجلس وطني لحقوق الإنسان[30]، وهو جهاز يتولى أساساً مهمة الرقابة والإنذار المبكر والتقييم في مجال إحترام حقوق الإنسان، كما يقوم بدراسة الإنتهاكات التي يمكن أن تمس هذه الحقوق ويتخذ الإجراءات المناسبة بشأنها دون المساس بصلاحيات السلطة القضائية، ويبلغ نتائج تحقيقه إلى السلطة الإدارية المختصة أو على الجهات القضائية إن اقتضى الأمر، كما يتولى إعداد تقرير سنوي حول وضعية حقوق الإنسان ويرفعه إلى كل من رئيس الجمهورية، البرلمان، والوزير الأول، كما يسهر على نشره بهدف إطلاع الرأي العام على محتواه.

وفي هذا الصدد أشار رئيس الجمهورية "السيد عبد العزيز بوتفليقة" عقب المصادقة على المشروع التمهيدي الذي يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحقوق الإنسان، أنّ دسترة هذا المجلس يعكس تمسك بلادنا العميق باحترام حقوق الإنسان[31]، كما أنّ استحداث هذه الهيئة من شأنها أن تشكل حماية للمواطن، لتفادي الإنتهاكات التي قد تمس حقوقه من خلال تعاملاته مع الإدارة المحلية.

ثانياً:إنعدام التأطير القانوني المباشر لضبط العلاقة بين الإدارة المحلية والمواطن

يمتاز التأطير التشريعي المنظم لعلاقة الإدارة بالمواطن بالطابع غير المباشر نظراً لغياب تقنين خاص يضبط هذه العلاقة[32]، لذلك إرتأينا البحث في التشريعات المحلية عن كيفية تنظيمها، وذلك بالنظر إلى موقع الإدارة المحلية واقترابها من المواطن واحتكاك هذا الأخير بها، الأمر الذي يفرض عليها إشراكهم في صنع القرار وممارسة الرقابة الشعبية عليها[33] (1).

إنّ عدم وجود رغبة تشريعية في تنظيم علاقة الإدارة المحلية بالمواطن،لا يمكن إلا أن يفسر بتركيز عملية الإصلاحات الرامية إلى تطوير الإدارة المحلية وتحسين علاقتها بالمواطنين على السلطة التنظيمية، وهذا ما يتناقض مع المبادئ الأساسية للحريات العمومية التي تحدّ من صلاحيات السلطة التنظيمية في هذا المجال، باعتبار أنّ هذه العلاقة هي علاقة حقوق وواجبات تدخل ضمن اختصاص السلطة التشريعية (2).

1 -تنظيم علاقة الإدارة بالمواطن في ظل قوانين الإدارة المحلية

تربط المواطن بالإدارة المحلية علاقة قوية نظراً لقرب المسافة بين الهيئات الإقليمية والمواطنين[34]، هذا القرب يجد مصدره بحكم الصلاحيات التي تنقلها السلطة المركزية للجماعات الإقليمية، الأمر الذي يجعل منها الجهة التي يلجأ إليها المواطنون لتلبية طلباتهم[35]، لذلك تعتبر قوانين الإدارة المحلية من أهم القوانين التي يستند إليها لتنظيم علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، بإقرارها لجملة من الآليات تسمح بمشاركة المواطن في

اتخاذ القرار على المستوى المحلي، لكن رغم هذه الأهمية إلا أنّها إحتوت فقط بعض ملامح هذه العلاقة والتي تظهر من خلال:

أ. تنظيم قانون البلدية لعلاقة الإدارة المحلية بالمواطن

تعتبر البلدية قاعدة المشاركة الأولى للمواطن المحلي في إدارة وتسيير شؤونه[36]، وهذا ما أكده قانون البلدية 11-10 من خلال الباب الثالث الذي جاء تحت عنوان: "مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية"، والذي يؤكد على تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، تجسيداً لذلك جاءت المادتين 11 و12 من نفس القانون للتأكيد على مبدأ المشاركة، من خلال إقرار حق المواطنين في الإعلام الإداري والتزام المجلس الشعبي البلدي بإتخاذ التدابير الضرورية لإعلام الجمهور بشؤونهم بكافة الوسائل الإعلامية المتاحة، كما يتولى خلق إطار ملائم للمبادرات المحلية المحفزة للمشاركة [37].

كما تكفل قانون البلدية بتنظيم العلاقة بين الإدارة المحلية والمواطن من خلال النص على مبدأ الشفافية، حيث يمكن لكل شخص الإطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي وكذا قرارات البلدية[38]، إعمالاً لهذا المبدأ تنص الفقرة الأولى من المادة 22 على أنّه: «يلصق مشروع جدول أعمال الإجتماعات عند مدخل قاعة المداولات وفي الأماكن المخصصة لإعلام الجمهور... »[39].

تكريساً لمبدأ الشفافية ومحاولةً من المشرع من خلال قانون البلدية إزالة السرية التي تعتري النشاط الإداري، جعل العلانية مبدأً عاماً في جلسات المجلس الشعبي البلدي، إذ أنّها تكون مفتوحة على كل مواطن معني بموضوع المداولة، ويتم تعليقها في الأماكن المخصصة للملصقات وإعلام الجمهور، وتنشر بكل وسيلة إعلام أخرى خلال الثمانية أيام الموالية لدخوله حيز التنفيذ[40].

تحقيقاً للديمقراطية المحلية والتسيير الجواري، يسهر المجلس الشعبي البلدي على تهيئة الإطار الملائم للمبادرات المحلية التي تحفز مشاركة المواطنين، كما يمكن لرئيس المجلس كلما إقتضت الضرورة، أن يستعين بصفة إستشارية بكل شخصية محلية أو خبير و/أو كل ممثل جمعية محلية معتمدة قانونا[41].

بالموازاة مع هذه الإصلاحات الرامية إلى تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، تظهر نية السلطة التنفيذية في تجسيد المبادئ التي جاء بها قانون البلدية من الناحية التطبيقية، بإصدارها للمرسوم التنفيذي رقم 16-190 الذي يحدد كيفيات الإطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي والقرارات البلدية[42]، بحيث يُلزم المجلس الشعبي البلدي باتخاذ كل التدابير الرامية إلى تسهيل إعلام المواطنين حول تسيير شؤون البلدية، وتطوير الدعائم الرقمية قصد ضمان نشر وتبليغ قرارات البلدية[43].

ب. تنظيم قانون الولاية لعلاقة الإدارة المحلية بالمواطن

بالمقابل، نجد قانون الولاية 12-07 نظم هو الآخر علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، باعتباره الإطار الثاني الذي يعبر فيه المواطن عن إرادته، من خلال تكريسه لحق المواطن في الإعلام والذي تضمنته أحكام المادتين 18 و31 منه، التي ألزمت بإلصاق جدول أعمال الدورة فور استدعاء أعضاء المجلس الشعبي الولائي ومستخلص مداولاته في الأماكن المخصصة لإعلام للجمهور[44].

إلى جانب ذلك، فرضت المادة 26 على أن تكون جلسات المجلس الشعبي الولائي علنية كمبدأ عام[45]، باستثناء المداولات التي يقرر فيها المجلس التداول فيها في جلسة مغلقة[46]، كما أجاز هذا القانون خارج دائرة الحياة الخاصة لكل شخص له مصلحة أن يطلع في عين المكان على محاضر مداولات المجلس الشعبي الولائي، وأن يحصل على نسخة كاملة أو جزئية منها على نفقته[47].

تجدر الإشارة، أنّ المشرع الجزائري لم يولِ إهتماما بالدائرة كهيئة إدارية رغم كونها من أكثر الإدارات التي لها علاقة مباشرة بحياة المواطن اليومية، وما تقدمه من خدمات عمومية، إذ لم يمنح لها الشخصية المعنوية وهي تابعة إدارياً ومالياً للولاية، إستثناءً نجد المادة 168 من الأمر رقم 69-38 المتضمن قانون الولاية التي نصت على أن يسهر رئيس الدائرة على التقارب بين الإدارة والمواطنين[48].

2-عن دور السلطة التنظيمية في تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن

في الوقت الذي إعتمدت فيه بعض الدول وعلى رأسها فرنسا على النصوص التشريعية في تنظيم علاقة الإدارة بالمواطن، إنتهجت الجزائر إتجاها معاكسا من خلال إعتمادها على النصوص التنظيمية، ويتعلق الأمر بمختلف النصوص التي أصدرتها السلطة التنظيمية ضمن عملية الإصلاحات الرامية إلى تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطنين، لكن رغم إتساع الإحتواء التنظيمي للعلاقة إلا أنّه إمتاز بالضعف نظرًا لـ:

أ. قصور النص التنظيمي في ضبط علاقة الإدارة المحلية بالمواطن

يعتبر مرسوم رقم 88-131 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن[49]، من أهم الإصلاحات الكبرى التي شهدتها الجزائر في مجال تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن[50]، باعتباره النص الوحيد المتعلق مباشرة بترقية هذه العلاقة، فقد تضمن العديد من الأحكام والمبادئ التي تهدف إلى تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن، كما تضمن جملة من الإلتزامات والحقوق التي من شأنها أن تحافظ على كرامة المرتفق وحقوقه وتوفير التكفل اللائق به[51].

رغم أهمية هذا المرسوم في إرساء علاقة جديدة بين الإدارة المحلية والمواطن، إلا أننا نسجل فيه بعض القصور، بسبب قلة النصوص التطبيقية لتجسيده على أرض الواقع والتي انحصرت في 03 قرارات فقط[52]، كما أنّه صدر في فترة إزدادت فيها البيروقراطية بمفهومها السلبي تشدداً، ولم يتم إحترام كل مواده لكونه لا يحمل القوة القاهرة لتثبيته، والتي تتمثل في القوة السياسية للأحزاب التي تعمل على تفعيل دورها الرقابي، وتنقل هموم المواطن إلى أعلى مستوى من الأجهزة التنفيذية[53].

وما يزيد من قصور هذا المرسوم في تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، هو إستعماله لمصطلح مواطنcitoyen الذي يستبعد أصناف عدة لها علاقات هي الأخرى مع الإدارة كالأجانب والأشخاص المعنوية[54]، فكان من الأجدر على المنظم الجزائري أن يحذو حذو المشرع الفرنسي الذي استعمل مصطلح الجمهور public[55] أو المنظم التونسي الذي استعمل مصطلح المتعاملين مع الإدارة usagers[56] اللذان لا يستثنيان أي شخص له علاقة مع الإدارة.

وما يعاب كذلك على هذا المرسوم هو طابعه التنظيمي، فكيف له أن ينظم علاقة الإدارة بالمواطن المبنية على الحقوق والواجبات، علماً أنّ هذا المجال يعود إلى البرلمان باعتباره هو المختص بالتشريع في المجالات التي تمس حقوق الأشخاص وواجباتهم، وهذا بدليل المادة 140 من دستور سنة 1996 التي تنص على أنّه: «يشرع البرلمان في الميادين التي يخصّصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

1) . حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين،...»[57].

ب. التعليمات والمنشورات أدوات إدارية ضعيفة لتحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن

بغية إعادة الثقة بين الإدارة المحلية والمواطن، إستعملت السلطات التنظيمية التعليمات والمنشورات كآليتين للنص على التدابير الواجب إتخاذها لتحسين علاقة الإدارة بالمواطن، نذكر منها التعليمة الرئاسية رقم 10 المتعلقة بتحسين علاقة الإدارة بالمواطن وتسهيل مهمة الوسيط على مختلف الإدارات المركزية والمحلية[58]، والمنشور رقم 20 يتضمن إنشاء وسيط إداري محلي على مستوى كل ولاية يعين بموجب قرار من الوالي[59]، وكذا التعليمتين رقم 298 و321 المتعلقتين بإصلاح الخدمة العمومية[60]، ضف إلى ذلك المنشور الوزاري الذي يتعلق بتحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن وإعادة تأهيل المرافق العمومية[61]، والأكثر من ذلك نجد التعليمة رقم 363 الصادرة عن كتابة الدولة للوظيف العمومي والإصلاح الإداري، والتي تضمنت جملة من التدابير التي طبقت على الإدارات التي لها علاقة كثيفة بالمواطن والرامية إلى تحسين خدماتها مع الجمهور، و كانت تهدف هذه

التدابير البالغ عددها 73 في أغلبها إلى نفس ما تضمنه المرسوم رقم 88-131 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن[62].

غير أنّ هذه المعالجة التي لا يمكن إنكارها والتي حاولت بدورها إعادة الثقة المفقودة بين الإدارة المحلية والمواطن، تمت وفق آليات تندرج ضمن نطاق الأعمال الإدارية غير المنشئة للقانون بيد أنّها غير موجهة للأفراد ولا تلزم غير الموظفين[63]، وفي هذا الصدد ترى الفقيهةMartine LOMBARD بأنّ إحتواء التعليمات أو المنشورات على بعض العناصر التنظيمية، لا يجعل منها نصوصا تنظيمية بذاتها أو بالأحرى نصوصا قانونية، ثم تضيف الفقيهة بأنّ التعليمات والمنشورات قد وجدت أصلا من أجل تفصيل وتيسير تطبيق نص قانوني موجود مسبقاً، ولا تتولى بنفسها خلق قواعد قانونية بذاتها[64]، وهذا ما أكده الفقيهGAUDMENT Yves، حيث إعتبرها مجرد إرشادات خطية من الرئيس إلى المرؤوس بغية تفسير قانون ما دون إضافة قاعدة قانونية جديدة[65].

ومن الإجتهادات القضائية الجزائرية التي أكدت على هذه المسألة قضية سامباك SEMPAC ضد الديوان الوطني للحبوب OAIC، حيث أنّ المدير العام للشركة قرر بموجب المنشور رقم 20/650 تحرير نسبة إستخراج السميد من الحبوب، ولم يكتفِ بتفسير النصوص السارية المفعول بل أضاف قواعد جديدة إلى القرار المطعون فيه، ولما كان المنشور المذكور يكتسي طابعاً تنظيمياً، فإنّه بالنتيجة قابلاً للطعن أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى[66].

وما يعاب كذلك على تنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطن بالمنشورات والتعليمات، هو صعوبة إطلاع المواطنين على محتواها، بالرغم أنّ المرسوم رقم 88-131 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن يلزم في المادتين 08 و09 الإدارة بإطلاع المواطنين على كل التنظيمات والتدابير والمناشير التي تسطرها وتستعمل وتطور أي سند مناسب للنشر والإعلام[67].

ضف إلى ذلك، فالمنشورات والتعليمات تفتقد لأهم ضمانة لحماية حقوق وحريات المواطنين نظراً لعدم خضوعها لرقابة البرلمان، وهو الأمر الذي يوسّع مجال إستعمال الإدارة المحلية لسلطاتها التقديرية في تعاملاتها مع المواطنين، لذلك ومن أجل التكفل أكثر بحريات المواطن، ينبغي تنظيم هذه العلاقة بموجب قانون باعتبارها مسألة دستورية، يكون تكريسها بنصوص تشريعية تلي الدستور مرتبة من حيث قاعدة تدرج القواعد القانونية.

خاتمة

حاولنا من خلال هذه الدراسة البحث عن مدى فعالية الإصلاحات القانونية في تحسين علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، بتحليل كل من الأسس الدستورية، التشريعية والتنظيمية التي إحتوت هذه العلاقة.

وبالرجوع إلى هذه الأسس، نجد أنّ المؤسس الدستوري خطى خطوة هامة في مجال تحسين علاقة الإدارة بالمواطن، سيما عند توسيع إطار المشاركة المحلية وتكريس مبدأ عدم تحيز الإدارة، وإقرار مبدأ الولوج إلى المعلومة وتدعيم فكرة دولة القانون، من خلال إخضاع جميع أجهزة الدولة على تنفيذ أحكام القضاء، الأمر الذي سيؤثر حتماً على العلاقة بين الإدارة المحلية والمواطنين.

رغم ذلك، إلا أنّ المواطن بقي غير راضٍ عن الخدمات المقدمة له من قبل الإدارة المحلية، بسبب الطبيعة الشكلية التي اتسمت بها الإصلاحات الدستورية، نظراً لعدم وجود رغبة تشريعية تعكس وتترجم الأهداف الدستورية في مجال تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن، كون أنّ القوانين هي التي تتولى تفصيل المبادئ العامة التي يتضمنها الدستور، وهذا ما لا نلمسه في التأطير التشريعي الجزائري، بسبب عدم وجود قانون خاص ينظم علاقة الإدارة المحلية بالمواطن.

حيث تم التركيز على السلطة التنظيمية في مجال إصلاح علاقة الإدارة المحلية بالمواطن، رغم إعتبارها مصدر ضعيف للإرتقاء بهذه العلاقة، وهذا الأمر يحتاج إلى إعادة الرؤى، كون أنّ ضمان فاعلية هذه الإصلاحات لن تكفله إلا آلية القانون، باعتبارها القاعدة الأكثر ديمقراطية وأكبر ضمانة بعد الدستور لحماية حقوق وحريات المواطن تجاه الإدارة.

الهوامش:

(1) DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric, Droit Administratif, 7éme éd, ECONOMICA, Paris, 2004, P. 07.

(2) راجع في ذلك:

- المادة 38 من دستور سنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 ـ 438، مؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج. ر. ج. ج عدد 76، مؤرخ في 08 ديسمبر سنة 1996، ص. 6، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 02 ـ 03، مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، ج. ر. ج. ج عدد 25، مؤرخ في 14 أفريل سنة 2002، ص. 13، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08 ـ 19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج. ر. ج. ج عدد 63، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2008، ص.8، معدل ومتمم بالقانون رقم 16 ـ 01، مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، ج. ر. ج. ج عدد 14، مؤرخ في 7مارس سنة 2016، ص.3.

- الفصل 21 من الدستور التونسي لسنة 2014، ص.13، المتوفر على موقع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية: www.iort.gouv.tn، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/06/15.

- الفصل 6 من الدستور المغربي لسنة 2011، ص.5، المتوفر على الموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة المغربية: www.sgg.gov.ma، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/06/15.

(3) BELMIHOUB Mohamed Chérif, La Réforme Administrative en Algérie, Innovations Proposées et Contraintes de Mise en œuvre, Forum Euro Méditerranéen sur Les Innovations et Les Bonnes Pratiques Dans l'Administration, Tunis, 15- 17 juin 2005, PP. 6-7.

(4) دستور سنة 1989، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 89 ـ 18، مؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في إستفتاء 23 فبراير سنة 1989، ج. ر. ج. ج عدد 9، مؤرخ في 1 مارس سنة 1989، ص. 234.

(5) DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric, Op.Cit, P. 440.

(6) انظر المادة 40 من دستور سنة 1989، مرجع سابق.

(7) ديباجة دستور سنة 1989، مرجع نفسه.

(8) انظر المواد 14، 15 و16 من دستور سنة 1989، مرجع نفسه.

(9) DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric, Op. Cit, P. 693.

(10) LEWALLE Paul, Contentieux Administratif, 3éme éd, LARCIER, Bruxelles, 2008, P.416.

(11) راجع المادة 136 من دستور سنة 1989، مرجع سابق.

(12) قرار مجلس الدولة رقم 013551، صادر بتاريخ 15 جوان سنة 2004، مجلة مجلس الدولة، عدد 05، 2004، ص ص.130 ـ 131.

(13) Décision Conseil d'Etat Français, N° 366813 du 23 Mars 2015, www.conseil-etat.fr, consulté le 05/10/2016.

(14) لبشري رميني حورية، مبدأ فعالية الإدارة العامة في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص.88.

(15) راجع في ذلك: رداوي عبد المالك، الحياد السياسي للإدارة بعد إقرار التعددية الحزبية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، فرع التنظيم السياسي والإداري، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2014، ص. 182.

(16) انظر المادة 25 من دستور سنة 1996، مرجع سابق.

(17) OBERDORFF Henri, Droit de l'Homme et Libertés Fondamentales, 2éme éd, L. G. D. J, Paris,2010,P. 434.

(18) Décision Conseil Constitutionnel Français N° 86 - 217, du 18 septembre 1986, www.consiel-constitutionnel.fr, consulté le 05/10/2016.

(19) قرار مجلس الدولة رقم 001192، صادر بتاريخ 09 أفريل سنة 2001، مجلة مجلس الدولة، عدد1، 2002، ص ص. 119 ـ 120.

(20) انظر في ذلك: بودريوه عبد الكريم، مبدأ حياد الإدارة وضماناته القانونية دراسة مقارنة الجزائر- تونس ـ فرنسا، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2005، ص.214.

(21) انظر المادة 51 المستحدثة بموجب القانون رقم 16 ـ 01، مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، مؤرخ في 7مارس سنة 2016، ص.3.

نجد هناك العديد من الدول التي قامت بدسترة الحق في الولوج إلى المعلومات منها :

- الدستور التونسي لسنة 2014، من خلال الفصل 32، متوفر على موقع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية:www.iort.gouv.tn، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/06/15.

- الدستور المغربي لسنة 2011، نص على هذا الحق من خلال الفصل 27، متوفر على الموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة المغربية: www.sgg.gov.ma، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2016/06/15.

- ونص الدستور الفرنسي على هذا المبدأ من خلال المادة 15 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أوت لسنة 1789: www.legifrance.gouv.fr, consulté le 16/07/2016.

(22) DANTONEL–COR Nadine,Droit Des Collectivités Territoriales,3émééd,BREAL,Paris,2007,PP. 131 132.

(23) DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric,Op. Cit, P. 440.
(24) GUY Braibant, STIRN Bernard, Le Droit Administratif Français, 5éme éd, DALLOZ, Paris, 1999, P.441.
(25) قرار مجلس الدولة رقم 015869، صادر بتاريخ 12 جويلية سنة 2005، مجلة مجلس الدولة، عدد7، 2005، ص ص.141 ـ 144.
(26) Décision Conseil d'Etat Français, N° 228830 du 29 Avril 2002, www.consiel-etat.fr, consulté le 05/10/2016.
(27) La Commission d'Accès aux Documents Administratifs à été crée en 1978 par l'article 20 de la Loi N° 78 - 753, du 17 juillet 1978, Portant Diverses Mesures d'Amélioration Des Relations entre l'Administration et le Public et Diverses Dispositions d' Ordre Administratif, Social et Fiscal, J. O. R. F du 18 juillet 1978, P. 2851, qui dispose: «La Commission d'Accès aux documents administratifs est une autorité administrative indépendante.
Elle Chargé de Vieller au Respect de la Liberté d'Accès aux Documents et aux Archives…», www.legifrance.gouv.fr, consulté le 02/10/2016.
Le rôle de cette commission est de rendre des avis sur le refus opposé par l'administration aux demandes de communication des particuliers des entreprises ou des associations, sa saisine est obligatoire avant tout recours contentieux, pour plus de détail sur le rôle de cette commission voir: LECLERC Jean - Pierre, «Le Rôle De La Commission D'accès aux Documents Administratifs», Revue Français d'Administration Publique, N°1, 2011, PP.171 - 179.
(28) Freedom Of Information Act 2000, www.legislation.gov.uk , consulted at 05/10/2016.
(29) See The Chapiter 36, Part 1, Section 18 in Freedom Of Information Act 2000, Ibid.
-تجدر الإشارة، أنّ هاتان الهيئتان تم إستحداثهما لأول مرة بموجب قانون Data Protection Act 1989 المتعلق بحماية المعطيات الخاصة، راجع في ذلك:
-Data Protection Act1998, www.legislation.gov.uk , consulted at 07/10/2016.
(30) انظر في ذلك المادتين 198 و199 المستحدثتان بموجب القانون رقم 16 ـ 01، يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.
(31) بيان مجلس الوزراء، المنعقد يوم 31 مايو سنة 2016، متوفر على الموقع الرسمي للوزارة الأولى:-www.premier ministre.gov.dz، تم الإطلاع عليه بتاريخ 11 جويلية سنة 2016.
(32) خلافاً للمشرع الفرنسي الذي نظم العلاقة بين الإدارة والجمهور بموجب قانون، أنظر كل من:
-Loi N° 78 - 753, Du 17 Juillet 1978, Portant Diverses Mesures d'Amélioration des Relations entre l'Administration et Le Public et Diverses Dispositions d'Ordre Administratif, Social et Fiscal, Op. Cit.
-Loi N° 79 - 587, Du 11 Juillet 1979, Relative à La Motivation Des Actes Administratifs et à l'Amélioration Des Relations Entre l'Administration et Le Public, J. O. R. F N° 12, du 12 Juillet 1979, P.1711, Modifié par La Loi N° 2011 - 525, du 17 Mai 2011, Relative a La Simplification et l' Amélioration de Qualité du Droit, J. O. R. F N° 0115, Du 18 Mai 2011, P. 8537, www.legifrance.gouv.fr, consulté le 10/07/2016.
-Loi N° 2000 - 321, Du 12 Avril 2000, Relative aux Droits des Citoyens Dans Leurs Relations avec Les Administrations, J. O. R. F N° 0088, du 13 Avril 2000, P. 5646, www.legifrance.gouv.fr, consulté le 10/07/2016.
-Code des Relations Entre le Public et l'Administration, www.legifrance.gouv.fr, consulté le 04/07/2016.
(33) بوضياف عمار، شرح قانون البلدية، جسور للنشر، الجزائر، 2012، ص.138.
(34) عيساوي عز الدين، «الديمقراطية المحلية: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد12، العدد 02، 2015، ص.214.
(35) PIPARD-THAVEZ Dominique, Les Règles de La Communication Publique Locale, GUIDE LEGIPRESSE VICTOIRES, France, 2008, P.21.
(36) راجع في ذلك: المادة 2 من القانون رقم 11 ـ 10، مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج. ر. ج. ج عدد 37، مؤرخ في 3 يوليو سنة 2011، ص.4، إلى جانب ذلك نجد أن المادة 103 من نفس القانون تؤكد على مبدأ المشاركة والتي تعتبر المجلس الشعبي البلدي إطار للتعبير عن الديمقراطية ومكان مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية.
(37) راجع المادتين 11 و12، المرجع نفسه.
(38) انظر المادة 14، المرجع نفسه.

(39) المادة 22، المرجع نفسه.

(40) راجع في ذلك: المواد 26، 30 و98، المرجع نفسه.

(41) راجع في ذلك: كل من المادتين 12 و13، المرجع نفسه.

(42) مرسوم تنفيذي رقم 16 ـ 190، مؤرخ في 30 يونيو سنة 2016،يحدد كيفيات الإطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي والقرارات البلدية،ج. ر. ج. ج عدد 41،مؤرخ في 12 يوليو سنة 2016،ص. 8.

(43) انظر المادة 02، المرجع نفسه.

(44) راجع في ذلك: المادتين 18 و31 من القانون 12 ـ 07، مؤرخ في 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية، ج. ر. ج. ج عدد 12، مؤرخ في 29 فبراير سنة 2012، ص. 5.

(45) راجع في ذلك: المادة 26، المرجع نفسه.

(46) انظر في ذلك: المادة 27، المرجع نفسه.

(47) راجع في ذلك: المادة 32، المرجع نفسه.

(48) المادة 168 من الأمر رقم 69 ـ 38، يتضمن قانون الولاية، مؤرخ في 23 مايو سنة 1969، ج. ر. ج. ج عدد 44، مؤرخ في 23 مايو سنة 1969، ص. 530. (ملغى).

(49) مرسوم رقم 88 ـ 131، مؤرخ في 4 يوليو سنة 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج. ر. ج. ج عدد 27، مؤرخ في 6 يوليو سنة 1988، ص.1013.

(50) جاء هذا المرسوم شاملا لينظم علاقات المواطن بمختلف الإدارات وهذا بدليل المادة الأولى منه حيث تنص على أنّ هذا المرسوم ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، الأمر الذي يثير التساؤل حول إستعمالها لمصطلح الإدارة، كون أنّ هناك إدارة عامة وإدارة خاصة، في حين أنّ المادة الثانية من نفس المرسوم جاءت لتحدد الإدارات المعنية بهذا المرسوم وهي المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية.

(51) BENNADJI Chérif, «Les Rapports Entre l'Administration et Les Administrés en Droit Algérien: l'Impérative Codification», Revue IDARA, N° 01, 2000, P.26.

(52) قرار مؤرخ في 4 سبتمبر سنة 1988، يرمي إلى تيسير مراسلة المصالح المحلية وعلاقاتها مع المواطنين، ج. ر. ج. ج عدد 39، مؤرخ في 28 سبتمبر سنة 1988، ص.1351.

-قرار مؤرخ في 4 سبتمبر سنة 1988، يحدد شروط إستقبال المواطنين في مصالح الولايات والبلديات وتوجيههم وإعلامهم، ج. ر. ج. ج عدد 39، مؤرخ في 28 سبتمبر سنة 1988، ص.1352.

-قرار مؤرخ في 4 سبتمبر سنة 1988، يتعلق بشهادتي الإقامة والإيواء، ج. ر. ج. ج عدد 39، مؤرخ في 28 سبتمبر سنة 1988، ص.1353.

(53) راجع في ذلك: ميلود قاسم، «علاقة الإدارة بالمواطن (بين الأزمة ومحاولات الإصلاح)»، دفاتر السياسة والقانون، العدد 05، جوان 2011، ص.81.

(54) BENNADJI Chérif, Op.Cit, PP.29 – 30.

(55) Voir L'article L 100-3 du Code des Relations Entre Le Public et l'Administration, Op. Cit, dispose : « Au Sens du Présent Code et Sauf Disposition Contraire de Celui-ci on Entend Par :
1°Administration: Les Administrations de l'Etat, Les Collectivités Territoriales, Leurs Etablissements Publics Administratifs et Les Organismes et Personnes de Droit Public et De Droit Privé Chargé d'Une mission de Service Public Administratif, y Compris Les Organismes de Sécurité Sociale;
2° Public:
a)Toute Personne Physique ;
b)Toute Personne Morale de Droit Privé, a L'exception de Celle Qui Sont Chargés d'Une Mission de Service Public Lorsqu' est en Cause l'Exercice de Cette Mission ».

(56) Voir Le Décret N° 93 - 982 du 3 Mai 1993, Relatif à La Relation Entre l'Administration et ses Usages, J. O. R. T N° 36, du 14 Mai 1993, P.651, Modifié par Le Décret N° 2007 - 1259 du 21 Mai 2007, J. O. R. T N° 43, du 29 Mai 2007, P.1819, www.legislation.tn, consulté le 04/07/2016.

(57) راجع المادة 140 من دستور سنة 1996، مرجع سابق.

(58) تضمنت هذه التعليمة على مجموعة من التدابير الواجب اتخاذها لتحسين علاقة الإدارة بالمواطن، والتي نجمت بفعل التقرير التمهيدي الذي أعده وسيط الجمهورية، والذي أكد فيه على ضرورة إعطاء التعليمات للمؤسسات والإدارات العمومية لمعالجة القصور والنقائص المذكورة في التقرير، للمزيد من التفصيل حول هذه التدابير راجع، التعليمة الرئاسية رقم 10 الصادرة في 1جانفي سنة 1997، المتعلقة بتحسين علاقة الإدارة بالمواطن وتسهيل مهمة الوسيط على مختلف الإدارات المركزية والمحلية، المنشورة في المجلة القضائية، العدد 01، 1996، ص ص.13 ـ 14.

(59) منشور رقم 20، صادر عن وزير الداخلية بتاريخ 22 جانفي سنة 1986، يتضمن إنشاء وسيط إداري محلي على مستوى كل ولاية يعين بقرار من الوالي.

(60) تعليمة رقم 298 مؤرخة في 22 سبتمبر سنة 2013، متعلقة بإصلاح الخدمة العمومية.

-تعليمة رقم 321 مؤرخة في 20 أكتوبر سنة 2013، متعلقة بإصلاح الخدمة العمومية.

(61) منشور وزاري صادر عن وزارة الداخلية بتاريخ 14 نوفمبر سنة 2012، يتعلق بتحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن وإعادة تأهيل المرافق العمومية الإدارية.

(62) لتفصيل أكثر انظر: بن عيشة عبد الحميد، العلاقة بين السياسة والإدارة العامة في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص.379.

(63) ZOUAIMIA Rachid, ROUAULT Marie Christine, Droit Administratif, BERTI, Alger, 2009, P.153.

(64) LOMBARD Martine, Droit Administratif, 4éme éd, DALLOZ, Paris, 2001, PP.39 - 40.

(65) GAUDMENT Yves, Traité de Droit Administratif, Tome 1, 16éme éd, L. G. D. J, Paris, 2001, P.633 et Suite.

(66) قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 08 مارس سنة 1980 في قضية شركة SEMPAC ضد OAIC، (غير منشور).

(67) انظر في ذلك: المادتين 08 و09 من المرسوم رقم 88 ـ 131 ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، مرجع سابق.

حول فعالية الضمانات المستحدثة لمراقبة الانتخابات المحلية *

عليم ليدية، طالبة دكتوراه،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ALIM Lydia, Doctorante,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

تقتضي الديمقراطية المحلية سلامة الانتخابات باعتبارها جوهر تطبيق اللامركزية وتجسيد الشرعية للمجالس المنتخبة، لذا فقد حرص المؤسس الدستوري على تكريس آليات رقابية لضمان شفافية العملية الانتخابية المحلية والحفاظ على إرادة الناخبين، من خلال الزام الإدارة المشرفة على الانتخابات بوضع قائمة الناخبين تحت تصرف المترشحين، واستحداث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات ، كما سعى المشرع الجزائري تماشيا مع التعديل الدستوري إلى توسيع الرقابة البعدية التي يمارسها القضاء على العملية الانتخابية المحلية ضمانا لمشروعية نتائجها.

غير أن ضعف ضمانات حياد الهيئة العليا المستقلة في ظل استئثار رئيس الجمهورية بسلطة تعيين أعضائها، وإقصاء مجلس الدولة من الرقابة على الاقتراع المحلي يعكس شكلية الضمانات المستحدثة وعدم فعليتها في الحفاظ على نزاهة الانتخابات المحلية ويكرس إرادة السلطة السياسية في إبقاء هيمنتها على العملية الانتخابية لتوجيه نتائجها.

الكلمات المفتاحية:

التعديل الدستوري،الانتخابات،المترشح،الاقتراع،الرقابة، النزاهة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/09/17 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

On the Effectiveness of New Guarantees to Monitor Local Elections

Abstract:

Local democracy demands the integrity of elections as the nucleus of decentralization and the embodiment of legitimacy to elected councils, so it owes its constitutional duty to enshrine control mechanisms to ensure transparency in the local electoral process and maintain voters' will, by forcing the public authorities in charge of the organization of elections to establish the list of voters available to the candidates, and the introduction of an Independent Election Monitoring Authority, in accordance with the constitutional revision the legislator Algerian has extended the judicial control over the local electoral process, in order to guarantee the legitimacy of the results.

However, the lack of neutrality of the Independent Election Monitoring Authority due to the President's power to appoint its members, and the exclusion of the State Council of Control over the vote, reflects the will of the political authority to maintain its dominance over the electoral process to guide their results.

Keywords:

Constitutional review, elections, candidate, ballot, control, integrity.

De l'efficacité des nouvelles garanties de contrôle des élections locales

Résume:

La démocratie locale exige l'intégrité des élections comme le noyau de la décentralisation et l'incarnation de la légitimité aux conseils élus. La Constitution de consacrer des mécanismes de contrôle pour assurer la transparence du processus électoral local et maintenir la volonté des électeurs, en incitant les pouvoirs publics en charge de l'organisation des élections d'établir la liste des électeurs à de la mettre à la disposition des candidats. Par ailleurs, une instance indépendante de surveillance des élections est créée et, le législateur élargit le contrôle judiciaire exercé sur le processus électoral local, afin de garantir la légitimité des résultats.

Cependant, le manque de la neutralité de l'instance indépendante de surveillance des élections et l'exclusion du contrôle Conseil d'Etat sur en la matière, reflète la volonté de l'autorité politique de maintenir sa domination sur le processus électoral.

Mots clés:

Révision constitutionnelle, les élections, le candidat, scrutin, contrôle , l'intégrité.

مقدمة

تعتبر العملية الانتخابية المحلية عملية مركبة ومعقدة تتخذ من خلالها الإدارة مجموعة من التصرفات القانونية والمادية ممايجعل امكانية المساس بنزاهتها أمر قائما إن لم تتخذ الاجراءات اللازمة للحيلولة دون ذلك أو لتصحيح الوضع إن أمكن وتوقيع الجزاء على الأطراف المسببة له[1]، وهو ماحاول المؤسس الدستوري الجزائري تحقيقه من خلال تكريس أليات لمراقبة الانتخابات تضمن تقويم المنافسة السياسية وتمنع وقوع التجاوزات التي قد تشوه نتائجها، فألزم الإدارة المكلفة بتنظيم الانتخابات بوضع القائمة الانتخابية تحت تصرف المترشحين لتمكينهم من بسط رقابتهم عليها، واستحدث هيئة عليا مستقلة تتولى مراقبة الانتخابات والسهر على ضمان نزاهتها منذ استدعاء الهيئة الناخبة إلى غاية اعلان النتائج المؤقتة للاقتراع، كما سعى المشرع الجزائري إلى تعزيز الرقابة القضائية على الانتخابات المحلية نظرا لما تمتاز به السلطة القضائية من حياد واستقلالية.

بناءا على التعديلات المستحدثة والمتمثلة في دسترة أليات جديدة لمراقبة الانتخابات وتوسيع الرقابة القضائية عليها نتساءل عن مدى مساهمة الإصلاحات السياسية في تفعيل الرقابة على العملية الانتخابية المحلية؟

قصد محاولة معالجة هذه الاشكالية ارتأينا التطرق بداية إلى الضمانات الدستورية المستحدثة للرقابة على العملية الانتخابية المحلية ثم نتعرض إلى أهم التعديلات الواردة على اختصاص القضاء في الرقابة على صحة الانتخابات المحلية.

أولا: الضمانات الدستورية الجديدة لمراقبة الانتخابات المحلية

حرص التعديل الدستوري لسنة 2016[2] على تكريس أليات قانونية لمراقبة الانتخابات بما في ذلك الانتخابات المحلية من أجل ضمان مصداقيتها حيث سعى إلى تعزيز رقابة المترشحين من خلال دسترة حق الإطلاع على القائمة الانتخابية (1)، كما استحدث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات تتولى مهمة التأكد من تنفيذ النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالانتخابات (2).

1- تكريس حق المترشحين في الحصول على القوائم الانتخابية

تنص المادة 193 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على: " تلزم السلطات العمومية المكلفة بتنظيم الانتخابات باحاطتها بالشفافية والحياد.

وبهذه الصفة، توضع القائمة الانتخابية عند كل انتخاب تحت تصرف المترشحين....."

ألزم التعديل الدستوري لسنة 2016 السلطات العمومية المكلفة بتنظيم الانتخابات بوضع القائمة الانتخابية تحت تصرف المترشحين، محاولا القضاء على اشكالية تضخم الهيئة الناخبة التي لطالما أثيرت في كل مناسبة انتخابية وذلك رغم تمكين المترشحين بدءا من القانون العضوي رقم 04-01[3] المتضمن تعديل قانون الانتخابات لسنة1997 من الاطلاع على القوائم الانتخابية التي تعنيهم والحصول على نسخ منها اقتداءا بالمشرع الفرنسي[4] غير أن نقص الامكانيات المالية لدى الأحزاب السياسية الصغيرة جعلها عاجزة عن تغطية أغلب المكاتب. يسعى التكريس الدستوري لحق المترشحين في الإطلاع على القائمة الانتخابية إلى تدعيم رقابة المترشحين على الانتخابات من خلال منع اللجان الإدارية المكلفة بإعداد القوائم الانتخابية والسلطة التنفيذية من التلاعب بها لتزوير نتائج الانتخابات وتوجيه تشكيل المجالس المحلية المنتخبة[5]، ولقد أحال المؤسس الدستوري في الفقرة الثالثة من المادة 193 إلى لقانون العضوي للانتخابات[6] حيث تنص المادة 22 منه على: " تلزم السلطات المكلفة بتنظيم الانتخابات بوضع القائمة الانتخابية عند كل موعد انتخابي تحت تصرف الممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات....".

2- استحداث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات

استجابة لمطلب الطبقة السياسية والمعارضة استحدث التعديل الدستوري لسنة 2016 الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، وهي هيئة رقابية دائمة مكونة من كفاءات مستقلة وقضاة ما يمنحها استقلالية عضوية عن السلطة المركزية فتنعكس بذلك على نزاهة العملية الانتخابية المحلية (أ)، التي تتدعم في ظل الصلاحيات الرقابية الواسعة التي تضطلع بها الهيئة العليا المستقلة(ب).

أ-انعكاس الاستقلالية النسبية للهيئة على نزاهة العملية الانتخابية المحلية

استحدث التعديل الدستوري لسنة 2016 هيئة دائمة لمراقبة الانتخابات[7]، على غرار الدستور التونسي الذي سارع بعد أحداث الربيع العربي إلى تأسيس آليات جديدة تكفل شفافية ونزاهة العملية الانتخابية لإسكات المعارضة وتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي[8].

تطبيقا للتعديل الدستوري أصدر المشرع الجزائري القانون العضوي رقم 16-11[9]، الذي فصل من خلاله في تشكيلة الهيئة وصلاحياتها وإجراءات سيرها.

حدد المؤسس الدستوري الجزائري تشكيلة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات من خلال دمج تشكيلة اللجان المؤقتة الملغاة، حيث تضم الهيئة العليا المستقلة 205 قاضيا يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء على غرار اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات المحلية التي كانت تحتوي على 331 قاض[10]، كما تتكون الهيئة العليا المستقلة من 205 عضو من بين الكفاءات المستقلة من المجتمع المدني تقترحهم لجنة خاصة يرأسها رئيس المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي[11] شريطة أن لايكون محكوما عليهم نهائيا ولم يرد اعتبارهم باستثناء الجنح الغير العمدية، كما يجب أن يكونوا ناخبين وليسوا منتخبين ولا يشغلوا وظائف عليا في الدولة وأن لا ينتموا إلى أحزاب سياسية [12]، في حين كانت اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات تضم إلى جانب الكفاءات الوطنية ممثلي الأحزاب السياسية والمترشحين الأحرار المشاركين في الانتخابات، وهو مايعاب على تشكيلة الهيئة العليا المستقلة التي أقصت المترشحين والناخبين من العضوية عكس المشرع الفرنسي الذي أشرك الناخبين في لجان مراقبة عمليات التصويت تدعيما للرقابة الشعبية[13].

يشكل مجموع الأعضاء مجلس الهيئة الذي يعين لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة وتمدد عهدته وجوبا إذا تزامن انتهاؤها مع استدعاء الهيئة الناخبة[14].

يعين رئيس الجمهورية رئيس الهيئة الذي يتم اختياره من بين الشخصيات الوطنية بعد استشارة الأحزاب السياسية، كما تضم الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات إلى

جانب الرئيس والمجلس لجنة دائمة مكونة من خمس قضاة وخمس كفاءات مستقلة، ومداومات تنشر في كل مناسبة انتخابية[15].

رغم تأكيد المؤسس الدستوري على الاستقلالية العضوية للهيئة وذلك باشراك كفاءات وطنية مستقلة لا تمت بصلة للعملية الانتخابية المحلية، وتدعيم العضوية بالقضاة الذين يفترض فيهم الحياد ما من شأنه تعزيز نزاهة العملية الانتخابية وضمان جدية نتائج الاقتراع المحلية[16]، إلا أن انفراد السلطة التنفيذية بتعيين أعضاء الهيئة ورئيسها يمس بحيادها واستقلاليتها ويحول دون ضمان اشراف فعال على الانتخابات، فرغم اقتراح القضاة الأعضاء في الهيئة من المجلس الأعلى للقضاء واستشارة الأحزاب السياسية لتعيين الكفاءات المستقلة، إلا أن ذلك يبقى مجرد اجراء شكلي لاغير في ظل تبعية المجلس الأعلى للقضاء لرئيس الجمهورية باعتباره رئيسا لها[17] عكس الدستور الفرنسي الذي منح رئاسة المجلس إلى الرئيس الأول لمحكمة النقض[18]، إلى جانب عدم الزام رئيس الجمهورية بأخذ رأي الأحزاب السياسية، ليخضع بذلك أعضاء الهيئة للسلطة السلمية لرئيس الجمهورية، والتي تتأكد من خلال التزامها بإعداد تقرير نهائي ورفعه إلى رئاسة الجمهورية[19].

أسند القانون التونسي مهمة تشكيل الهيئة العليا المستقلة للانتخابات إلى المجلس التشريعي باعتباره يعكس الإرادة الشعبية، فشكل لجنة خاصة مكونة من عضو لكل عشرة نواب يرأسها رئيس المجلس التشريعي أو أحد نوابه، يتولون دراسة ملفات ترشح الأعضاء وفرزها لاختيار ستة وثلاثون عضو والتصويت عليهم بأغلبية ثلاثة أرباع، ثم يحيلها رئيس اللجنة على المجلس التشريعي لاختيار الأعضاء التسعة بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس وانتخاب الرئيس بالأغلبية المطلقة أو بالأغلبية النسبية بعد اجراء دور ثان في حالة تعذر الحصول على الاغلبية المطلقة في الدور الأول[20].

ب-دور الهيئة العليا المستقلة في ضمان شفافية العملية الانتخابية

تضطلع الهيئة العليا المستقلة بصلاحيات رقابية واسعة، تمارسها وفق الإجراءات المحددة قانونا.

ب-1-صلاحيات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات

تنص المادة 194 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على: ".....تسهر اللجنة العليا على شفافية الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية وكذا الاستفتاء ونزاهتها، منذ استدعاء الهيئة الناخبة حتى إعلان النتائج المؤقتة للاقتراع.

تسهر اللجنة الدائمة للهيئة العليا على الخصوص على ما يأتي :

- الإشراف على عمليات مراجعة الإدارة للقوائم الانتخابية،

- صياغة التوصيات لتحسين النصوص التشريعية والتنظيمية التي تحكم العمليات الانتخابية،
- تنظيم دورة في التكوين المدني لفائدة التشكيلات السياسية حول مراقبة الانتخابات وصياغة الطعون"،

تضطلع الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بنفس صلاحيات اللجنة الوطنية للاشراف على الانتخابات[21]، حيث تتولى مهمة مراقبة مدى تنفيذ المتدخلين في العملية الانتخابية المحلية لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات من خلال مراقبة عملية مراجعة القوائم الانتخابية والتأكد من التوزيع العادل لوسائل الحملة الانتخابية للمترشحين والحرص على تعيين أعضاء اللجان الانتخابية البلدية، كما تتكفل بضمان حقوق المترشحين بدءا بحقهم في الحصول على القوائم الانتخابية وتمكينهم من تعيين ممثليهم على مستوى مكاتب ومراكز التصويت.

تتأكد الهيئة العليا المستقلة خلال عملية الاقتراع المحلي من تعليق قائمة الأعضاء الأساسيين والإضافيين واحترام مواقيت افتتاح واختتام مكاتب التصويت وتوفر العتاد الانتخابي كما تحرص على ضمان حضور ممثلي المترشحين عمليات التصويت.

تراقب الهيئة بعد عملية الاقتراع المحلي السير القانوني لعملية الفرز وتتأكد من احترام حقوق المترشحين سواء حقهم في تسجيل احتجاجاتهم بخصوص عملية الفرز، أوحقهم في الحصول على نسخ المحاضر المتعلقة بالفرز[22].

كما يمكن للهيئة العليا تقديم توصيات لتطوير المنظومة الانتخابية انطلاقا من مراقبتها الدورية للعملية الانتخابية التي تمكنها من كشف سلبيات النظام الانتخابي وصياغة مقترحات لتحسين النصوص التشريعية والتنظيمية التي تحكم العمليات الانتخابية، إلى جانب اشرافها على تكوين التشكيلات السياسية حول مراقبة الانتخابات وصياغة الطعون[23].

قلص المشرع الجزائري من صلاحيات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات مقارنة بالقوانين والتشريعات المقارنة خصوصا القانون التونسي الذي منحها صلاحيات التنظيم الإشراف والرقابة على العمليات الانتخابية، في حين اكتفى القانون الجزائري بتكريس طابعها الرقابي ليعكس بذلك إرادة السلطة السياسية في ابقاء الإدارة كطرف مشرف على العمليات الانتخابية[24].

ب-2-سير الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات

تتدخل الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات وفق الطرق والأليات التي كانت تتدخل بها اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات[25] وذلك إما تلقائيا أو بعد تلقيها

عريضة كتابية سواء من قوائم المترشحين أو من الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات المحلية أو من الناخبين، كما تتخذ الاجراءات اللازمة للتأكد وإخطار الأطراف المعنية للإسراع في تصحيح الوضع وتدارك الخلل، فتخطر السلطات المكلفة بتسيير الانتخابات المحلية أو الأحزاب المشاركة فيها و قوائم المترشحين أو سلطات الضبط السمعي البصري عن أي تجاوز صادر منهم[26].

تنشر الهيئة أعضائها على مستوى الولايات بمناسبة كل اقتراع محلي في شكل مداومات مكونة من ثمانية أعضاء بالتساوي معينة من رئيس الجمهورية تختلف تبعا لاختلاف حجم الدائرة الانتخابية، ويتولى رئاستها منسق يعينه رئيس الهيئة[27]

تراقب المداومات جميع مراحل انتخاب المجالس المحلية منذ انتشارها إلى غاية إعلان النتائج ولها أن تطلب معلومات ووثائق أو تجري تحقيقات، كما بإمكانها الاستعانة بضباط عموميين يعملون تحت اشراف منسقي المداومات.

تتداول المداومات بحضور أغلبية أعضائها وتتخذ قراراتها بالأغلبية المطلقة وفي حالة التساوي يرجح صوت الرئيس، ويتولى المنسق تنفيذ المداومة بموجب قرارات يوقعها ويبلغها للأطراف المعنية ونسخة يبلغها للرئيس فور التوقيع.

تكلف اللجنة الدائمة للهيئة بإعداد برنامج التوزيع الزمني في استعمال وسائل الإعلام الوطنية والسهر على تنفيذها و تنسيق أعمال المداومات ومتابعتها تحت سلطة الرئيس، كما تعد تقارير مرحلية وتقرير نهائي لتقييم العملية الانتخابية المحلية وتقدمه للمجلس للمصادقة عليه.

يجتمع مجلس الهيئة بمناسبة كل اقتراع محلي في دورة عادية بناءا على استدعاء من رئيسه من أجل المصادقة على التقرير النهائي لتقييم العمليات الانتخابية المحلية الذي تعرضه عليه اللجنة الدائمة، ومناقشة المسائل ذات الصلة بالعمليات الانتخابية المحلية التي يعرضها عليه الرئيس.

يتولى رئيس الهيئة تمثيلها أمام مختلف الهيئات والسلطات العمومية وتعيين نوابه وأعضاء مداومات الهيئة المعنية والتوقيع على قرارات الهيئة وتبليغها ومتابعة تنفيذها وإخطار الجهات المعنية بذاتها، كما يرفع التقرير النهائي لتقييم العمليات لرئيس الجمهورية[28].

تكتسي قرارات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات القوة الإلزامية فهي نافذة في مواجهة الأطراف المشاركة في العملية الانتخابية ولها أن تطلب من النائب العام تسخير القوة العمومية لإجبارهم على الامتثال لقراراتها، كما تبلغه بكل واقعة تحمل وصفا جزائيا[29].

ثانيا: الضمانات القضائية المستحدثة للرقابة على صحة الانتخابات المحلية

يضطلع القضاء بنوعيه بالدور الرقابي على العملية الانتخابية المحلية ويكتسي أهمية بالغة باعتباره الضمانة الأساسية لنجاحها وعدم انحرافها عن الاطار القانوني المحدد لها، فيفصل القاضي العادي في منازعات التسجيل في القوائم الانتخابية ويوقع الجزاء على مرتكبي الجرائم الانتخابية (1)، كما يفصل القاضي الإداري في الطعون الموجهة ضد قرارات الإدارة الانتخابية وينظر في المنازعات الانتخابية (2).

1-رقابة القضاء العادي على العملية الانتخابية المحلية

أسند المشرع الجزائري اختصاص الفصل في منازعات التسجيل والشطب في القوائم الانتخابية للقاضي العادي، ومنح القاضي الجزائي صلاحية توقيع الجزاء على مرتكبي الجرائم الانتخابية.

أ- استرجاع القاضي العادي اختصاص الفصل في منازعات القوائم الانتخابية: حرص المشرع الجزائري على ضمان شفافية القوائم الانتخابية ومنع التلاعب بها باعتبارها أساس العملية الانتخابية المحلية، غير أن موقفه لم يكن ثابتا بخصوص الجهة القضائية المختصة للنظر في منازعات التسجيل في القوائم الانتخابية[30]، حيث كان الاختصاص ينعقد للمحكمة الإدارية وفقا القانون العضوي رقم 04-01[31]، بعد أن كانت المحكمة الابتدائية هي صاحبة الاختصاص الأصلي في ظل قانون الانتخابات لسنة 1997[32]، وهي نفس الجهة القضائية المختصة بالفـــصل في منازعات الـــقائمة الانتخابية في القانون العضوي رقم 12-10[33].

أسند القانون العضوي رقم 16-10 اختصاص الفصل في منازعات القائمة الانتخابية إلى القضاء العادي لكونها تتعلق بالحالة الشخصية للفرد من جنسية وموطن وأهلية، إذ منح للأطراف المعنية والمتمثلة في المواطن والناخب حق الطعن أمام المحكمة المختصة اقليميا في قرارات اللجنة الإدارية الانتخابية الخاصة بقبول التسجيل أو طلب الشطب أو رفضهما في ظرف 5 أيام من تاريخ التبليغ أو 8 أيام من تاريخ الاعتراض لتفصل فيه خلال أجل أقصاه خمسة أيام، في حين كان من الأجدر منح اختصاص النظر فيها للقاضي الاداري لأن قرارات اللجنة الإدارية قرارات ادارية[34].

ب- فصل القاضي الجزائي في الجرائم الانتخابية المحلية: تحدث أثناء العملية الانتخابية المحلية الكثير من المخالفات والجرائم التي يمكن أن تؤثر على مشروعية ونتائج الإقتراع المحلي، لذا فقد عدد قانون الانتخابات مختلف الأفعال التي من شأنها المساس بسلامتها من بدايتها إلى نهايتها، وأورد العقوبات المقررة لها مميزا في ذلك بين مرتكبيها[35] حيث شدد

العقوبة على المتدخلين في العملية الانتخابية المحلية من مترشحين أو لجان أو موظفين اداريين مكلفين بالسهر على الانتخابات المحلية مقارنة بالمواطنين.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على مبدأ التعاون بين قاضي الانتخاب والقاضي الجنائي[36] خلافا للمشرع الفرنسي الذي فتح مجال الاتصال بين القاضي الجنائي وقاضي الانتخاب مباشرة عن طريق منح هذا الأخير صلاحية إحالة ملف الدعوى إلى النائب العام مباشرة إذا ارتأى أن ثمة غش انتخابي دون أن يحدده بحالة معينة[37].

2-رقابة القضاء الإداري على العملية الانتخابية المحلية

خول المشرع الجزائري المحاكم الإدارية صلاحية الفصل في المنازعات الانتخابية بحكم نهائي غير قابل للطعن مقصيا بذلك مجلس الدولة من الرقابة على العملية الانتخابية المحلية.

أ-فصل المحاكم الإدارية في المنازعات الانتخابية: تعتبر القرارات الصادرة عن الإدارة المرتبطة بالعملية الانتخابية قرارات ادارية لذا فقد أخضعها المشرع الجزائري إلى رقابة القضاء الإداري تطبيقا لمبدأ الازدواجية القضائية الذي تم تكريسه بموجب المادة 152 من الدستور[38]، وأسند قانون الانتخابات لسنة 2016 صراحة اختصاص فض المنازعات الانتخابية إلى المحكمة الإدارية[39]، خلافا لما كان عليه الوضع في قانون الانتخابات لسنة 1997 الذي اكتفى باستعمال مصطلح المحكمة المختصة اقليميا دون أن يحدد المحكمة المختصة نوعيا بتلك الطعون[40]، كما لم يبين تعديل قانون الانتخابات لسنة 2004 الجهة القضائية الإدارية المختصة[41].

يؤول الاختصاص الاقليمي للفصل في المنازعة الانتخابية إلى المحكمة الادارية التي تقع دائرة اختصاصها الدائرة الانتخابية المتنازع عليها أي موطن المدعى عليه وفقا للمادة 803 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تحيل إلى المادتين 37 و38 من القانون نفسه[42].

نص المشرع الجزائري في قانون الانتخابات على امكانية منازعة صحة بعض القرارات الادارية التحضيرية للاقتراع ضمانا لعدم امكانية توجيه نتائج الانتخاب انطلاقا من ممهداته، فمنح للمترشحين للانتخابات المحلية حق الطعن قضائيا في قرارات الرفض الجزئي أو الكلي لقوائم المترشحين خلال ثلاثة أيام من تاريخ تبليغ قرار الرفض المعلل لتفصل فيه المحكمة الإدارية خلال بحكم نهائي غير قابل للطعن[43].

كما سمح بالطعن في قرار الوالي المتضمن رفض الاعتراض على تشكيلة مكاتب التصويت[44] ثلاثة أيام من تبليغ القرار دون أن يحدد الأطراف المعنية ولا حتى أصحاب صفة الاعتراض على تشكيلة مكتب التصويت، وأوجب على المحكمة الإدارية المختصة الفصل في هذه الطعون في أجل أقصاه 5 أيام[45]، وهي مدة معقولة نسبيا وكافية للنظر فيه

دون الوقوع تحت الضغط بسبب ضيق الوقت ويكون الحكم غير قابل لأي طريق من الطعن نظرا للطابع الاستعجالي الذي تمتاز به العملية الانتخابية وبساطة المنازعة التي تتطلب سرعة الفصل فيها ووجوب الانتهاء في وقت قصير فلاتوجد أي فائدة من فتح باب الطعن[46].

استحوذت اللجان الانتخابية الولائية في ظل الأحادية الحزبية على اختصاص الغرف الادارية الذي كانت تتمتع به قبل انشائها بموجب قانون البلدية لسنة 1967، حيث اعتبر المشرع الجزائري اللجان الانتخابية الولائية هيئات قضائية تختص استثناءا بالفصل في المنازعة الانتخابية المحلية[47]، إلى غاية صدور القانون العضوي رقم 04-01 المعدل لقانون الانتخابات الذي أسند اختصاص النظر في هذه المنازعات للقاضي الإداري ومنحه صلاحية الفصل في الطعون المقدمة ضد قرارات اللجنة الانتخابية الولائية المتعلقة بمراقبة مشروعية عمليات التصويت وذلك خلال يومين من تاريخ اعلان اللجنة للنتائج، لتفصل فيه الجهة القضائية في أجل أقصاه 5 أيام كاملة ويكون غير قابل للطعن بعد أن كان من الممكن الطعن بالنقض فيه أمام مجلس الدولة خلال عشرة أيام كاملة ابتداء من تاريخ التبليغ في ظل قانون الانتخابات لسنة 2004[48]، فتكون بذلك هذه الأحكام شبيهة إلى حد كبير بالأوامر الاستعجالية فهي استثنائية من حيث قصرها مقارنة بالميعاد العادي للطعن بالإلغاء المتمثل في أربعة أشهر من تاريخ التبليغ[49].

أزال المشرع الجزائري الغموض الذي اكتنف اجراء الطعن في قرارات اللجنة الولائية في المادة 165 من القانون العضوي للانتخابات رقم 12-01 التي استعمل مصطلح " **يمكن** " الذي لاينفي امكانية عدم حدوثه في ولم تحدد الأجال القانونية سواء المدة الزمنية الممنوحة للمتضرر للطعن أو الأجل الممنوح للمحكمة الادارية للبث فيها، حيث أكد على أن قرارات اللجنة الانتخابية الولائية قابلة للطعن ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ تبليغها أمام المحكمة الإدارية المختصة[50].

يتمتع القاضي الاداري في المنازعة الانتخابية بصلاحيات واسعة تمتد إلى امكانية تغيير عملية توزيع المقاعد المعلن عنها، هذا ما يجعلها تصنف ضمن دعاوي القضاء الكامل[51].

ب-إلغاء رقابة مجلس الدولة على العملية الانتخابية المحلية: أقصى المشرع الجزائري مجلس الدولة من الرقابة على العملية الانتخابية المحلية رغم كونه هيئة مقومة للجهات القضائية الإدارية[52]، فلم يمنح للمتقاضين فرصة مراجعة الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية مستبعدا بذلك أهم ضمانة من ضمانات حقوق الدفاع والعدالة التي تم تكريسها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي مبدأ التقاضي على درجتين[53] الذي يهدف إلى التطبيق السليم للقانون[54]، عكس المشرع الفرنسي الذي جعل قرارات المحاكم الإدارية

قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة[55]، لأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى تحصين الأحكام القضائية ضد نظام الطعن ويجعلها تتمتع بحجية مطلقة رغم صدورها من جهة قضائية واحدة[56].

خاتمة

رغم سعي الاصلاحات السياسية والقانونية التي باشرتها الجزائر سنة 2016 إلى تعزيز ضمانات شفافية العملية الانتخابية المحلية من خلال دسترة حق المترشحين في الاطلاع على القوائم الانتخابية واستحداث هيئة عليا لمراقبة الانتخابات إلى جانب تعزيز الرقابة القضائية على جل مراحل العملية الانتخابية المحلية، إلا أن التجربة الميدانية أثبتت فشل الأليات المستحدثة للرقابة على الانتخابات المحلية وأكد على استمرار هيمنة السلطة المركزية على جميع مراحل انتخاب المجالس المحلية نظرا لخضوع أعضاء الهيئة العليا المستقلة للسلطة السلمية لرئيس الجمهورية وضعف الرقابة القضائية على العملية الانتخابية المحلية خصوصا بعد استبعاد مجلس الدولة من الرقابة.

يقتضي تجسيد انتخابات محلية حرة ونزيهة إعطاء مصداقية أكثر للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات من خلال تكريس انتخاب رئيس الهيئة من طرف مجلس تأسيسي بدل تعيينه من طرف رئيس الجمهورية وتدعيم الاستقلالية العضوية والوظيفية لأعضائها، إلى جانب ضرورة اشراك مجلس الدولة في الرقابة على الانتخابات المحلية وتحقيق الاستقلالية الفعلية للسلطة القضائية على السلطة التنفيذية.

الهوامش:

(1) سليماني السعيد، حياد الإدارة كشرط لنزاهة العملية الانتخابية، مقال الكتروني، http://slimaniessaid.com/File/admini%202.pdf

تم الاطلاع عليه في 12 سبتمبر 2016.

(2) القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج عدد 14 مؤرخ في 7 مارس 2016.

(3) -المادة 04 من القانون العضوي رقم 04-01، المؤرخ في 7 فيفري 2004، المعدل والمتمم للأمر رقم 97-07، المتضمن القانون العضوي للانتخابات، ج ر ج ج عدد 9، مؤرخ في 11 فيفري 2004.

(4) Loi n°88-227 Du 11 mars 1988 ،relative a la transparence financière de la vie politique ،légifrance-gouv. fr ،consulté le 12 septembre 2012.

(5) عبد المومن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائري (مقاربة حول المشاركة والمنافسة السياسية في النظام السياسي الجزائري)، مذكرة ماجيستر في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2007، ص.30.

(6) قانون عضوي رقم 16-10 مؤرخ في 25 أوت 2016، يتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ج ج عدد 50 ،مؤرخ في 28 أوت 2016.

(7) المادة 194 من القانون رقم 16-01، المتضمن التعديل الدستوري، السابق الذكر.

[8] أسست الهيئة العليا المستقلة للانتخابات في تونس بعد أشهر قليلة من الثورة التونسية وبالضبط في أبريل 2011 من قبل الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والاصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي، انظر الفصل 126 من الدستور التونسي لسنة 2014، على موقع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، www.iort.gov.tn تم الإطلاع عليه في 11 سبتمبر 2016.

[9] قانون عضوي رقم 16-11 مؤرخ في 25 أوت 2016، يتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات،ج ر ج ج عدد 50، مؤرخ في 28 أوت 2016.

[10] راجع مرسوم رئاسي رقم 17-05 مؤرخ في 4 جانفي 2017، يتضمن تعيين القضاة أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر ج ج عدد 01 مؤرخ في 4 يناير 2017. وقد تم تعيين أعضاء اللجنة الوطنية للاشراف على انتخابات المجالس المحلية لسنة 2012 بموجب مرسوم رئاسي رقم 12-321 مؤرخ في 31 أوت 2012، يتضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية للاشراف على انتخاب أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية لسنة 2012، ج ر ج ج عدد 48 مؤرخ في 2 سبتمبر 2012.

[11] المادة 4 من القانون العضوي رقم 16-11، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، السابق الذكر، ومرسوم رئاسي رقم 17-06 مؤرخ في 4 جانفي 2017، يتضمن تعيين الكفاءات المستقلة المختارة من ضمن المجتمع المدني أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر ج ج عدد 01 مؤرخ في 4 جانفي 2017 .

[12] المادة 7 من القانون نفسه. وقد ارتأى المجلس الدستوري المطة 2 من المادة 8 من مشروع القانون العضوي للانتخابات رقم 16-10 غير مطابقة جزئيا للدستور حيث استعملت عبارة الجناية الغير العمدية فأخلت بحقوق المتقاضين المكرسة دستوريا، راجع رأي رقم 03/ ر. ق. ع/ م.د/ 16 مؤرخ في 11 أوت 2016، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات للدستور، ج ر ج ج عدد 50 مؤرخ في 28 أوت 2016.

[13] المادة من القانون العضوي رقم 12-01، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ج ج عدد 01 مؤرخ في 14 جانفي 2012.

Voir art 85 Du code électoral Français ،légifrance-gouv.fr ،consulté le 22décembre 2013.

[14] المادة 30 من القانون العضوي رقم 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

[15] المادة15 من القانون العضوي رقم 16-11، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، السابق الذكر.

[16] Administration électorale et monde arabe expériences comparées ،Pp.2-16. Document électronique,http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/ELECTORAL_ADMINISTRATION_ARAB_WORLD_FR.pdf?download-16 consulté le 23 juin 2014.

[17] يطغى الجهاز التنفيذي على تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء إذ يضم كلا من وزير العدل الرئيس الأول والنائب العام للمحكمة العليا وعشر قضاة ينتخبون من قبل زملائهم وست شخصيات يختارها رئيس الجمهورية خارج سلك القضاء ويترأسه رئيس الجمهورية، فتعدم بذلك استقلالية المجلس الأعلى للقضاء ليصبح وسيلة في يد السلطة التنفيذية توجهه كيفما شاءت. راجع المادتان 2 و3 من القانون العضوي رقم 04-12 يتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته،المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، ج ر ج ج عدد 57 مؤرخ في 8 سبتمبر 2004. انظر كذلك شيخي شفيق، انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص ص. 24-28. وعمروش حليم، الرقابة القضائية على العملية الانتخابية في ظل الإصلاحات المستجدة"القانون العضوي المتعلق بالانتخابات الجديد 12-01، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد1، 2013، ص ص.213-216.

[18] Art 65 de la constitution française ،Du 04 octobre 1958 ، ،légifrance-gouv.fr ،consulté le 5 mai 2016.

[19] المادة 34 القانون العضوي رقم 16-11، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، السابق الذكر.

[20] الفصل السادس من القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2013، مؤرخ في 20 ديسمبر 2012، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات، على موقع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، www.iort.gov.tn تم الإطلاع عليه في 11 سبتمبر 2016.

[21] للتفصيل في صلاحيات اللجنة الوطنية للاشراف على الانتخابات راجع بوخزنة ماجدة، أليات الاشراف والرقابة على العملية الانتخابية في الجزائر، مذكرة ماجيستر في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، 2015.

[22] المواد 12 إلى 14 من القانون العضوي رقم 16-11، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، السابق الذكر.

[23] المادة 194 من رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، السابق الذكر.

[24] الفصل الرابع من القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2013، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات، السابق الذكر.

[25] المواد 17 إلى 42 من القانون العضوي رقم 16-11، المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، السابق الذكر.

[26] المادتان 43 و44 من القانون نفسه.

[27] الجزائر هل يضمن استحداث هيئة مستقلة نزاهة وشفافية الانتخابات؟، وثيقة إلكترونية، http://arabic.cnn.com/middleeast/2016/07/22/algeria-revision-electoral-system-bill تم الإطلاع عليها في 23 أوت 2016.

[28] معيفي فتحي، الحوكمة الانتخابية ودورها في تعزيز المشاركة السياسية في الجزائر، مذكرة ماجيستر،تخصص السياسات العامة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013، ص91.

[29] المواد 168 و153 و159 من القانون العضوي رقم 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

[30] لعبادي سماعين، المنازعات الانتخابية دراسة مقارنة لتجربتي الجزائر وفرنسا في الانتخابات الرئاسية والتشريعية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013،ص ص.53-56.

[31] المادة 25 من القانون العضوي رقم 04-01، المعدل والمتمم للأمر رقم 97-07، السابق الذكر.

[32] المادة 25 من الأمر 97-07، المتضمن القانون العضوي للانتخابات، ج ر ج ج عدد 12، مؤرخ في 6 مارس 1997 .

[33] قانون عضوي رقم 12-01، يتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

[34] المادة 21 من القانون العضوي رقم 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

[35] المواد 197 إلى 221 من القانون العضوي رقم 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

[36] للتفصيل أكثر في مبدأ التعاون بين القاضي الجنائي وقاضي الانتخاب راجع الوردي ابراهيم، النظام القانوني للجرائم الانتخابية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص ص. 325-330.

[37] بليل نونة، "علاقة قاضي الانتخاب بالقاضي الجنائي في المادة الانتخابية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 07، سنة 2015، ص.323.

[38] المادة 152 من القانون رقم 16-01،المتضمن التعديل الدستوري، السابق الذكر.

[39] المادة 30 من القانون العضوي رقم 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

[40] المادتين 25/3 و86/3 من الأمر رقم 97-07 المتضمن القانون العضوي للانتخابات، السابق الذكر.

[41] المادة 15 من القانون العضوي رقم 04-01، المعدل والمتمم للأمر رقم 97-07، السابق الذكر.

(42) المواد 803، 37 و38 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، ج ر ج ج عدد 21 مؤرخ في 22 أفريل 2008، راجع في ذلك أسلاسل محند، النظام القانوني للمنازعات الانتخابية في الجزائر، مذكرة ماجيستر في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.244.

(43) المادة 78 من القانون العضوي رقم 16-10،المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

(44) قد يرفض الوالي تعديل تشكيلة مكاتب التصويت بعد الطعن الكتابي والمعلل الذي يقدمه الناخب في غضون الخمسة عشر أيام الموالية لتاريخ النشر أو التسليم الأولي للقائمة، بعد ان يثبت وجود العضو محل الاعتراض في إحدى الحالات التالية: ليس ناخبا، ليس ناخبا مقيما في اقليم الولاية، أنه مترشح للانتخابات، أنه قريب من الدرجة الرابعة لأحد المترشحين أو صهر له، أنه يتمتع بصفة منتخب، أنه عضو في حزب سياسي لأحد المترشحين في الانتخابات

(45) المادة 30 من القانون العضوي رقم 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

(46) MALIGNER Bernard ،La justice électorale en France situation législative et jurisprudentielle ،P.7 document électronique ،http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/11/MalignerDEF. Consulté le 23 juin 2014.

(47) المادة 67 من الأمر 67-24، المؤرخ في 18 جانفي 1967، المتضمن القانون البلدي، ج ر ج ج عدد 6 مؤرخ في 18 جانفي 1967. راجع عبد المومن عبد الوهاب، المرجع السابق، ص ص.134-137. سلاسل محند، المرجع السابق، ص.244.

(48) المادة من 18 القانون العضوي رقم 04-01، المعدل والمتمم للأمر رقم 97-07، المتضمن القانون العضوي للانتخابات، السابق الذكر. والمادة 165 من القانون العضوي رقم 12-01، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر. والمادة 170 من القانون العضوي رقم 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

(49) بولقواس ابتسام، الإجراءات المعاصرة واللاحقة على العملية الانتخابية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجيستر في العلوم القانونية تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013، ص.71.

(50) المادة 30 من القانون العضوي رقم 16-10، المتعلق بنظام الانتخابات، السابق الذكر.

(51) بعلي محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية، مجلة التواصل، العدد 13، ديسمبر 2014، ص.210.
CHAPUS René ،Droit du contentieux administratif ،12 éditions ،Montchrestien ،Paris ،2006، P.341.

(52) المادة 152 من القانون رقم 16-01، المتضمن التعديل الدستوري، السابق الذكر، راجع كذلك لعبادي سماعين، المرجع السابق، ص ص.62-64. راجع كذلك أسلاسل محند، المرجع السابق، ص.43.

(53) صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص.334.

(54) شرون حسينة،"دور الإدارة المحلية في مراقبة العملية الانتخابية (العملية التحضيرية)"، الإجتهاد القضائي، العدد06، سنة 2009، ص.136.

(55) code électoral français ،opcit

(56) لعبادي سماعين،المرجع السابق، ص.63.

خصوصية الاستثمار في قطاع المناجم*

بن الحاج زاهية، طالبة دكتوراه،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

BENELHADJ Zahia, Doctorante,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou, 15000 Tizi Ouzou, Algérie.

الملخص:

يمتاز الاستثمار في قطاع المناجم بخصوصية هامة تجعله مختلفا عن الاستثمار في المجالات الأخرى، وذلك نظرا لطبيعته المتميزة كونه ينصب على قطاع استراتيجي فهو ملك للمجموعة الوطنية، لذلك يجب الحفاظ عليه واستغلاله استغلالا محكما. وعليه وضع المشرع الجزائري أحكاما و شروطا خاصة للظفر بالاستثمار في هذا المجال سواء تعلق الأمر بالشروط الخاصة الواجب توفرها قبل الدخول ومباشرة النشاط أو بعد الحصول على الترخيص المنجمي.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار، المناجم، الخصوصية، شروط خاصة.

The specificity of investment in the mining sector

Abstract:

Investment in the mining sector is characterized by important characteristics that distinguish them from investment in other areas because of their special nature, because it focuses on the strategic sector, which is nationally owned, which must be preserved and operated properly Thus.

The Algerian legislature has put special conditions for investment in this sector are different from the requirements for investments in other economic areas, are those that should be available before entry and begin mining activity. Or those who should be respected after obtaining a license to practice the activity.

Keywords:

Investment, Mines, specificity, Special conditions.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/04/15 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

La spécificité de l'investissement dans le secteur minier

Résumé :

L'investissement dans le secteur minier est spécifique en ce qu'il se distingue d'autres domaines d'investissement. Particulier, car il concerne un secteur stratégique, classé comme biens de la collectivité nationale. De ce fait, le législateur Algérien impose à l'investisseur un certain nombre de conditions spécifiques, avant et après l'obtention de l'autorisation minière.

Mots clés

Investissement, les mines, spécificité, conditions particulières.

مقدمة

يعتبر الاستثمار من أهم العوامل التي تعتمد عليها الدولة من اجل تمويل الخزينة العمومية، كما أن له أهمية بالغة في التطور الاقتصادي والتكنولوجي ونقل الخبرات، هذا إضافة إلى الأهمية الاجتماعية التي يمتاز بها، فهو عامل فعال لامتصاص البطالة خاصة في البلدان النامية التي تبقى فيها نسبة الاستثمارات نسبة محتشمة.

تعتبر الجزائر من البلدان التي تحتاج إلى استقطاب مشاريع استثمارية سواءا من طرف المستثمرين الأجانب أو من طرف المستثمرين الوطنيين، خاصة بعد الأزمة التي مرت ومازالت تمر بها الجزائر إثر انخفاض أسعار البترول الذي بات المرجع الوحيد الذي تعتمد علية لتحقيق الثروة وذلك منذ الاستقلال.

لذلك بات من الضروري توجيه النظر إلى القطاعات الأخرى والدفع بها لتجنب أزمات مالية التي قد تنعكس على استقرار البلاد، ومن بينها القطاع المنجمي باعتباره من القطاعات التي يمكن أن تكون بديل أو بالأحرى منقذ ومساعد للدفع بالاقتصاد الوطني. فالثروة المنجمية تعتبر ثروة حيوية هامة لتحقيق ذلك، خاصة وأن الجزائر تعد من البلدان الغنية بالثروة الطبيعية بصفة عامة والثروة المنجمية بصفة خاصة. لكن رغم ذلك يبقى استغلالها استغلالا ضئيلا، وذلك نظرا إلى عدة عوامل قد تكون قانونية أو نظرا إلى طبيعة النشاط المنجمي بحد ذاته والذي يعد نشاط صعب ومعقد لاعتباره نشاط مرتبط بقطاع يمتاز بخصوصية وبالتالي تؤثر هذه الخصوصية على الاستثمار فيه.

في ضوء هذه المعطيات لبد من البحث عن الأحكام التي تميز الاستثمار في قطاع المناجم مقارنة بالقطاعات الاقتصادية الأخرى؟

أولا: الاستثمار في قطاع المناجم: خصوصية قائمة

يحضى قطاع المناجم بخصوصية هامة وذلك نظرا لطبيعته التي تميزه عن القطاعات الأخرى، لكونه من القطاعات الحساسة في الدولة إلى جانب قطاع المحروقات الذي يعتبر الركيزة الأساسية التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني لما يحققه من أرباح للخزينة العمومية. وعليه فان الاستثمار في هذا القطاع لا بد أن يكون فيه نوع من الخصوصية عن الاستثمارات في القطاعات الأخرى وذلك تبعا لتلك الطبيعة المميزة التي يحضى بها. وفي هذا

الإطار يجب إبراز الطابع المميز للاستثمار في قطاع المناجم وذلك من حيث الأشخاص المؤهلة للقيام بذلك قانونا(1) ، ومن ثم البحث في الأسباب التي جعلت المشرع الجزائري يتحكم في تحديد الأشخاص المؤهلة للاستثمار في هذا القطاع خلافا للقطاعات الاقتصادية الأخرى(2).

1- الاستثمار في قطاع المناجم محصور على أشخاص محددة قانونا: إن حرية الاستثمار يعد مبدأ دستوري جاء به التعديل الدستوري لسنة 2016 بموجب المادة43 منه والتي تنص في فقرتها الأولى على: « *حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.*» [1] والمفهوم من ذلك أنها حق لأي شخص دون تمييز. كما أن القانون المتعلق بترقية الاستثمار لم يحدد أي شروط خاصة يجب توفرها في المستثمر أو في المتعامل الاقتصادي من اجل السماح له بمباشرة الأنشطة الاستثمارية في المجال الاقتصادي على وجه العموم[2].

وهذا مالا نجده ينطبق على الاستثمار في قطاع المناجم بحيث حصر المشرع الجزائري مهمة استغلال قطاع المناجم والاستثمار فيه بموجب قانون المناجم الجديد رقم 14-05[3] على فئات محددة دون سواها وذلك خلافا للقانون رقم 01-10 الملغى [4]، والذي فتح المجال لأي شخص يود ممارسة الأنشطة المنجمية حرية القيام بذلك وذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة 03 من هذا القانون والتي تنص على:« *يمكن كل متعامل ممارسة الأنشطة المنجمية ،طبقا لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.*» ولقد أضاف في الفقرتين المواليتين من نفس المادة شرطين وهما وجوب الحصول على سند منجمي أو على رخصة استغلال مقالع الحجارة والمرامل او رخصة عملية اللم. والثاني ان لا يكون النشاط المنجمي متعلق بالمواقع المحمية بالقانون أو الاتفاقيات الدولية. فمن هنا نستنتج الخصوصية التي يمتاز بها الاستثمار في قطاع المناجم والتي جعلت من المشرع الجزائري يعمد إلى تغيير نضرته لهذا القطاع الحساس وجعلها نضرة أكثر حذرا مقارنة بما كانت عليه من قبل. وعلى هذا الأساس قسم المشرع الجزائري الأنشطة المنجمية حسب أهميتها إلى قسمين وحدد لكل قسم الأشخاص المؤهلة من أجل ممارسة الاستثمار فيه:

أ-بالنسبة للأحكام الخاصة المطبقة على المواد المعدنية أو المتحجرة المصنفة إستراتجية: فلقد أولى لها المشرع الجزائري عناية خاصة وذلك من اجل حمايتها والحفاظ عليها تطبيقا لنص المادة 19 من الدستور الجزائري[5] وتماشيا مع الطبيعة الخاصة التي يحتويها القطاع، وبالتالي لا يمكن أن يكون محل استغلال لأي كان. لذلك اقر المشرع الجزائري على منح ممارسة الأنشطة المنجمية الإستراتجية حصرا للمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة رأس مالها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كصنف أول. والصنف الثاني يتمثل في المؤسسات العمومية دون سواها، غير انه أضاف المشرع إمكانية دخول هاتين المؤسستين في

شراكة مع أي شخص معنوي، أجنبيا كان أو جزائري شريطة أن لا تقل نسبة مشاركة المؤسسة51% [6]وهذا يعد تأكيدا أكثر على الأهمية التي يكتسيها القطاع وعمل المشرع من اجل حمايته والحفاظ عليه.

ب-بالنسبة لنشاطات البحث والاستغلال لمواقع المواد المعدنية أو المتحجرة من غير تلك المصنفة إستراتيجية: فلقد اشترط المشرع الجزائري في سبيل استغلالها أن يكون الشخص المعنوي خاضع للقانون الجزائري، ويملك القدرات التقنية والمالية الكافية[7]. فالملاحظ أن المشرع لم يكتفي ببسط الحماية على المواد المنجمية الإستراتجية فقط إنما أولى عناية خاصة بكليهما. فحتى المواد المنجمية المصنفة عير إستراتجية حماية منه لها جعل الاستثمار فيها استثمارا جزائري محض وهو ما يعتبر تقييدا للاستثمار الأجنبي في هذا القطاع .

2: المغزى من تحكم المشرع الجزائري في الأشخاص المؤهلة للاستثمار في قطاع المناجم:تعتبر الممتلكات المنجمية من الممتلكات العامة للدولة، بمعنى تدخل ضمن الأملاك الوطنية وهو المبدأ الذي أكد عليه الدستور وأخذه المشرع الجزائري في مختلف القوانين الخاصة وهو ما أكدت عليه المادة 18 من الدستور الجزائري المعدل والمتمم على اعتبار الممتلكات المنجمية أملاك للمجموعة الوطنية بحيث نجدها تنص على:« *الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية.*

وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية و المياه و الغابات...».

ولقد اتخذ قانون المناجم رقم 14-05 هذا المبدأ بموجب المادة 02 منه والتي جاءت بتوضيح بشان الموارد المنجمية التي تتمتع بوصف الأملاك الوطنية العامة، وجعلها تشمل كل تلك الموارد المعدنية والمتحجرة المكتشفة وغير المكتشفة، دون تمييز ما إذا كانت متواجدة في البر أو في البحر، سطحا أو داخل باطن الأرض. فالشرط الوحيد لاعتبارها كذلك هو أن تكون واقعة داخل التراب الوطني أو في المجالات البحرية الخاضعة لسيادة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، أو تابعة لسلطتها القضائية، وبالتالي تكتسب الثروة المنجمية بمجرد تكوينها وضعية طبيعية تجعلها تابعة للأملاك الوطنية العمومية[8].

وما يمكن استنتاجه هنا أن الموارد المنجمية ولخصوصيتها فالمشرع الجزائري لم يعطي أية إمكانية للخواص من أجل تملك الموارد المنجمية، وبالتالي فانه حتى وان تم اكتشاف وجودها في ملكية خاصة للمواطنين فهي تعود إلى الدولة من أجل تحقيق المصلحة العامة في استغلالها. وذلك لانطباق بعض المعايير عليه تجعله يخضع للقواعد المطبقة على الأملاك الوطنية وهي أن قطاع المناجم يعتبر مرفقا عاما(ا) وانه قطاع استراتيجي (ب) وعليه فهو لا يخضع للأحكام المطبقة على الملكية(ج).

أ-قطاع المناجم مرفق عام: لا يمكن اعتبار الأشياء المملوكة للدولة ملكية عامة إلا إذا ثبت تخصيصها للمنفعة العامة [9] فيستفيد منها جميع المواطنين المقيمين في تلك الدولة دون تمييز، وقد تتم الاستفادة من الأملاك العامة بطريقة مباشرة كالمرافق العامة التي تقدم خدمات مادية للمواطنين كالتوريد بالمياه، الكهرباء، النقل بأنواعه وغيرها هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تكون الخدمة المقدمة معنوية تحقق منفعة للمواطنين مثل مرفق الأمن والدفاع[10]. ويستفيد المواطنين من مزايا المرافق العمومية بصفة مجانية كون أن هدف المرافق العامة لا يكمن في تحقيق الربح بغض النظر عن الرسوم الرمزية التي يدفعها المستفيد تلقاء الخدمة وذالك دون تمييز بين المنتفعين لأي سبب كان.

أما بالنسبة لقطاع المناجم باعتباره يدخل ضمن الأملاك العامة للدولة فالاستفادة منه من طرف المواطنين تكون بطريقة غير مباشرة، لكونه قطاع ذو طابع صناعي وتجاري يتميز بخصوصية وذلك نظرا لأهميته الإستراتجية .

ب-قطاع المناجم قطاع استراتيجي: يعتبر قطاع المناجم من القطاعات الإستراتجية للدولة الجزائرية، خاصة لكونه يرتكز على موارد طبيعية والتي تدير فائدة للإنسان وللاقتصاد الوطني بصفة عامة، بحيث يمكن التعامل بها كسلعة مهمة في التجارة المحلية والدولية[11]. وتعود بأرباح طائلة للدول التي تحوز عليها، شانه شان البترول الذي يعتبر المصدر الأساسي في تمويل الخزينة العمومية وبالتالي تأثيره على التنمية الاقتصادية والاجتماعية بحث تستغل العوائد المالية الناتجة منه في سد احتياجات الدولة [12].

لكن على الرغم من البعد الاقتصادي والاجتماعي الذي يحضى به قطاع النفط إلا انه لم يعرف الاستغلال الأمثل من قبل الدول النامية منها الجزائر بحيث جعلته المصدر الأساسي بلا منازع في تحقيق الثروة. وعليه فهناك من يرى أن وفرة الثروة الطبيعية يعتبر عائقا أكثر منه محفزا لتحقيق عملية النمو الاقتصادي[13]، واكبر دليل على ذلك هو الأزمة الاقتصادية التي تمر بها معظم الدول المعتمدة على ثرواتها الطبيعية البترولية، خاصة بعدما عرف انخفاضا في السوق الدولية ، وإهمالها لتطوير القطاع الاقتصادي وتحسين الإنتاج الوطني.

ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يدير نظرته نحو تشجيع الاستثمار بصفة عامة عن طريق إصداره لقانون الاستثمار الجديد لسنة 2016. وبالمقابل ضبطه لمجال الاستثمار في قطاع المناجم بصفة أكثر حذرا بالمقارنة مع القانون القديم المنظم لقطاع المناجم، وذلك بعد تداركه للعيوب التي تبناها في ذلك القانون. وقام بهذا الصدد المشرع الجزائري بتضييق دائرة الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة الأنشطة المنجمية، خلافا على ما كان عليه من قبل، وهذا يعد تأكيدا على الطبيعة الخاصة التي يتميز بها القطاع المنجمي كقطاع

استراتيجي يستوجب استغلاله استغلالا محكما وباستراتجيات مدروسة ودقيقة لتحقيق الموازنة بين الاستجابة لحاجيات الدولة وحماية هذه الثروة كونها ثروة ناضبة .

ج-عدم قابلية إخضاع الأملاك المنجمية للأحكام المتعلقة بالملكية: إن النتيجة من اعتبار الأملاك المنجمية من ضمن الأملاك الوطنية العامة هو استحالة إخضاعها إلى الأحكام التي تخضع إليها ملكية الأشخاص الخاصة أو حتى تلك التي تخضع إليها الأملاك الوطنية الخاصة، وذلك نظرا للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها الأملاك الوطنية العامة أو الأحرى الأملاك المنجمية والدور الذي تلعبه في تحقيق المنفعة العامة.

ولقد أكد المشرع الجزائري على ذلك سواءا في القانون المدني[14] أو بموجب قانون الأملاك الوطنية[15].

ج-1/عدم قابلية الأملاك المنجمية للتصرف فيها: باعتبار أن الأملاك المنجمية مصنفة قانونا ضمن الأملاك العامة للدولة فهي لا تقبل التملك الخاص. فالأموال التي يمكن أن تكون محل ملكية خاصة تخرج عن مجال الأموال العامة[16] فلا يجوز بيعها أو استئجارها أو إخضاعها لأي شكل من أشكال التصرف فيها والذي من شانه تغيير طبيعتها. كون الغرض منها هو تحقيق منفعة عامة وليست منفعة خاصة، وأي إجراء أو تصرف يبطل الغرض الذي وجدت من أجلة يعتبر تصرفا باطلا. ما عدا إمكانية منح تراخيص استغلال للمتعاملين الاقتصاديين من اجل المساهمة في الاستفادة المثلى من هذا القطاع عن طريق الاستثمار فيه أو لأغراض علمية أو استكشافية وذلك في حدود ما أجازه القانون لهم .

ج-2/عدم قابلية الأملاك المنجمية للتقادم: لا يجوز علي أي شخص الإقرار بملكيته لأملاك الدولة التي وضع عليها اليد عن طريق استغلالها، أيا كانت مدة هذا الاستغلال قصيرة أو طويلة المدى، فلا يجوز اكتساب الأملاك الوطنية بالتقادم من طرف الأشخاص المستغلين لها عن طريق تراخيص الاستغلال أو حتى الاحتجاج بذلك. وهو ما يميز الأملاك العامة عن الأملاك الخاصة التي يجوز اكتسابها بالتقادم إذا استمرت حيازة الشخص المستغل لها لمدة معينة مع استفائه لشروط اكتساب الملكية بالتقادم، وتوفر عناصرها المادي والمعنوي كذلك خلوها من أي عيب من عيوب اكتساب الملكية بالتقادم كعدم الاستمرار والغموض والإخفاء[17]. لكن هذا لا يمنع المستفيد من رخصة استغلال لإحدى هذه الأملاك من المطالبة في حمايتها لمواجهة الغير[18] وعدم التعرض له في حدود المساحة التي أعطيت له للقيام بأشغال التنقيب أو الاستغلال المنجمي.

ج-3/عدم قابلية الأملاك المنجمية للحجز عليها: كون أن الأملاك المنجمية تدخل ضمن الأملاك الوطنية فهي كذلك محمية قانونا من أي شكل من أشكال التعدي عليها أو الحجز عليها ، فاتخاذ إجراء الحجز على الأملاك الوطنية إجراء يتنافي مع طبيعة المرفق العام

وغرضه، كما انه لا يمكن القيام بالتنفيذ الجبري ضد الأشخاص العامة وذلك لتعارضه مع الهدف الذي وجد من اجله وهو تحقيق المصلحة العامة. كما لا يمكن تصور عرض الأملاك العامة للبيع في المزاد واكتسابها من طرف الأشخاص الخاصة لان الأملاك العامة للدولة لا يجوز أن تكون محل تملك خاص. والمتعارف عليه على الدولة ليست بدائن متماطلا في دفع ديونها فهي تتسم بالملاءة على غيرها من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة وبالتالي فهي قادرة على تنفيذ التزاماتها من دون اللجوء للتنفيذ الجبري على أموالها.[19]

ثانيا: خصوصية إجراءات مباشرة الاستثمار في قطاع المناجم

كما سبق وان ذكرنا أن قطاع المناجم يعتبر قطاع ذو خصوصية نظرا لأهميته على الاقتصاد الوطني، كما انه قطاع استراتيجي فهو ثروة طبيعية، وبالتالي يخلق ثروة اقتصادية تعود بفائدة اقتصادية واجتماعية هامة على الدولة. وهذه الخصوصية التي يكتسيها قطاع المناجم في حد ذاته تنعكس بطبيعة الحال على الإجراءات والأحكام التي تنظم هذا القطاع. وبالتالي يخضع الاستثمار في قطاع المناجم إلى شروط خاصة حددها قانون المناجم(1)، وكذلك تترتب اثأر خاصة على المستثمر ألمنجمي(2).

1-الشروط الإجرائية للدخول من اجل الاستثمار في قطاع المناجم: إن الأهمية الإستراتيجية التي يمتاز بها قطاع المناجم تستوجب وضع حماية لها وذلك عن طريق الرقابة وتتبع مستغلي هذا القطاع من اجل تجنب الاستغلال العشوائي الغير مجدي له. ولهذا اشترط المشرع المنجمي إلزامية المتعامل الحصول على ترخيص[20]، والذي يعد رقابة سابقة على مشاريع الاستثمار المنجمية وخطوة أولى للدخول في مباشرة الاستثمار في هذا القطاع بحيث نصت المادة 62 من القانون رقم 14-05 على لا يمكن ممارسة نشاطات البحث او الاستغلال المنجمي إلا عن طريق ترخيص منجمي والذي يختلف حسب غرض النشاط، سواءا من اجل البحث المنجمي او الاستغلال المنجمي .

وتتمثل السلطة المخولة لمنح التراخيص المنجمية بأنواعها في الوكالة الوطنية للنشاطات المنجمية وبعد حصول على رأي مبرر للوالي المختص إقليميا مع بقاءها ملتزمة بعد تسليم التراخيص في عدة التزامات من بينها متابعة تسيير وتنفيذ التراخيص المنجمية التي أصدرتها وتولى الرقابة الإدارية والتقنية للإستغلالات المنجمية عن طريق شرطة المناجم السهر على متابعة ومراقبة أشغال البحث والاستغلال المنجمية ومدى احترام قواعد الفن المنجمي و كذلك المحافظة على المكامن و استغلالها بطريقة محكمة وعقلانية[21].

كما يمنح الوالي المختص إقليميا التراخيص المتعلقة باستغلال مقالع لمواد معدنية في إطار انجاز مشاريع الهياكل الأساسية والتجهيزات والسكن المقررة في برنامج التنمية للولاية،

وذلك بعد الحصول على أراء كل من المصالح المؤهلة للولاية، والوكالة الوطنية للنشاطات المنجمية[22].

أما بالنسبة لأشغال التنقيب والاستكشاف والمتضمنة المسح الجوي أو الفوتوغراميتري أو التصوير الجوي فتقوم الوكالة الوطنية للنشاطات المنجمية بمنح الترخيص بعد استشارة وزارة الدفاع الوطني[23]. فالوكالة الوطنية للنشاطات المنجمية لا يمكنها منح الترخيص بمفردها من دون العودة إلى الهيئات الإدارية العليا لاستشارتها كما أنها ملزمة على تتبع أصحاب التراخيص المنجمية في كل خطوة لان الأمر متعلق باستغلال الأملاك الوطنية العامة التي لا يجوز المجازفة بها، وهذا ما يبرز أيضا ويؤكد على الخصوصية التي يتمتع بها الاستثمار في هذا القطاع بالمقارنة مع القطاعات الاقتصادية الأخرى.

2-الآثار المترتبة على مباشرة الاستثمار في قطاع المناجم: إن الاستثمار في قطاع حساس كقطاع المناجم يترتب عنه وجوب إخضاع المستثمر لالتزامات صارمة من اجل تحقيق الاستغلال الأمثل له مقابل ذلك ومن اجل تجنب نفور المستثمرين من مباشرة استثمارهم في القطاع المنجمي فهم يتمتعون ببعض الحقوق والضمانات.

أ- التزامات أصحاب التراخيص المنجمية : يخضع المستثمر المنجمي سواءا قبل بداية ممارسة النشاط المنجمي أو عند ممارسته له أو بعد نهايته من الأشغال التي قام بها إلى التزامات عدة تتمثل في:

أ-1/ التزامات إدارية ومالية: يجب على طالب الترخيص المنجمي أن يرفق طلبه بدراسة جدوى تشمل مخططا لتطوير واستغلال المكمن، وكذا تحليل مالي واقتصادي للمشروع مع إعطاء البرنامج الدقيق للإشغال المقرر انجازها وكذا مخطط التأهيل وإعادة الأماكن إلى حالتها الأصلية وكل التدابير المتعلقة بمرحلة ما بعد المنجم . إضافة إلى إرسال تقرير سداسي لنشاطه المنجمي إلى الوكالة الوطنية للنشاطات المنجمية والى المصالح غير الممركزة للإدارة المكلفة بالمناجم[24] وذلك من اجل تمكين الهيئات الخاصة من متابعة النشاط وتطوراته فهو إجراء يعد كرقابة بعدية على النشاط و تتبعه.

هذا إضافة إلى الالتزامات المالية والضريبية التي يتكفل بها صاحب الترخيص المنجمي المنصوص علها في القانون المتعلق بالمناجم والتي تكون تحت عقوبات صارمة في حال عدم الالتزام بها.

أ-2/التزامات متعلقة بسلامة العمال: إن النشاط المنجمي كما هو معروف يمتاز بخصوصية من حيث طبيعته فهو نشاط يتم في الطبيعة وبالتالي فعملية الوصول إلى استخراج الثروة المنجمية يحتاج إلى استعمال وسائل جد خطيرة كاستعمال المواد المتفجرة لذا ألزم المشرع صاحب الترخيص المنجمي أن يسخر كل الإمكانيات من اجل حماية صحة

وسلامة العمال وحماية الطبيعة. لذلك فهو ملزم بوضع نضام للوقاية من الأخطار المنجمية كفتح مجال وصل بين الإستغلالات المنجمية إما للتهوية أو لجريان المياه أو لفتح منافذ الإغاثة على نفقاته فمسؤوليته في ذلك غير محدودة لا بمحيط ولا بمدة صلاحية الترخيص[25]

فصاحب الترخيص المنجمي يبقى ملزم بحماية العمال واحترام حقوقهم وعليه يجب أن يقوم باكتتاب عقود تامين لتغطية الأخطار المتعلقة بكل نشاطاته[26].

أ-3/ التزامات متعلقة بحماية البيئة: يحضى موضوع البيئة باهتمام كبير في الآونة الأخيرة من قبل الدول سواءا في قوانينها الداخلية أو عن طريق اتفاقيات دولية، تسعى كلها إلى الحد أو على الأقل التقليل من الأخطار التي باتت تهددها وتشكل خطرا عليها وعلى البشرية، لذلك جعل المشرع الجزائري موضوع حماية البيئة في شقها المتعلق بالموارد الطبيعية ومنه قطاع المناجم والتي سماها " مبدأ عدم تدهور الموارد الطبيعية" من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة[27].

وعلى هذا الأساس اخضع المشرع الجزائري المصانع والورشات والمشاغل ومقالع الحجارة والمناجم للالتزام بأحكام قانون حماية البيئة[28]. كما ألزم طالبي التراخيص المنجمية إرفاق طلبهم بدراسة تأثير على البيئة[29]، من قبل مكاتب دراسات أو مكاتب خبرات أو مكاتب استشارات معتمدة وعرضها على الوزير المكلف بالبيئة للموافقة، بالإضافة إلى دراسة المخاطر جراء النشاط المنجمي وإرفاقها بمخطط تسيير البيئة ومخطط التأهيل وإعادة الأماكن إلى حالتها الأصلية[30].

يجب أن يتضمن محتوى دراسة التأثير على البيئة وفقا للمادة 127 من قانون المناجم:

- الأسباب التي من خلالها تمت دراسة الخيارات الممكنة والاحتفاظ بالخيار في المشروع المنجمي الموافق عليه خاصة الجانب البيئي منها،

-الإجراء المتبع لاختيار طريقة الاستغلال،

-توضيح الظروف التقنية التي تضمن استقرار وتوازن الوسط الطبيعي،

-تحديد إجراءات إعادة الأماكن إلى حالتها الأصلية بصفة تدريجية خلال النشاط المنجمي وبعده، وكذا من اجل الوقاية من الأخطار المنجمية في إطار مرحلة ما بعد المنجم، مع الأخذ بعين الاعتبار الصحة والسلامة العموميتين واحترام التكامل الايكولوجي ومبادئ التنمية المستدامة.

ب- الحقوق والامتيازات الممنوحة لأصحاب التراخيص المنجمية: إن هدف المستثمر في القيام بنشاط استثماري هو على طبيعة الحال تحقيق الربح مع تجنب أية خسارة، خاصة وان النشاط الاقتصادي مبني على المجازفة، لذلك فهو يبحث على اكبر قدر من الضمان و

الحقوق التي من شانها بعث الاطمئنان في نفسه وعليه فالمشرع الجزائري رغم الالتزامات العدة التي فرضها على لصحاب التراخيص المنجمية إلا انه بالمقابل منحهم بعض الحقوق و الامتيازات سواءا في القانون المنظم لقطاع المناجم أو في قانون الاستثمار.

ب-1/حقوق اصحاب التراخيص المنجمية: جاء قانون المناجم ببعض الحقوق التي يتمتع بها أصحاب التراخيص المنجمية والتي نصت عليها المادة 110 وتتمثل في :

ب-1-1/ شغل الأرض والحقوق الملحقة بها: يحق لصاحب الترخيص المنجمي شغل الأراضي التي هي محل النشاط المنجمي المتوفر على رخصة البحث أو الاستغلال ويشمل ذلك:

-قيام صاحب الترخيص المنجمي بانجاز أشغال الهياكل والمنشآت الضرورية لنشاطه،

-تنفيذ أشغال الاستكشاف والاستغلال المنجميين والأنشطة المرتبطة بها،

-انجاز سكنات العمال المعنيين بانجاز النشاط المرتبط بالترخيص،

-انجاز البنى التحتية الخاصة سواء بنقل العتاد والتجهيزات والمنتجات المستخرجة أو المتعلقة بالتموين بالمياه والطاقة. والاستفادة من هذه الحقوق تكون بعد الاتفاق بالتراضي بين صاحب الترخيص ومالك الأرض ويستفيد هذا الأخير من تعويض على أي ضرر لحق به[31].

كما يستفيد صاحب الترخيص من شغل الأراضي مجانا طبقا لنص المادة 115 إذا كانت الأرض تابعة للأملاك الوطنية أو تابعة للأشخاص الخاضعين للقانون الخاص إذا كان موضوعها التنقيب أو الاستكشاف المنجمي الذي لا ينجم عنه أي ضرر.

ب-1-2/الارتفاقات: يستفيد صاحب الترخيص المنجمي ومع مراعاة الشروط المحددة قانونا من الارتفاقات القانونية من اجل الدخول إلى المساحة التي تتم فيها الأشغال المنجمية وكذا المرور وتمرير القنوات الضرورية لمنشاته أو لسير نشاطه المنجمي. وفي حالة عدم حصول صاحب الترخيص باتفاق بالتراضي مع المعنيين يجوز إن يتحصل على ترخيص من الوالي المختص إقليميا طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، بعد تبليغ مباشر يوجه إلى الملاك أو أصحاب الحقوق العينية أو ذوي الحقوق. وينشر القرار في مكتب المحافظة العقارية التي ينتمي إليها العقار المثقل[32].

ب-2/ الامتيازات التي يستفيد منها المستثمر المنجمي: يملك المستثمر المنمجي في ضل قانون المناجم القديم 01-10 حق الاختيار ما بين الاستفادة من المزايا الجبائية التي نص عليها قانون المناجم بالتالي يفقد الحق في الاستفادة من تلك التي يمنحها القانون المتعلق بالاستثمار آنذاك أو انه يختار الاستفادة من المزايا الممنوحة بموجب قانون الاستثمار فيسقط حقه في الاستفادة من المزايا الجبائية الواردة في قانون المناجم [33]. أما في قانون 14-05 فالمشرع تخلى على فكرة منح الاختيار للمستثمر في تحدده للمزايا التي يستفيد منها

بحيث نجده ينص في المادة 137 على مجموعة من المزايا الجبائية التي تستفيد منها نشاطات المنشآت الجيولوجية والتنقيب والاستكشاف المنجميين لكن هل يعني ذلك منعها من الاستفادة من المزايا المنصوص عليها في قانون الاستثمار أم انه تستفيد من مزايا كلى القانونين؟

لكن بالنظر إلى المادة 139 من نفس القانون فالمشرع قد اخضع الصنف الثاني من الأنشطة المنجمية الا وهو أنشطة الاستغلال المنجمية إلى الأحكام المنصوص عليها في القانون المتعلق بترقية الاستثمار بالتالي فانه قد حسم الامر في ذلك فنشطات البحث المنجمي تخضع للامتيازات الواردة في المادة 137 من قانون المناجم أما نشاطات الاستغلال فهي تخضع إلى الأحكام الواردة في قانون الاستثمار16-09 وذلك بعد إلغاء قانون 01-03.

أما فيما يخص الضمانات الممنوحة للمستثمرين فلم ينص قانون المناجم على ضمانات خاصة للمستثمر المنجمي فهو بالتالي يستفيد من تلك المنصوص عليها في قانون ترقية الاستثمار.

خاتمة

وعلى أساس ما تقدم فان الاستثمار في القطاع المنجمي يمتاز بخصوصية تجعل منه قطاعا منفردا و مختلفا عن الاستثمار في القطاعات الاقتصادية الأخرى، وذلك نظرا لطبيعة القطاع في حد ذاته، والذي يبقى قطاع مرتبط بالدولة وكذالك نظرا إلى النشاط المنجمي الذي يحتوي على صعوبات سواءا من حيث البحث عن المنشات المنجمية أو من حيث استغلالها و التعامل مع الأخطار المرتبطة بها. و كذلك نظرا إلى الوسائل التي يحتاجها المستثمر المنجمي في عملية البحث والتنقيب والاستغلال المنجمي والتي قد تصعب المهمة عليه.

-لذلك يستلزم على الدولة دعوة المستثمرين دون تمييز إلى استغلال هذا القطاع وذلك بتحفيزهم عن طريق وضع مزايا وضمانات خاصة بالمستثمر المنجمي .

-العمل على تسهيل عملية التمويل عن طريق وضع قواعد قانونية تتماشى وطبيعة النشاط.

-التشهير بالثروة المنجمية التي تمتلكها الجزائر في الخارج من اجل استقطاب المستثمر الأجنبي للمساهمة في الاستثمار في هذا القطاع .

- وخاصة في إطار الجهود التي تبذلها الجزائر في ترقية الاستثمار والدفع به من اجل مواجهة الأزمة الاقتصادية فانه من الأجدر بها اتخاذ نوع من الليونة في استغلال قطاع المناجم وعدم جعله حكرا على فئة معينة من الأشخاص، على الرغم من انه قطاع حساس إلا أن الظروف الاقتصادية في تطور مستمر والعالم في تفتح أكثر فلا مجال لجعل هذه القيود

حاجزا أمام استغلال هذا القطاع خاصة وانه يعرف حركية بطيئة يستلزم العمل على تحريكها وتحقيق الانتعاش فيه .

الهوامش:

[1] قانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر. عدد 14 ،صادر في 07 مارس سنة 2016.

[2] قانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت ،2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر. عدد 46 ،صادر في 03 أوت 2016.

[3] قانون رقم 14-05 ،مؤرخ في 24 فبراير سنة 2014، يتضمن قانون المناجم، ج.ر. عدد 18 صادر في 30 مارس 2014.

[4] قانون رقم 01-10، مؤرخ في 03 جويلية 2001، يتضمن قانون المناجم، ج.ر. عدد 35 ،صادر في 22 أوت 2001 (ملغى).

[5] و التي تنص على : ***« تضمن الدولة الاستعمال الرشيد للموارد الطبيعية و الحفاظ عليها لصالح الأجيال القادمة...»***

[6] انظر المادتين 70و 72 من القانون رقم 14-05 ، مرجع سابق.

[7] انظر المادة 69 مرجع نفسه.

[8] انظر المادة 10 من القانون رقم 08-14، المؤرخ في 10 جويلية سنة 2008، المتضمن تعديل قانون الأملاك الوطنية 90-30، ج.ر. عدد 44 صادر في 03 اوت 2008.

[9] أسامة عثمان، أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء القضاء والفقه، منشئة المعارف الإسكندرية، 1987، ص 16.

[10] ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس الجزائر، 2010، ص 26.

[11] بن رمضان أنيسة ، دراسة إشكالية استغلال الموارد الطبيعية الناضبة وأثرها على النمو الاقتصادي ، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر ،2014، ص 49.

[12] رضا عبد الجبار الشمري ،الأهمية الإستراتجية للنفط العربي، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص108.

[13] بن رمضان أنيسة ،مرجع سابق، ص 98.

[14] انظر المادة 189 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج.ر. عدد 78 .

[15] انظر الفقرة الأولى من المادة 04 من القانون رقم 08-14، مرجع سابق.

[16] حنان ميساوي، آليات حماية الأملاك الوطنية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2014-2015 ص 31.

[17] حنان مبساوي، مرجع نفسه، ص 51.

[18] ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،2006-2007، ص 48.

[19] جبلاحي مخلوف، النظام القانوني للاستثمار في المجال المنجمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة،2014-2015.ص 18-19.

[20] يعرف الترخيص المنجمي كما جاء في المادة 04 من قانون 14-05، انه وثيقة تسلم من طرف السلطة الإدارية المختصة تخول حقوق ممارسة نشاطات البحث أو الاستغلال المنجميين على محيط مساحة يحدد بنظام إحداثيات مستعرض مركاتور العالمي.

[21] انظر المادتين 40و42 من القانون رقم 14-05 ،مرجع سابق.

[22] انظر المادة 63 ، مرجع نفسه .

[23] انظر المادة 65 ، مرجع نفسة.

[24] انظر المادتين 123و124 ، مرجع نفسه.

[25] انظر المادتين 54و55 ، مرجع نفسه.

[26] انظر المادتين 61و124، مرجع نفسه.

[27] انظر المادة 03 من القانون رقم 03-10، المؤرخ في 19 جويلية 2003 ،المتضمن قانون حماية البيئة في اطار التنمية المستدامة،ج.ر. عدد 43 ، الصادر في 20 جويلية 2003.

[28] انظر المادة 19 ، من قانون03-10 مرجع سابق.

[29] انظر المادتين 15 و 16،مرجع نفسه.

[30] انظر المادة 126 و الفقرة الأخيرة من المادة 127 من قانون 14-05 مرجع سابق.

[31] انظر المادتين 111و 113 ، مرجع نفسه.

[32] انظر المواد من 119 إلى 122 ، مرجع نفسه.

[33] انظر المادة 238 من قانون رقم 01-10 مرجع سابق.

مدلول العمل التعاقدي في جريمة الرشوة في القانون الجزائري وفي التشريعات الجزائية الأجنبية *

بوبرقيق عبدالرحيم، طالب دكتوراه،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة سيدي بلعباس، الجزائر.

BOUBERGUIG Abderrahim, Doctorant,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Sidi Bel Abbès, Algérie.

ملخص:

فرض القانون الجزائري حماية جزائية للعمل التعاقدي المُبْرَم أو المُنَفَذ بإسم الأشخاص المعنوية العامة لتنزيهه عن طريق المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي تناولت جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية. وسوف تهدف هذه الدراسة إلى التطرق إلى أهم الجوانب القانونية لمدلول ذلك العمل حسب المادة 27 من قانون الجزائري السابق، وحسب موقف التشريعات الجزائية الأجنبية.

الكلمات المفتاحية:

جريمة الرشوة، المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، عقد إداري ، صفقة عمومية، مدلول جزائي.

The definition of contractual act in the offence of bribery in Algeria law and in foreign penal legislations

Abstract:

The Algerian law impose a legal protection to the contractual act concluded or executed on behalf the legal persons of public law with a view to protect integrity in that act by article 27 of the Law on prevention and fight against corruption relative to bribery in public procurements. The study aims to demonstrate legal aspects related to the definition of contractual act within the meaning of article 27 of the Algerian law previously mentioned and according to the foreign penal legislations.

Keywords:

Offence of bribery, article 27 of the Law on prevention and fight against corruption, Administrative contract; Public procurement, Penal definition.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/31 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/01/23 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Sens de l'acte contractuel dans l'infraction de corruption en droit Algérien, étude comparative.

Résumé :

La loi algérienne a imposé une protection pénale de l'acte contractuel conclu ou exécuté au nom des personnes morales publiques en vertu de l'article 27 de la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption (au sens large) ayant trait à la corruption en matière de marchés publics. Cette étude a pour objectif de démontrer les principaux aspects juridiques relatifs à la définition de l'acte contractuel au sens de l'article 27 de la loi algérienne et de quelques législations pénales comparés.

Mots clés :

Infraction de corruption, article 27 de la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, contrat administratif, marché public.

مقدمة

إختار المشرع الجزائري على ضوء المصلحة المحمية قانونا بموجب جريمة الرشوة أي، «نزاهة النشاط الإداري»، العمل التعاقدي « Acte contractuel » من بين مجالات نشاط الإدارة العامة ليكون محلا لنص جزائي خاص يتناول الرشوة بمناسبته هو المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[1] («قانون الفساد» فيما يلي)، وقرر لها عقوبة أكبر من العقوبة المقررة لجريمة الرشوة حسب المادة 25 من قانون الفساد التي تناولت جريمة رشوة الموظفين العموميين بوجه عام.

إذ إن العمل التعاقدي من أكثر نشاطات الإدارة العامة عرضة للسلوكيات المنحرفة لغاية توسل المال العام عن طريقها، مما يضر بهذا المال بالتعاقد مع أشخاص لا يتمتعون بالكفاءة المطلوبة لتنفيذ الإلتزامات التعاقدية « Prestation contractuel »، ومن ثمة الوفاء بثمنها من ذلك المال رغم تنفيذها بصورة سيئة. كما أن من شأن هذه السلوكيات العدوان بصورة كبيرة أكثر من غيرها في مجالات أخرى من النشاط الإداري على المصلحة التي يحميها القانون بمقتضى جريمة الرشوة لأن أهم أعمال التعاقد التي تكون الإدارة العامة طرفا فيها تحكمها على سبيل الوجوب مبادئ «النزاهة والشفافية».

ولكن المشرع الجزائري، إذ تناول بالتجريم والعقاب الرشوة في مجال الأعمال التعاقدية في نص مستقل عن النص العام المتعلق بجريمة الرشوة، وأنه إستعان بسلطان القانون الجزائي لبسط الحماية القانونية على النزاهة فيها، قعد عن إعطاء مدلول واضح لهذه الأعمال التعاقدية المعنية بالتجريم، على عكس بعض التشريعات الجزائية الأجنبية، رغم الأهمية القانونية الكبيرة لهذا المدلول، وفي ظل موقف مبهم للقضاء الجزائي الجزائري، وموقف فقهي يسوده الإضطراب.

وبناءا عليه، سوف يحاول الباحث أن يعالج مدلول الأعمال التعاقدية في جريمة الرشوة من خلال التساؤلات التالية:

فمما يتكون مدلول العمل التعاقدي في جريمة الرشوة حسب المادة 27 من قانون الفساد ؟ وهل يختلف هذا المدلول في القانون الجزائي عنه في القانون الإداري بما أن الإدارة العامة تعتبر طرفا في هذا العمل ؟ وكيف هو موقف التشريعات الجزائية الأجنبية من الرشوة في مجال العمل التعاقدي؟

للإجابة على هذه الأسئلة، إتبع الباحث المنهج التحليلي القانوني والمنهج الوصفي القانوني، والمنهج المقارن الذي سوف ينصب على التشريعات الأجنبية التالية: القانون التونسي والقانون الإيطالي بسبب موقفهما الخاص حول الموضوع.

وعلى ضوء ما سبق، قام الباحث بتقسيم خطة الدراسة حول مدلول[2] العمل التعاقدي في جريمة الرشوة في القانون الجزائري وفي التشريعات الجزائية الأجنبية وفقا لما يلي:

مبحث تمهيدي: النصوص القانونية

المبحث الأول: ضوابط العمل التعاقدي حسب المادة 27 من قانون الفساد

المطلب الأول: أن يُبْرَم العقد أو يُنَفَذ بإسم الهيئات المذكورة في المادة 27 من قانون الفساد

المطلب الثاني: أن ترتكب الرشوة أو يحاول إرتكابها خلال أدوار العقد

المبحث الثاني: نطاق الأعمال التعاقدية حسب المادة 27 من قانون الفساد

المطلب الأول: ما يدخل في نطاق المادة 27 من قانون الفساد

المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق المادة 27 من قانون الفساد

المبحث الثالث: موقف التشريعات الجزائية الأجنبية من العمل التعاقدي في جريمة الرشوة

المطلب الأول : التشريع التونسي

المطلب الثاني : التشريع الإيطالي

المبحث التمهيدي: النصوص القانونية

أنشأ المشرع الجزائري الرشوة في مجال العمل التعاقدي بموجب القانون رقم 01-09[3] في المادة 128(مكرر1) من قانون العقوبات التي تقول: « يعاقب بالسجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 100.000 دينار إلى 5.000.000 دينار كل من يقبض أو يحاول القبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو فائدة مهما كان نوعها، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون.»، نقلها المشرع إلى قانون الفساد، الصادر بناءا على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد[4]، بدون إجراء أي تغيير على الأعمال التعاقدية المعنية بالتجريم، ونصت عليها من جديد المادة 27 منه بعنوان «الرشوة في مجال الصفقات العمومية» الواردة في الباب الرابع منه «التجريم

والعقوبات وأساليب التحري» الذي تضمن طائفة الجرائم من نوع الفساد المستحدثة بالمادة الثانية من نفس القانون.

وجاء في المادة 27 المذكورة، وهي محل هذه الدراسة، أنه: «يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دينار إلى 2.000.000 دينار، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.»

المبحث الأول: ضوابط العمل التعاقدي حسب المادة 27 من قانون الفساد

إستعان المشرع الجزائري لتحديد مدلول العمل التعاقدي الذي يدخل في نطاق تطبيق المادة 27 من قانون الفساد بضوابط. وتدور هذه الضوابط في الأساس حول الهيئة التي يُبْرَم أو يُنَفَذ العقد بإسمها (المطلب الأول)، وحول أدوار حياة هذا العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أن يُبْرَم العقد أو يُنَفَذ بإسم الهيئات المذكورة في المادة 27 من قانون الفساد

إشترطت المادة 27 من قانون الفساد أن تكون الصفقة والعقد والملحق مبرمة أو منفذة بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية، مع إستثناء الأعمال التعاقدية للمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والبحثي كالجامعة بالرغم من أنها كانت تخضع لتنظيم الصفقات العمومية القديم، مما عرض هذا الإستثناء إلى النقد من جانب الفقه الذي أراد تطبيق المادة 27 السابقة على جميع الأشخاص المؤهلة لإبرام صفقة عمومية بحسب تنظيم الصفقات العمومية القديم[5]. ولم تعد تلك الهيئات تخضع لقواعد قانون الصفقات العمومية بموجب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[6] («تنظيم الصفقات العمومية» فيما يلي). وبالتالي، أصبح في استطاعتها أن تشبع حاجاتها وفق تقنية تعاقد أخرى غير تقنية الصفقة العمومية.

بينما تخضع الصفقات والعقود وملاحقها الخاصة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وبدون إقامة أي تمييز فيها على أساس مصدر تمويلها، والخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية لحكم المادة 27، وإن كانت من الهيئات المستثناة من نطاق تنظيم الصفقات العمومية (المادتان 8 و9 من تنظيم الصفقات العمومية) لأن المادة 27، في نظر الباحث، لم تشترط أن تكون الصفقة أو العقد ذو طابع عمومي لكي تطبق[7].

فلفظ «الصفقة» و«العقد» الواردان فيها يستغرقان جميع العقود التي تبرمها تلك الهيئات، ولا يقتصران فقط على الصفقة العمومية أو العقود الإدارية الأخرى.

ويبدو مما سبق بأن المشرع قد أخذ بالمعيار العضوي للعقد الإداري، وهو معيار أساسي لتحديد العقود الإدارية، من خلال قائمة الهيئات التي ذكرتها المادة 27 السابقة التي يبرم العمل التعاقدي أو ينفذ بإسمها، لولا أن هناك هيئات ذكرتها المادة لا تعتبر عقودها من قبيل الصفقات العمومية، ولا من قبيل العقود الإدارية في معظم الأحيان، مما يؤدي إلى الإنتقاص من التطبيق الفعلي للمعيار العضوي على الأعمال التعاقدية المعنية بالتجريم. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع لم يعتد بالمعايير الأخرى للعقد الإداري كمعيار العقود الإدارية بتعيين القانون، أو كمعيار تسيير المرفق العام ومعيار البنود غير المألوفة في القانون الخاص، وهما، فضلا على المعيار العضوي، معياران مستخلصان من إجتهاد القضاء الإداري الفرنسي في مادة العقود، زيادة على معايير أخرى خاصة ببعض العقود الإدارية كمعيار المقابل المالي ومعيار الموضوع المادي للعقد بالنسبة للصفقات العمومية، والمأخوذ بها في القانون الجزائري[8].

ويتبين مما سبق بأن مدلول العمل التعاقدي حسب المادة 27 من قانون الفساد يختلف عن مدلوله في القانون الإداري، إذ لم يأخذ النص القانوني بأي معيار من معايير إعطاء العمل التعاقدي وصف العقد الإداري المعمول بها في هذا القانون سوى بالمعيار العضوي، وإن بصورة جزئية وليس بصورة كاملة.

المطلب الثاني: أن ترتكب الرشوة أو يحاول إرتكابها خلال أدوار العقد

ترتكب الرشوة حسب المادة 27 من قانون الفساد خلال أدوار العقد، وقد عبرت المادة السابقة عن ذلك «بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية».

وهذه الوقائع مشروعة في نظر في نظر القانون الجزائي، غاية ما في الأمر أنه يتعلق على وجودها تطبيق العقوبة المقررة للفعل المجرم بناءا على حكم المادة 27 من قانون الفساد.

فتلك الوقائع عبارة عن عمل صادر عن الإدارة العامة بإتفاق إرادتها مع إرادات أخرى لما لا تخول هذه الإدارة ممارسة نشاطها عن طريق الأعمال الإدارية بإرادتها الواحدة أو تخول ذلك بصورة اختيارية، وشأنها في هذا شأن أغلب الأعمال القانونية التي يعتد بها القانون الجزائي لقيام جريمة ما[9].

غير أن الفقهاء في الجزائر، وإن اتفقوا على ضرورة توافر شرط أدوار العقد لتطبيق المادة 27، اختلفوا حول النطاق الحقيقي لهذه الأدوار.

فيرى بعضهم أن نطاق أدوار التعاقد للمادة 27 السابقة يشمل على دور التحضير وإجراء المفاوضات فقط، ولا يشمل دور الإبرام ودور التنفيذ، فهي مستثناة من نطاق نص التجريم لأن النص العربي للمادة السابقة إشترط أن يكون التحضير أو إجراء التفاوض «بقصد» إبرام أو تنفيذ العمل التعاقدي[10]. فيفهم من ذلك بأن الرشوة في دور الإبرام ودور التنفيذ تخضع للمادة 25 من قانون الفساد بإعتباره نصا عام بالقياس إلى نص المادة 27 الذي هو نص خاص. فعبارة «بقصد» إذًا لا تعني، وفق منطق هذا الرأي الفقهي، سوى تلك الإرادة الرامية إلى التعاقد. ولا تدل على معناها المتعارف عليه في الصياغة التشريعية للنصوص الجنائية، وهو معنى القصد الجنائي كصورة للركن المعنوي للجريمة. لا بل إن لفظ «بقصد» قد قاد بعض الفقهاء[11]، بالفعل، إلى إضفاء طبيعة قانونية مختلفة على أدوار التعاقد، خلافا للسائد فقها أنها مناسبة لإرتكاب الجريمة[12]، فقال بأنها تمثل الغرض من الرشوة في مفهوم المادة 27 من قانون الفساد.

ولكن يبدو بأن الرأي الفقهي السابق يضيق من نطاق المادة 27، فلا تستوعب الرشوة خلال مرحلتي الإبرام والتنفيذ، وهي من أهم مراحل العمل التعاقدي. فخلال مرحلة الإبرام تختار الإدارة العامة طريقة التعاقد المناسبة، إذا كانت ملزمة بإتباع طريقة تعاقد محددة سلفا، وتختار المتعاقد معها لإرساء العقد عليه مما يجعلها مرحلة هامة بالنسبة لكل شخص يريد الظفر بالعمل التعاقدي بصورة قانونية أو بصورة غير قانونية. وخلال مرحلة التنفيذ التي تتجسد خلالها مظاهر السلطة العامة المخولة للإدارة المتعاقدة إتجاه المتعاقد معها، يغرض هذا الأخير إلى إرتكاب جريمة الرشوة من أجل التخفيف من وطأة هذه السلطة عليه كأن يقدم المتعامل المتعاقد إلى الموظف العمومي المنوط به توقيع جزاء التأخير على هذا المتعاقد أجرة أو منفعة من أجل أن يمتنع الموظف عن إتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة بسبب تأخر إنجاز الأشغال مثلا[13].

فلا معنى إذًا من إخراج مرحلتي الإبرام والتنفيذ من نطاق أدوار التعاقد حسب المادة 27 من قانون الفساد طالما تعتبر هاتان المرحلتان من أبرز مراحل العمل التعاقدي عرضة للرشوة أكثر من مرحلة التحضير ومرحلة إجراء المفاوضات.

بينما إعتبر جانب آخر من الفقهاء ذلك تعارضا حاصلا فيما بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 27، إذ يخلو النص الفرنسي من لفظ «بقصد» الموجود في النص العربي. وهو لفظ لا ينسجم مع السياق العام للقانون بحسبهم، فاقترحوا حذفه من النص العربي ليطابق النص الفرنسي الذي يقول: «بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق [...]» « à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un marché, contrat ou avenant »[14]. ويترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها أن

جميع الأدوار المذكورة في المادة 27 يتعين أن تعتبر من نطاق تطبيقها، فيشمل التجريم أدوار: التحضير، المفاوضة، الإبرام والتنفيذ.

وهو ما يؤيده الباحث في هذه الدراسة لأنه رأي راجح من الناحية المنطقية. فيبدو بأن النطاق الحقيقي للمادة 27 من قانون الفساد يشمل جميع مراحل التعاقد المذكورة في المادة 27، وهي: مرحلة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق ومرحلة المفاوضات بشأنها، وهما مرحلتان مبكرتان من مراحل التعاقد قرر المشرع إدراجهما ضمن نص التجريم بغرض ضرب يد المفسدين في مجال الأعمال التعاقدية في بداية التعاقد، ومرحلة إبرامها ومرحلة تنفيذها.

المبحث الثاني: نطاق الأعمال التعاقدية حسب المادة 27 من قانون الفساد

بعد تحديد الضوابط التي ترسم مدلول العمل التعاقدي حسب المادة 27 من قانون الفساد، يتعين على الباحث الآن أن يحدد نطاق الأعمال التعاقدية وفق ما جاء في المادة 27 من قانون الفساد عن طريق تحديد ما يدخل في نطاق هذه المادة من أعمال تعاقدية (المطلب الأول) وما يخرج منها من ذلك النص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ما يدخل في نطاق المادة 27 من قانون الفساد

عددت المادة 27 من قانون الفساد الأعمال التعاقدية التي تدخل في نطاقها، وهي: الصفقة والعقد سواءا أكان عقدا أو صفقة تبرم بصورة أصلية أو كان عقدا أو صفقة تكميلية، ويقصد بالعقد أو الصفقة التكميلية ذلك العمل التعاقدي الجديد المستقل عن العقد الأصلي، وهو يختلف عن الملحق بكونه لا يتبع العقد الأصلي من حيث طبيعته ومن حيث نظامه القانوني، ويتشابه معه بكونه يبرم مع من رسى عليه العقد أو الصفقة الأصلية[15]، والملحق بهما، وهو عمل إتفاقي بموجبه يقوم أطراف العقد بتغيير أو تكميل واحد أو أكثر من الشروط المكونة له[16].

غير أن التعداد التشريعي السابق للأعمال التعاقدية غير واضح وغير دقيق. إذ أن العقود والصفقات التي تقوم بها الهيئات المذكورة آنفا، بإستثناء الملحق فطبيعته تتبع الطبيعة القانونية للعقد الأصلي، فإذا كان العقد الأصلي عقدا عام فإن الملحق يكون عقدا عاما أيضا، أما إذا كان العقد الأصلي عقدا خاصا فإن الملحق يكون عقدا خاص[17]، تنقسم إما إلى عقود وصفقات خاصة تخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص كالقانون المدني أو كالقانون التجاري، وإما إلى عقود إدارية، ومن أبرزها الصفقات العمومية، تخضع لأحكام وقواعد القانون الإداري[18].

والمادة 27 من قانون الفساد لا بَيَّنَت ما إذا كان مدلول العقد والصفقة واسعا يشمل هاتان الطائفتان معا. ولا هي بَيَّنَت ما إذا كان يشمل أحداهما فقط، فعلى سبيل المثال لم

يقل نص التجريم بأن الصفقة المقصودة هي الصفقة العمومية مما يفتح الباب أمام إفتراض تطبيقه أيضا على الصفقة الخاصة[19]. ثم إن تسمية المادة 27 من قانون الفساد «الرشوة في مجال الصفقات العمومية[20]» التي وظفها المشرع لها توحي، وعلى عكس مضمون نص التجريم، بأن مدلول العقد والصفقة لا يخرج من نطاق مدلول «الصفقات العمومية». ولكن لكي تعتبر الصفقة عقدا إداريا يجب أن تكتسب خصيصة «العمومية» التي تُكَّوِن إسمها القانوني. وهذا ما لم تشترطه المادة 27 من قانون الفساد بصورة صريحة. إضافة إلى أن المادة 27 السابقة، وكما رأى الباحث من قبل، لم تأخذ كلية بالمعيار العضوي للعقد الإداري المطبق على الصفقات العمومية حسب قواعد المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية، فهي تطبق على صفقات وعقود الهيئات المستثناة من نطاق تنظيم الصفقات العمومية. وعقود هذه الهيئات لا تعد صفقات عمومية، وإن كانت تعد عقودا إدارية إذا توافرت فيها معايير العقد الإداري الأخرى[21].

وهذا، ما لم يجوز صياغة الإسم القانوني للجريمة في القانون الجنائي عن طريق التبعيض أي، أن يشمل هذا الإسم على بعض نطاق الجريمة كالصفقة العمومية، وهي من العقود الإدارية حسب الراجح في الفقه، ليدل على نطاق النص القانوني الحقيقي الذي يشمل الصفقات والعقود الإدارية وملاحقها، وهذا على سبيل المثال.

وفي نفس السياق، فسر بعض الفقهاء لفظ «العقد» الوارد في المادة 27 من قانون الفساد بأنه يعني الصفقات العمومية التي تقل قيمتها المالية عن السقف المالي المحدد قانونا لإبرام صفقة عمومية بمفهوم تنظيم الصفقات العمومية كعقد الأشغال بناءا على مذكرة وكعقد توريد اللوازم بناءا على فاتورة (سابقا)[22]. فلقد حاول هؤلاء حصر مدلول الأعمال التعاقدية الواردة في المادة 27 من قانون الفساد بداخل قانون الصفقات العمومية، وإستثنوا بذلك من نطاقه العقود الأخرى التي تكون الهيئة الإدارية طرفا فيها كعقود تفويض المرفق العام، وكعقود الإدارة العامة التي تخضع للقانون الخاص، وهي عقود لا تخلو من مظاهر الفساد، بحيث إذا كانت الصفقات العمومية عبارة عن عقد شراء من جانب الإدارة العامة، فإن بعض العقود الخاصة التي تقوم بها هذه الأخيرة هي عبارة عن عقود بيع يتشكل محلها في الأغلب من الأحيان من حق ينصب على المال العام كحق الملكية، وهذا المال العام ركيزة أساسية من ركائز نشاط الإدارة العامة.

بينما عارض جانب آخر من الفقه هذا التفسير للعقد، وأراده تفسيرا أضيق لا يخرج عن مدلول الصفقة العمومية الضيق المرتبط بالقيمة المالية للعقد[23]. فبحسب هذا الرأي، ينحصر مشكل مدلول العمل التعاقدي في المادة 27 السابقة في لفظ «العقد» الذي لا يخرج عن مدلول الصفقة العمومية الضيق، بينما لا يثير لفظ «الصفقة» أية مشكلة بشأن

مدلوله، فهو يعني ببساطة الصفقة العمومية بمعناها المعروف. ولكن بيَّن الباحث من قبل أن هذا اللفظ قد يشمل الصفقة العمومية وقد يشمل الصفقة الخاصة، وهي تختلف عن الصفقة العمومية. والإختلاف بين الأنظمة القانونية يقيم التساؤل على أسس مشروعة حول لزوم إشتراك تلك الأنظمة المختلفة في نفس الحكم القانوني أو لزوم معاملتها بصورة مختلفة بسبب الإختلاف القائم فيما بينها. ثم، إذا كان لفظ «الصفقة» يدل، من باب أولى، على المفهوم الضيق للصفقة العمومية، وكان العقد مجرد تطبيق من تطبيقاته، فما جدوى ذكر العقد ضمن تعداد الأعمال التعاقدية المعنية بالمادة 27 إذا كان لفظ الصفقة يستغرقه ؟

يبدو للباحث بأنه يجدر على المشرع، التدخل لتحديد الأعمال التعاقدية الداخلة في نص التجريم بوضوح ودقة كاملين من جهة لأن تحديد من بين عقود الإدارة العامة ما هو إداري وما هو خاص يخضع لقواعد القانون الخاص والقانون الإداري و، إذ هو سلطة منوطة بالقاضي الجزائي في جريمة الرشوة وفي أية جريمة أخرى إذا انصب التجريم فيها على علاقة تعاقدية، يكتسي التعقيد والصعوبة نظرا لعدة أسباب من أبرزها قلة دراية القاضي الجزائي بأنظمة القانون الخاص والقانون الإداري[24] مما يؤدي إلى وقوع القضاء الجزائي في الخطئ في تكييف العلاقات التعاقدية المعروضة عليه، فيسيء بذلك تطبيق النص القانوني. ويمكن للمشرع، لتجنب هذا المشكل، أن يحدد الأعمال التعاقدية التي تدخل في نطاق المادة 27 من قانون الفساد بإسماها القانوني، كالصفقة العمومية وكتفويضات المرفق العام، وهي من العقود المسماة في القانون الجزائري، وإن كان إستهداف أعمال تعاقدية بعينها سوف يؤدي إلى تحميل القاضي الجزائي عبء التأكد من التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية المعروضة عليه قبل التأكد من توافر الأركان الأخرى للجريمة[25]. ومن جهة أخرى، لحسم هذا الجدال الفقهي الدائر حول مدلول العمل التعاقدي حسب المادة 27.

وعلى أية حال، فإن الأعمال التعاقدية التي تخرج من نطاق تطبيق المادة 27 السابقة لن تخرج كلية من سلطان القانون الجزائي، لأنها سوف تخضع إلى حكم المادة 25 من قانون الفساد، وهو النص العام الذي ينظم جريمة الرشوة في مختلف مجالات الوظيفة العمومية بما فيها وظيفة التعاقد.

المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق المادة 27 من قانون الفساد

يخرج من نطاق الأعمال التعاقدية المعنية بالمادة 27 من قانون الفساد العقود التي تبرمها الهيئات المعنية بإسم ولحساب شخص يخضع للقانون الخاص، فهذه العقود تعتبر في الأصل عقودا خاصة، وإن قامت الهيئة بإبرامها وفق قواعد تنظيم الصفقات العمومية

التي تخضع هذه الهيئة إليه في العقود الخاصة بها[26]. فلا يهم خضوع أو عدم خضوع العمل التعاقدي لتنظيم الصفقات العمومية لتحديد العمل التعاقدي الذي يدخل في نطاق النص القانوني.

ويخرج كذلك من نطاق المادة 27 عقد المناولة المنصوص عليه في المواد من 140 إلى 144 من تنظيم الصفقات العمومية، والمعروف سابقا «بالتعامل الثانوي» لأنه عقد من عقود القانون الخاص[27] وليس من العقود الإدارية ولا من العقود الخاصة التي تقوم بها الإدارة العامة[28]، ولأنه يتم بين المتعاقد مع الإدارة العامة وأشخاص آخرين لتنفيذ صفقة عمومية بإسم ذلك المتعاقد ولحسابه لا بإسم الإدارة المتعاقدة.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يلاحظ بأن المادة 27 من قانون الفساد لم تُبَيِّن إذا كان من اللازم أن تكون تلك الهيئات هي صاحبة العمل التعاقدي، بحيث يبقى خارج نطاقها العقود التي تعد فيها الشخص «الملتزم بهذا العمل» كأن تترشح مؤسسة عمومية إقتصادية للمنافسة على صفقة عمومية لأحدى الهيئات المذكورة في المادة السابقة ويرتكب مديرها العام الرشوة كما وصفها القانون في إطار عقد المناولة. وإن كان الشك يثور في الأساس حول اعتبار المدير العام موظفا عاما في هذا الخصوص. ويبدو للباحث بأن المقصود من شرط إبرام وتنفيذ العمل التعاقدي «بإسم» الهيئات المعنية هو أن تكون هذه الأخيرة هي صاحبة العمل التعاقدي، فيخرج بهذا من نطاق النص الأحوال التي تعتبر فيها هذه الهيئات الشخص الملتزم بالعمل التعاقدي.

كما أن المادة 27 من قانون الفساد لا تطبق على الصفقات العمومية الدولية كالعقود والصفقات العمومية المتعلقة بقنصلية أجنبية موجودة على الإقليم الجزائري[29]، أو صفقة عمومية تخص فرعا لهيئة الأمم المتحدة يقع مقره بالجزائر[30] فهي لا تطبق على جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية المنصوص عليها في المادة 28 من القانون السابق، وإن قبض هؤلاء أجرة أو منفعة بمناسبة ذلك لأن المشرع استعمل في المادة 27 عبارة «الموظف العمومي» وتدل في قانون الفساد على الموظف العمومي الوطني حسب ما هو مُبَيَّن في المادة 2 من قانون الفساد، البند (ب)، بينما يستعمل المشرع للدلالة على الموظف الأجنبي عبارة «موظف عمومي أجنبي» و«موظف منظمة دولية عمومية»، وهذا حسب ما جاء في المادة 2، البند (ج) و(د) من القانون السابق.

ففي حالة إرتكاب موظف عمومي أجنبي أو موظف لدى منظمة دولية عمومية جريمة الرشوة بمناسبة إبرام صفقة عمومية دولية فإنه تحق عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 28 من قانون الفساد ولا تطبق عليه المادة 27.

ولكن يحسن في هذا الصدد عدم الخلط بين الصفقات العمومية الدولية بسبب الهيئة المتعاقدة كأن تكون منظمة دولية عمومية، وبين الصفقات العمومية الدولية بسبب إتباع طريقة تعاقد دولية كما لو إتبعت هيئة جزائرية إجراء طلب العروض الدولي المنصوص عليه في المادة 42 من تنظيم الصفقات العمومية. فجريمة المادة 28 من قانون الفساد تخص فقط النوع الأول من الصفقات العمومية، ولا تخص النوع الآخر منها الذي يدخل في نطاق المادة 27 من القانون المذكور.

ولكن، هذا ما يبدو لنا من أول وهلة من المادتان 27 و28 من قانون الفساد.

غير أن الأمر ليس بالبساطة التي يبدو عليها. إذ لم تحدد المادة 27 من قانون الفساد إن كانت الهيئات التي يبرم العقد بإسمها هيئات وطنية أم إنها هيئات دولية أيضا كالدول الأجنبية أو المؤسسات العمومية الإقتصادية الأجنبية. فقد جاءت عباراتها غير مقيدة (الدولة، الجماعات المحلية الخ...). ولا يفيد معيار من يرتكب الجريمة السابق بيانه أي، معيار الموظف العمومي الوطني، في إستبعاد الصفقات العمومية الدولية من نطاق تطبيق المادة 27 من قانون الفساد لأن الموظف الوطني يستطيع أن يقبض وأن يحاول أن يقبض رشوة بمناسبة التحضير أو إجراء مفاوضات بقصد إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة أو ملحق بإسم هيئة أجنبية. فمن غير المعقول أن يبرم عقد بإسم هيئة أجنبية داخل الإقليم الجزائري من دون إعلام الموظف العمومي الجزائري المختص بهذا. إضافة إلى ذلك، إن المادة 27 من قانون الفساد لم تشترط أن يكون منوطا بالموظف العمومي الجاني واجبات التعاقد لكي تقوم الجريمة في جانبه مما يعني بأن أي موظف عمومي يمكن أن يرتكب الجريمة إذا توافرت أركانها الأخرى قانونا طالما تم ذلك خلال عمل تعاقدي. فلا يشترط أن يكون الجاني هو من يساهم في التحضير أو إجراءات المفاوضات الرامية إلى إبرام أو تنفيذ الأعمال التعاقدية المعنية.

وعليه، يجوز تطبيق حكم المادة 27 من قانون الفساد على العقود والصفقات العمومية للهيئات العمومية الدولية إذا ارتكب موظف وطني الأفعال المجرمة بموجبها، ولكنها لا تطبق على نفس الأعمال التعاقدية إذا ارتكبها موظف أجنبي بل تطبق عليها في هذه الحالة المادة 28 من نفس القانون. ولقد كان يلزم على المشرع أن يُحَيِّنَ نص المادة 27 من قانون الفساد وفقا لمستجدات خطته الجنائية لمكافحة الرشوة التي أصبحت تستهدف الرشوة على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي، فيفصل جيدا بين الأحكام المطبقة على رشوة الموظف الوطني والأحكام المطبقة على رشوة الموظف الأجنبي.

وأخيرا، لا يلزم في الأعمال التعاقدية السابقة، والمشمولة بنطاق المادة 27 من قانون الفساد أن تكون صحيحة، أي قائمة الأركان وغير مشوبة بعيب يؤدي إلى زوالها بصورة غير

عادية، فتطبق المادة 27 السابقة، وإن كان العمل التعاقدي باطلا لسبب أجنبي عن ماديات الفعل المجرم بموجبها. وإلا فإن الرشوة سبب صالح لترتيب بطلان العقود المبرمة لإرتكابها، أو ترتيب فسخها، وهذا حسب ما جاء في المادتان 55 من قانون الفساد و89 من تنظيم الصفقات العمومية.

المبحث الثالث:موقف التشريعات الجزائية الأجنبية من العمل التعاقدي في جريمة الرشوة

تنقسم التشريعات الجزائية بشأن الرشوة في مجال العمل التعاقدي إلى ثلاث مجموعات مختلفة: المجموعة الأولى، تعتبرها جريمة مستقلة كالقانون التونسي؛ والمجموعة الثانية، تعتبرها ظرفا مشددا لجريمة الرشوة كالقانون الإيطالي؛ والمجموعة الثالثة لم تتضمن أي حكم خاص بشأنها كالقانون الفرنسي وكالقانون البلجيكي، فتطبق على تلك الجريمة نصوص التجريم العامة للرشوة، بما أن العلاقة بين العمل التعاقدي وبين جريمة الرشوة علاقة وثيقة[31].

وسوف نتناول في هذا المبحث موقف كل من القانون التونسي (المطلب الأول) والقانون الإيطالي (المطلب الثاني)، ولن نتناول موقف التشريعات التي تطبق عليها النصوص العامة لأن موقفها واضح في هذا الصدد.

المطلب الأول: موقف التشريع التونسي

ينص الفصل 87(مكرر) من المجلة الجزائية التونسية[32] على أنه: «يعاقب بالحبس مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار كل موظف عمومي أو شبهه يقبل لنفسه أو لغيره بدون حق سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة عطايا أو وعودا بالعطايا أو هدايا أو منافع كيفما كانت طبيعتها لمنح الغير إمتيازا لا حق له فيه وذلك بمقتضى عمل مخالف للأحكام التشريعية والترتيبية الضامنة لحرية المشاركة ولتكافؤ الفرص في الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية والمنشآت العمومية والدواوين والجماعات المحلية والشركات التي تساهم الدولة أو الجماعات المحلية في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة.»

ويتناول هذا النص القانوني في الحقيقة جريمة مركبة من: جريمة منح إمتياز غير مبرر للغير في مجال الصفقات العمومية، وهي جريمة محل تجريم خاص في القانون الجزائري (المادة 26 من قانون الفساد، البند الأول)، بالقياس إلى عنصر مخالفة القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية لمنح «الغير إمتيازا لا حق له فيه»، وجريمة رشوة بالقياس إلى عنصر «المقابل» المتمثل في العطايا أو الهدايا أو المنافع كيفما كانت طبيعتها، فضلا عن الوعد بها، لمنح الغير إمتيازا لا حق له فيه. غير أن الطابع الغالب على جريمة الفصل 87(مكرر) هو طابع الرشوة لأن أغلب الفقهاء يرتكزون على عنصر المقابل لتمييز جريمة الرشوة عن

الجريمة الأخرى، وإن كانت جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على وجه التحديد لا تتطلب لقيامها قانونا ارتكاب مخالفة للأحكام التشريعية أو التنظيمية التي تنظم كيفية إبرامها أو تنفيذها.

وفي مجال العمل التعاقدي، يلاحظ الباحث بأن الفصل 87(مكرر) من المجلة الجزائية التونسية يشير بصورة صريحة إلى الصفقات العمومية التي ينظمها في القانون التونسي الأمر عدد 1039 المؤرخ في 19 مارس 2014[33] لأنها من العقود التي تخضع «للأحكام التشريعية والترتيبية الضامنة لحرية المشاركة ولتكافؤ الفرص»، ويخرج عن نطاقها العقود الخاصة لأنها لا تخضع لحرية المشاركة وتكافؤ الفرص[34]. بينما يشتمل نطاق العمل التعاقدي في المادة 27 من قانون الفساد، فضلا على الصفقات، التي وردت بصورة مطلقة من أي قيد يدل على طابعها إن كان عموميا أم خاصا، العقد والملحق.

المطلب الثاني: موقف التشريع الإيطالي

يعاقب القانون الإيطالي على جريمة الرشوة في العقود الإدارية[35] إذا كان الهدف منها منح عقد إداري تكون الإدارة العامة التي ينتمي إليها الموظف العمومي المرتشي طرفا فيه، وقرر لها عقوبة أشد من العقوبة المقررة لإرتكاب جريمة الرشوة لأداء عمل يخالف واجب الوظيفة العمومية. وتنص عليها المادة 319(مكرر) من قانون العقوبات الإيطالي[36] بعنوان «الظروف المشددة»، كما يلي: «تشدد العقوبة إذا كان الغرض من إرتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادة 319 منح عقد عمل أو الرواتب أو المعاشات أو إجراء العقود لمصلحة الإدارة التي ينتمي إليها الموظف العمومي.»

وهذا هو نص المادة السابقة مترجما إلى اللغة الفرنسية[37]:

Article 319*bis*, circonstances aggravantes : « *La peine est augmentée si les faits de l'article 319 ont pour objet de conférer une fonction publique, une rémunération sur fond publics ou une pension ou de permettre la stipulation de contrats dans lesquels est intéressé l'administration de laquelle dépend le fonctionnaire.* »

ويشبه مدلول العمل التعاقدي في القانون الإيطالي مدلول هذا العمل في القانون الجزائري، بما أنهما إرتكزا على المعيار العضوي لتحديد هذا المدلول، فعبرت عنه المادة 319(مكرر) من قانون العقوبات الايطالي «بالعقود لمصلحة الإدارة التي ينتمي إليها الموظف العمومي» كنظيرتها في القانون الجزائري، المادة 27 من قانون الفساد التي قالت: «باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية». وإن هذا التشابه بين موقف القانون الجزائري والقانون الإيطالي من العمل التعاقدي ليبث في الذهن بأن القانون الجزائري استوحى فكرة تجريم الرشوة في مجال الصفقات العمومية من

القانون الإيطالي، وهذا على خلاف ما هو معهود في القانون الجزائري الذي يعتبر القانون الفرنسي المصدر التاريخي والمادي لمعظم نصوصه القانونية.

ولكن، يلاحظ بأن القانون الإيطالي يشترط بصورة واضحة من بين أهداف إرتكاب الجريمة أن يكون إجراء عقد لمصلحة الإدارة التي ينتمي إليها الراشي، بينما لم يشترط القانون الجزائري هذا، فالمادة 27 من قانون الفساد خالية من عنصر الغرض من الرشوة. كما أن المادة 319(مكرر) السابقة تطبق على دور الإبرام فقط ولا تطبق على دور التنفيذ[38] في حين تسري المادة 27 من قانون الفساد على كافة أدوار العقد[39].

إضافة إلى أن القانون الإيطالي يطبق الظرف المشدد السابق على جريمة الرشوة التي يرتكبها الموظف العمومي لأداء عمل يخالف واجبات الوظيفة بينما لا يشترط حسب الفقه في الجزائر أن يرتكب هذا الموظف عملا مخالفا لواجبات وظيفته لكي تقوم جريمة المادة 27 من قانون الفساد قانونا لأنه لم يرد في نص التجريم أي عبارة تدل على ذلك بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة[40].

خاتمة

يخلص الباحث من دراسته لموضوع مدلول العمل التعاقدي في جريمة الرشوة حسب المادة 27 من قانون الفساد الجزائري، وحسب التشريعات الجزائية الأجنبية، لمجموعة من النتائج ومن التوصيات.

1-النتائج:

أ- أبان هذا البحث بأن مدلول العمل التعاقدي حسب المادة 27 من قانون الفساد مختلف عن مدلوله في القانون الإداري، بما أن المشرع لم يعتد بصورة كاملة بالمعيار العضوي لتحديد الهيئات التي يبرم أو ينفذ العمل التعاقدي بإسمها، وهو معيار جوهري لتحديد مدلول العقد الإداري. كما أنه لم يعتد بالمعايير الأخرى لتحديده.

ب- لم يحدد المشرع الجزائري نطاق هذا المدلول بصورة واضحة ودقيقة كما يلزم في النصوص القانونية الجنائية حيث أن تحديد ما يدخل وما يخرج من نطاق المادة 27 السابقة من الأعمال التعاقدية يسوده الإضطراب. إذ أخذ بضوابط له لا حصر لشروطها ولا تُعِينُ على تحديد نطاق العمل التعاقدي كما ينبغي بشكل يفترض تطبيق المادة 27 على العقود الإدارية والعقود الخاصةالتي تبرمها الهيئات المذكورة فيها على حد السواء، وهذا ما يتعارض مع الإسم القانوني للمادة السابقة: «الرشوة في مجال الصفقات العمومية».

ج- ورغم ذلك، فإن الصفقة العمومية، وهي عنصر من العناصر المكونة للإسم القانوني للمادة 27 السابقة، تعد من أبرز الأعمال التعاقدية المعنية بالتجريم حسب المادة 27 من قانون الفساد، فهي تدخل بدون أدنى شك في نطاقها.

د- إن إرتكاب الرشوة بمناسبة عمل تعاقدي لا يدخل في مدلول العمل التعاقدي حسب المادة 27 من قانون الفساد لا يفلت تماما من المسؤولية الجزائية، بما أن المادة 25 من قانون الفساد التي تنص على رشوة الموظفين العموميين تطبق على نشاط الإدارة العامة مهما كان مجاله.

هـ- إن دراسة موقف القانون التونسي والقانون الايطالي قد بيَّن أن القانون التونسي، وعلى النقيض التام للقانون الجزائري، لا يعرف أية مشكلة خاصة بمدلول العمل التعاقدي الداخل في نطاق نص التجريم لأنه حصر نطاقه في الصفقات العمومية، على خلاف القانون الايطالي الذي يبدو بأنه لا يحدد مدلول العمل التعاقدي بصورة واضحة ودقيقة تماما كالقانون الجزائري، مما يجعل مدلول العمل التعاقدي في القانون التونسي أوضح أكثر من مثيله في القانون الجزائري وفي القانون الايطالي.

2-التوصيات:

وفي هذا السياق، يتعين على المشرع الجزائري:

أ- أن يحدد نطاق مدلول العمل التعاقدي الذي يدخل في نطاق المادة 27 من قانون الفساد عن طريق ضوابط واضحة بصورة لا لبس فيها يستوحيها من الأحكام القانونية التي تحكم العقود التي تقوم بها الهيئات المعنية، وبصورة توافق العلة من تجريم قبض أجرة أو منفعة بمناسبتها.

ب- أن يتخلى عن المعيار العضوي الذي يحدد به العمل التعاقدي الذي يدخل في نطاق المادة 27 السابقة لأنه، مثلا، معيار يتطور ويتغير في قانون الصفقات العمومية، فالهيئات التي كانت تخضع سابقا لتنظيم الصفقات العمومية كالمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والبحثي لم تعد تخضع له في الوقت الحاضر. ويعوضه بمعيار الإسم القانوني للعمل التعاقدي كعقد الصفقة العمومية لأنه معيار يحيل إلى تطبيق القواعد القانونية السارية المفعول التي تنظم الصفقات العمومية أو العقود المعنية بالتجريم وقت إرتكاب الفعل المجرم، كأن يستهدف النص القانوني العقود والصفقات المبرمة أو المنفذة بإسم الهيئات التي يجوز لها إبرام صفقة عمومية بحسب تنظيم الصفقات العمومية الساري المفعول.

ج- حذف عبارة «بقصد» الواردة قبل عبارة «إجراء مفاوضات» وبعد عبارة «إبرام» لتبديد الشك الذي يثور بسببها حول نطاق تطبيق المادة 27 من قانون الفساد على أدوار العمل التعاقدي حيث يصبح النص مستغرقا لجميع أدوار التعاقد التي ذكرها أي، دور تحضير العمل التعاقدي، ودور إجراء المفاوضات بشأنه، ودور إبرامه، ودور تنفيذه.

د- إدراج حكم جديد ضمن المادة 27 من قانون الفساد أو ضمن قانون الفساد يحصر نطاق تطبيق المادة 27 في الصفقات والعقود والملاحق التي تبرم بإسم الهيئات الوطنية، وأن

يخرج من نطاقها الأعمال التعاقدية بإسم الهيئات الأجنبية. فيحسم بصورة صريحة في أي مشكلة قانونية قد تثور في خصوص خضوع رشوة الموظفين الأجانب حسب المادة 28 من قانون الفساد لحكم المادة 27 من نفس القانون، وفي خصوص خضوع الموظف الوطني الذي يرتكب الرشوة بمناسبة صفقة عمومية دولية بمفهوم المادة 28 من قانون الفساد لحكم المادة 27 السابقة.

هـ- إدراج العقود والصفقات، وملاحقها، التي تبرمها الهيئات المذكورة في المادة 27 السابقة، والتي تخضع للقانون الخاص ضمن دائرة تطبيق هذا النص لأنها عقود ذات أهمية كبيرة بالنسبة للإدارة العامة ولأن تجريم الرشوة فيها ينطوي على حماية المال العام.

الهوامش:

(أ) الآية رقم 188 من سورة البقرة من **القرآن الكريم**.

(1) قانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، **الجريدة الرسمية الجزائرية**، 8 صفر 1427 الموافق 8 مارس 2006، العدد 14، ص 4، المعدل والمتمم.

(2) وتجدر الإشارة هنا إلى أن الباحث لم يتطرق في الدراسة السابقة إلى تكييف العمل التعاقدي حسب المادة 27 من قانون الفساد لأن تكييف الشيء لا يدخل في مدلوله. إذ يثير تكييف العمل التعاقدي السابق مشكلة رئيسية في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، فهل يعتبر نص المادة 27 من قانون الفساد بالنسبة إلى جرائم الرشوة الأخرى جريمة مستقلة ؟ أم أنه يؤلف معها، وإن يتعلق بواقعة إضافية هي واقعة «الأعمال التعاقدية»، جريمة رشوة مشددة ؟ أو بعبارة أخرى، هل اتجهت إرادة المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون الفساد إلى إحداث ظرف مشدد لجريمة الرشوة، الذي يتمثل في واقعة الأعمال التعاقدية ؟ أم أنه، وعلى النقيض التام من ذلك، أحدث جريمة رشوة جديدة لها أركانها وعناصرها المتميزة، إلى جانب الأركان المشتركة بينها وبين جريمة رشوة الموظفين العموميين ؟ وما هي الآثار القانونية التي تترتب على كل تكييف على حدة، بخاصة على المسؤولية الجنائية للراشي والمسؤولية الجنائية للمساهم في الرشوة ؟ ويستدعي هذا الأمر الهام بحثا مفصلا في ماهية الركن والظرف في الجريمة، وكيفية التمييز فيما بينهما للبت في التكييف القانوني للعمل التعاقدي، وترتيب النتائج القانونية على ذلك.

(3) قانون رقم 01-09 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1422 الموافق 26 يونيو 2001، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، **الجريدة الرسمية الجزائرية**، 5 ربيع الثاني 1422 الموافق 27 يونيو 2001، العدد 34، ص 15.

(4) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 58-4 في 31 أكتوبر 2003؛ صادقت عليها الدولة الجزائرية، بتحفظ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 29 صفر 1425 الموافق 19 أبريل 2004، يتضمن التصديق، بتحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، **الجريدة الرسمية الجزائرية**، 5 ربيع الأول 1425 الموافق 25 أبريل 2004، العدد 26، ص 12.
أنظر نص الاتفاقية الكامل باللغة العربية:
Treaty series, Vol 2349, United Nations, New York, 2007, p. 100.

(5) أنظر: حاحا (عبدالعالي)، **الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر**، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، مقدم لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بسكرة، الجزائر، 2012-2013، ص 163 و164.

(6) أنظر: المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذو الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، **الجريدة الرسمية الجزائرية**، 6 ذو الحجة 1436 الموافق 20 سبتمبر 2015، العدد 50، ص 3.

(7) قارن نفس المعنى بصدد جريمة أخرى من جرائم الصفقات العمومية:

Dal Farra (Thierry), « Le risque pénal dans les marchés publics de travaux », *RD Imm.*, 15 décembre 1998, n° 4, p. 467 *sq.*

(8) أنظر حول معايير تحديد العقد الإداري بوجه عام وعقد الصفقة العمومية بوجه خاص: الطماوي (سليمان محمد)، **الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة**، مصر، مطبعة عين شمس، 1984، ط. 4، ص 47 وما يليها؛ بعلي (محمد الصغير)، « منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري »، **مجلة الدراسات القانونية**، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، عدد خاص: « النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية »، 2007، ص 322 إلى ص 325؛

Debbasch (Charles), Colin (Frédéric), *Droit administratif*, France, Éd. Economica, 2014, 11e éd., pp. 397 à 405 ; Lajoye (Christophe), *Droit des marchés publics*, Algérie, Éd. Berti, 2007, pp. 28 à 33.

وتؤلف المعايير السابقة في مجموعها، بإستثناء معيار العقود الإدارية بتعيين القانون، عناصرا أساسية في تعريف العقد الإداري، وتعريف عقد الصفقة العمومية أيضا.

(9) أنظر:

Pradel (Jean), *Droit pénal général*, France, Éd. Cujas, 2014, 20e éd., coll. « Référence », § 329 p. 283.

(10) أنظر: علة (كريمة)، **جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة دكتوراه علوم في القانون، مقدم لكلية الحقوق بجامعة الجزائر (العاصمة) رقم 1، الجزائر، 2013/2012، ص 81.

(11) أنظر: حاحا (عبدالعالي)، المرجع السابق، ص 163.

(12) أنظر: بوسقيعة (أحسن)، **الوجيز في القانون الجزائي الخاص**، الجزء الثاني، الجزائر، دار هومه، 2013/2012، الطبعة 13، ص 173؛ علة (كريمة)، المرجع السابق، ص 81 و82.

(13) أنظر حول أمثلة الرشوة خلال مرحلتي التعاقد والتنفيذ:

Philippe (Jean-Paul), Bueb (Jean-Pierre), « Comment éviter les fraudes dans les marchés publics », *Mon. TP.*, 2 novembre 2012, n° 5684, p. 40.

(14) أنظر: بوسقيعة (أحسن)، المرجع السابق، ص 173 و174.

(15) أنظر:

Bezançon (Xavier) e.a., *Le guide de la commande publique, marchés publics, contrats de partenariats publics-privés, délégations de service publics*, France, Éd. Moniteur, 2007, coll. « Guides juridiques », § 75 p. 98.

أنظر أيضا:

Allaire (Frédéric), *L'essentiel du droit des marchés publics*, France, Éd. Galino, Éd. Lextenso, 2014-2015, 6e éd., coll. « Les carrés », p. 28.

(16) أنظر:

Bezançon (Xavier) e.a., préc., § 74 p. 97.

(17) أنظر:

Hoepffner (Hélène), *La modification du contrat administratif*, thèse de doctorat en droit, université Paris II (Panthéon-Assas), France, L.G.D.J., Éd. Lextenso, 2009, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 260, § 481 p. 283.

(18) أنظر حول تقسيمات العقود التي تقوم بها الإدارة العامة: الطماوي (محمد سليمان)، المرجع السابق، ص 23.

(19) أنظر حول الصفقات الخاصة أو ما يطلق عليه إسم «الصفقات شبه العمومية»:

Rouquette (Rémi), « Les marchés semi-publiques », A.J.D.A., 20 juillet 1994, n° 175, p. 18 *sq.*

(20) وقد أطلق عليها الفقه في الجزائر إسما آخر هو جريمة «**قبض العمولات من الصفقات العمومية**». أنظر: بوسقيعة (أحسن)، المرجع السابق، ص 172؛ وأنظر حول دور اسم المادة 27 **حسب قانون الفساد** في تحديد مدلول العمل التعاقدي: حيدرة (سعدي)، «كيف عالج المشرع الجزائري جريمة الرشوة في القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 "المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته" ؟»، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، جامعة بجاية، الجزائر، العدد الأول، 2010، ص 60.

(21) أنظر:

Debbasch (Charles), Colin (Frédéric), préc., pp. 404 et 405 ; Rouquette (Rémi), préc. p. 18 *sq.*

(22) أنظر: حاحا (عبدالعالي)، المرجع السابق، ص 164. **وقارن**:

Bennadji (Chérif), « Marchés publics et corruption en Algérie », *R.E.C.S.*, 2008/1, vol. n° 25, pp. 147 et 148.

(23) أنظر: حيدرة (سعدي)، المرجع السابق، ص 60 و61.

(24) أنظر حول هذا السبب:

Dal Farra (Thierry), préc., p. 467 *sq.*

(25) أنظر حول هذا المعنى في خصوص جريمة أخرى من جرائم العقد:

Michel (Véron), *Droit pénal spécial*, France, Armand Colin, 1998, 6e éd., coll. « U », p. 223.

(26) أنظر:

Cochi (Valérie), Ternier (Gérard), « Marché public et contrat privé », *CP-ACCP*, octobre 2009, n° 92, pp. 73 à 78.

(27) أنظر:

Laggoune (Walid), «La sous-traitance des marchés publics en Algérie, essai de réflexion à propos du contrôle de l'Etat sur l'entreprise privée sous-traitante», *RASJEP*, 1983, n° 3, p. 99 et p. 101.

(28) قد يعتبر عقد المناولة عقدا إداريا إذا انطوى على المعايير القضائية لتحديد العقود الإدارية، وبخاصة معيار تسيير المرفق العام. وهذا ما قضت به محكمة التنازع الفرنسية في سنة 1983. أنظر:

Tribunal des conflits, 16 mai 1983, *Companie Toulousaine de transport*, n° 02282, *Leb. Tab.*

(29) أنظر حول هذه الصفقات:

Debbasch (Charles), Colin (Frédéric), préc., p. 531.

(30) إن هيئة الأمم المتحدة منظمة دولية عمومية تخول إبرام صفقات عمومية وإن كانت تختلف جزئيا عن الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة الوطنية. أنظر:

Apelbaum (Raphaël), « Les marchés publics des Nations unies vus de l'intérieur » dans dossier : « Regards internationaux sur les marchés publics », *CP-ACCP*, janvier 2006, n° 51, pp. 56 à 59 ; Perrin (Bertrand), « L'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers en droits Américain et Suisse », Acte du 3e Congrès de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée, Monaco, 26-28 octobre 2011, Gilles Duteil et Marc Segonds (éd.), *A.I.D.P.*, coll. «Nouvelles études pénales», n° 25, 2014, Éd. érès, p. 115.

(31) أنظر في فرنسا:

Prebissy-Schnall (Catherine), *La pénalisation du droit des marchés publics*, thèse pour le doctorat en droit, université Paris-X Nanterre, 2001, L.G.D.J., 2002, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 223, pp. 7, 32 et 129 ; Philippe (Jean-Paul), Bueb (Jean-Pierre), préc., pp. 40 à 42.

وأنظر أيضا: الطريسي (فهد بن نايف بن محمد)، « جرائم المنافسات والمشتريات الحكومية، دراسة مقارنة »، **مصر المعاصرة**، الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مصر، 2013، العدد 509، ص 316.

(32) القانون عدد 46 لسنة 2005، المعدل والمتمم، المؤرخ في 6 يونيو 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجزائية وصياغتها، **الرائد الرسمي التونسي**، 10 جمادى الأولى 1426 الموافق 17 جوان 2005، العدد 48، ص 1412.

(33) **الرائد الرسمي التونسي**، 17 جمادى الأولى 1435 الموافق 18 مارس 2014، العدد 22، ص 629.

(34) أنظر حول هذا المعنى:

Gimeno-Cabrera (Véronique), « Le maintien du juge judiciaire dans le contentieux du droit de la commande publique : l'échec de la loi MURCEF », Revue administrative, 2005, n° 343, p. 25.

(35) أنظر:

Manganaro (Francesco), "La corruption en Italie", rapport à la Table rond internationale Marchés publics et corruption. Expérience françaises et étrangères, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 5 mai 2014.

تقرير متوفر على الرابط الالكتروني التالي:

www.ius-publicum.com/repository/uploads/21_01_2015_13_01-Manganaro.pdf

تاريخ الزيارة: 8 أبريل 2016.

وأنظر حول جريمة الرشوة بوجه عام في القانون الإيطالي:

Ducouloux-Favard (Claude), « Éléments de droit comparé sur le délit de corruption en France et en Italie », *L.P.A.*, 20 mars 1996, n° 35, p. 25 et *sq*.

(36) **الجريدة الرسمية الإيطالية**، 26 أكتوبر 1930، العدد 251.

(37) إقتبسه الباحث من:

Ducouloux-Favard (Claude), préc., p. 25 *sq*.

(38) وتجدر الإشارة إلى أن المقصود هنا هو قبل تنفيذ العقد الإداري وليس قبل تنفيذ الاتفاق الإجرامي بين الراشي والمرتشي. أنظر:

Lattanzi (Giorgio), Lupo (Ernesto) e.a., *Codice penale : Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 2010, p. 206.

(39) ولقد رأينا من قبل بأن من الفقه في الجزائر من يعتقد بأن المادة 27 من قانون الفساد تطبق على مرحلة التحضير أو المفاوضة على صفقة أو عقد أو ملحق، وأنها لا تطبق على مرحلة التنفيذ.

(40) أنظر: علة (كريمة)، المرجع السابق، ص 82؛ وأنظر في القانون الجنائي المقارن:

Répression pénale de la corruption : « … *en matière de marchés publics, le délit de corruption existe même lorsque la réglementation a été en définitive respectée.* ».

دراسة متوفرة على الرابط الالكتروني التالي:

www.transparencyfrance.org/ewb_pages/r/repression_penale_de_la_corruption.php

تاريخ الزيارة: 31 مارس 2016.

Guibal (Michel), « Commentaire sur la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », *A.J.D.A.*, 1991, n° 4, p. 296 *sq.* ; Prebissy-Schnall (Catherine), préc., p. 35 ; cass. crim., 6 juin 1983, rejet pourvoi X. Robert e.a. c/ C.A. Nancy, ch. corr.,29 septembre 1982, inédit.

المواجهة القانونية لتعارض المصالح في الإدارة العموميّة
- دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي-*

بومنصور نورة، طالبة دكتوراه،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

BOUMANSOUR Nora, Doctorante,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie

الملخّص:

أدَّت كثرة قضايا الفساد في الآونة الأخيرة بالمشرع الفرنسي إلى الإسراع في سنّ قانون شفافية الحياة العامة سنة 2013، ليضبط بموجبه تعارض المصالح في الإدارة العموميّة؛ حيث أعطى مفهوماً لتعارض المصالح، وتبنَّى لأوّل مرّة التصريح بالمصالح كآلية مستحدثة لتكريس الشفافية في الحياة العامة.

أمّا في التشريع الجزائري، فأدَّى تناثر وغموض أحكام مواجهة تعارض المصالح المنصوص عليها قانونًا إلى عدم وضوح موقف المشرع الجزائري، سِيَّما في ظلّ ضعف آليات تخليق الحياة العامة، ما يُصعِّب التكريس الفعلي لهذه المواجهة.

الكلمات المفتاحية:

الموظّف العمومي، تعارض المصالح، الفساد، الإلتزام بالتصريح، الشفافية، المصلحة العامة.

The Legal Confrontation of Conflict of Interests in Public Administration
-A Comparative study of Algerian and French laws

Abstract:

Recent corruption scandals have led to accelerate the French legislator to enact transparency law of public life of 11 October 2013, preventing conflict of interest in public life; where he define conflict of interest, and adopted, for the first time, a declaration of interest as a new mechanism to reinforce transparency of public life. But we observe by the Algerian law extrapolate, that the dispersion and ambiguity of legislative provisions against conflict of interest in light to the inadequate public life moralization have led to the lack of clarity about the Algerian legislator position, making it difficult to coordinate the implementing prevention.

Keywords:

Official, conflict of interest, corruption, obligation of statement, transparency, public interest.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/15 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/04/05 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

La confrontation juridique du conflit d'intérêts dans l'administration publique
-Etude comparée entre la législation algérienne et française-

Résumé :
Suite à la multitude des scandales de corruption de ces dernières années, le législateur français à légiférer la loi relative à la transparence de la vie publique du 11 octobre 2013, qui a pour objet de prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique et dans laquelle il a donné une définition explicite du concept juridique « conflit d'intérêts » et, adopte pour la première fois, la déclaration d'intérêts comme nouveau mécanisme visant à renforcer la transparence de la vie publique.

Par contre, dans la législation algérienne, on constate que la dispersion et l'ambigüité des dispositions législatives de la prévention des conflits d'intérêts à la lumière de l'insuffisance de la moralisation de la vie publique ont conduit à un manque de clarté de la position du législateur algérien, ce qui rend difficile la coordination de la mise en œuvre de cette prévention.

Mots clés:
Fonctionnaire, conflit d'intérêts, corruption, obligation de déclaration, transparence, intérêt public.

مقدمة

تعدُ الشفافية والمساءلة الركيزتين الأساسيتين لديمقراطيّة الإدارة العمومية، حيث تلعب كل منهما دوراً فعّالاً لا غنى عنه في مواجهة تعارض المصالح لضمان نزاهة الموظّف العمومي تحقيقا للمصلحة العامة[1].

تحثّ إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الدول الأطراف على إتخاذ جميع التدابير اللازمة والضروريّة لمنع تعارض المصالح من أجل تعزيز النزاهة في الإدارة العمومية [2]، وتُضيف المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظّفين العموميين بالنص على أنه لا يجوز للموظّفين العموميين إستغلال سلطتهم الرسمية الممنوحة لهم بمقتضى وظيفتهم لخدمة مصالحهم الخاصة المباشرة منها وغير المباشرة، وأن يعلن هؤلاء الموظّفين عن كل المصالح التجاريّة والماليّة والأنشطة الأخرى التي يمكن أن تفضي إلى تعارض المصالح[3].

أدرك المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي أهمية مواجهة تعارض المصالح في الإدارة العمومية، فسارعا إلى إيجاد وتبني آليات قانونية لهذه المواجهة، وإذا كان المشرع الجزائري يلزم الموظّف العمومي بإخبار السلطة الرئاسية عن تعارض مصلحته الخاصة مع المصلحة العامة[4]، فإن المشرع الفرنسي قد إتَّخذ إتجاهاً مغايراً بتكريسه آلية التصريح بالمصالح، والتي يلزم بموجبها الموظّف العمومي بتقديم تصريح بمصالحه عند بداية الوظيفة، وذلك قبل أن يتواجد في حالة تعارض المصالح[5]، وهي آلية وقائيّة برزت من خلالها الإستراتيجيّة الفرنسية لمواجهة تعارض المصالح، والتي لا نجد لها أساس في التشريع الجزائري إلاّ في القانون العضوي الذي يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية[6]، فما مدى فعاليّة الآليات القانونيّة المقرّرة لمواجهة تعارض المصالح في الإدارة العمومية في التشريع الجزائري؟

في دراسة موضوع هذا البحث، تتبيّن بوضوح حدود إختلاف إهتمام المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي في مواجهة تعارض المصالح، وإرتأينا تبيان هذا الإختلاف من خلال تحديد المفهوم القانوني لتعارض المصالح**(أولا)**، قصور المواجهة القانونية لتعارض المصالح في التشريع الجزائري**(ثانيا)**، تعزيز الشفافية في الحياة العامة بتكريس آلية التصريح بالمصالح في التشريع الفرنسي **(ثالثا)**.

أولا/ تعارض المصالح: مفهوم غامض لمصطلح متشعّب

يصعب ضبط مفهوم تعارض المصالح نظرا لشموليّته ومرونته، والغموض الذي يشوبه وعدم تحديد جوانبه بدِقّة من شأنه أن يحول دون تنفيذ إستراتيجيّة فعّالة لمواجهته.

1/ الحاجة إلى وضع تعريف لتعارض المصالح قصد إزالة الغموض الذي يعتريه:

ظهرت عدّة محاولات لوضع تعريف لتعارض المصالح قانونيًا وفقهيًا في فرنسا، ولعل أهمّها تعريف المشرع الفرنسي، وذلك على عكس المشرع الجزائري الذي لم يضع تعريفا صريحا ومحدّدا له، هذا بالإضافة إلى أن الفقه بدوره لم يعره أدنى إهتمام.

أ/ إتجاه إرادة المشرع الفرنسي إلى وضع تعريف لتعارض المصالح:

حَظيَ تعارض المصالح بعدّة محاولات لوضع تعريف واضح له على المستوى الأوروبي، بدءً من المنظّمات الدولية (المجلس الأوروبي[7] ومنظّمة التعاون الإقتصادي والتنمية[8]) وصولاً إلى بعض التشريعات[9]، غير أنه سنركز على التعريف الذي وضعه المشرع الفرنسي لهذا المصطلح المتشعّب.

عرّف المشرع الفرنسي تعارض المصالح في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون رقم 2013-907، يتعلق بشفافية الحياة العامة بأنه :" كلّ حالة تداخل بين المصلحة العامة والمصالح العامة أو الخاصة تؤثر أو من شأنها التأثير على الممارسة المستقلّة، والنزيهة والموضوعيّة للوظيفة"[10].

يتّضح من خلال هذا التعريف، أن المشرع الفرنسي حدّد في تعريفه لهذا المصطلح حالتين لتعارض المصالح، وهما: الحالة التي تتعارض فيها المصلحة الخاصة للموظّف العمومي مع المصلحة العامة، وتلك الحالة التي تتعارض فيها مصلحتين عموميتين[11].

وفقا للحالة الأولى التي هي موضوع دراستنا، يكون الموظّف العمومي في حالة تعارض المصالح إذا توفرت ثلاث شروط: 1/حيازة الموظّف العمومي لمصلحة خاصة، 2/وجود تداخل بين المصلحة الخاصة للموظّف والمصلحة العامة، 3/الشكّ في مدى قدرة الموظّف على الحياد في أداء الوظيفة[12].

لا يغطي تعريف تعارض المصالح بالضرورة كلّ حالات تعارض المصالح التي يعالجها القانون، ولكن في الوقت ذاته تبرز بحق معالم تنفيذ إستراتيجيّة مواجهة تعارض المصالح بوجود نص قانوني واضح ودقيق يحمل تعريفًا محدداً له[13].

ب/ عدم إيراد تعريف لتعارض المصالح في التشريع الجزائري

لم يعرّف المشرع الجزائري تعارض المصالح بصفة صريحة، غير أنه حرص على حظر تعارض المصالح بتضمين العديد من النّصوص القانونية أحكامًا تضبطه، وذلك بإيراد الواجبات والمحظورات التي تلازم مختلف الوظائف العمومية في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[14]، وتنظيم الصفقات العمومية[15]،والقانون الأساسي للقضاء[16]، وغيرها...

2/ تعارض المصالح والفساد: أية علاقة؟

يرتبط تعارض المصالح بالفساد بعلاقة غير مباشرة نظرا لأثاره على النزاهة الوظيفية والشفافية الإدارية، ولكن لا يمكن أن يعتبر بحد ذاته جريمة يعاقب عليها القانون.

أ/ التكييف الصريح لتعارض المصالح في التشريع الفرنسي

كيَّف المشرع الفرنسي تعارض المصالح صراحة على أنه ((حالة)) يمكن أن يتواجد فيها الموظّف العمومي وليس تصرُّفًا، وبالتَّالي لا يمكن الجزم بأن تعارض المصالح من قبيل جرائم الفساد نظرا للعلاقة غير المباشرة بينهما، بالرغم من أنه يواتي الفساد في الإدارة العمومية ويُنميه.

وبما أن الموظّف العمومي يضحي في الكثير من المناسبات بمصلحة الإدارة العمومية المستخدمة من أجل تحقيق مصلحته الشخصية سواءً تهمه شخصيا أو تهم أحد أقاربه، وبالتّالي عدم تحقيق مصلحة المجتمع وفقدان ثقة المواطن بالإدارة [17]،حرص المشرع الفرنسي على تذكير الموظّفين العموميين بضرورة أخلاقيات الوظيفة العمومية بنصه في المادة الأولى المدرجة ضمن القسم الأول تحت عنوان "الوقاية من تعارض المصالح وشفافية الحياة العامة" من قانون رقم 2013-907، يتعلق بشفافية الحياة العامة، على أن يمارس أعضاء الحكومة، والمنتخبين المحليين والأشخاص القائمين على الخدمة العمومية مهامهم بكرامة وأمانة ونزاهة، كما يلتزمون بالسهر على الوقاية من تعارض المصالح ومنعه عند الإقتضاء[18].

ب/ عدم تكييف تعارض المصالح في التشريع الجزائري

لم يُعرف المشرع الجزائري تعارض المصالح، ولم يتح بذلك إمكانية تكييفه على أنه حالة أو تصرُّف،إنّما إقتصر بالنص على أن عدم إخبار الموظّف العمومي عن تعارض المصالح يُعد جريمة فساد يعاقب عليها القانون، وذلك بإدراج هذه الجريمة ضمن الباب

الرابع بعنوان "التجريم والعقوبات وأساليب التحري" من قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[19]، إذا ما إستثنينا نص المادة 60 من قانون البلدية [20] ونص المادة 56 من قانون الولاية[21]، حيث كيّف المشرع صراحة تعارض المصالح الخاصة لرؤساء وأعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية مع مصالح البلدية والولاية على أنه ((وضعية)).

ثانيا/ قصور المواجهة القانونية لتعارض المصالح في التشريع الجزائري

ينص المشرع الجزائري على مواجهة تعارض المصالح في كل من المادة 8 والمادة 34 من قانون رقم 06-01 المعدل والمتمم؛ تنص الأولى على إلتزام الموظّف بإخبار السلطة الرئاسية عن تعارض المصالح، والثانية بعقوبة الإخلال بهذا الإلتزام، ولم يكتف المشرع بذلك فقط بل حدَّد حالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف[22].

1/عن الثغرات القانونية التي تعتري إلتزام الإخبار عن تعارض المصالح

لم يضبط المشرع الجزائري تعارض المصالح في القانون رقم 06-01،إلاّ من خلال إلتزام الإخبار عن تعارض المصالح، وبالرغم من ذلك، لم يبادر إلى تعزيز هذه المواجهة بآليات فعّالة عند تتميم هذا القانون سنة 2010[23]، وتعديله وتتميمه سنة 2011[24].

أ/ عدم مراعاة الدِّقَّة في صّياغة المادة الثامنة من قانون رقم 06-01 في النسخة بالعربيَّة

تنص المادة الثامنة من قانون رقم 06-01 في النسخة بالعربيَّة كالآتي: "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد".

وجاء نص المادة الثامنة بالفرنسية كالآتي:

« Lorsque les intérêts privés d'un agent public coïncident avec l'intérêt public et sont susceptibles d'influencer l'exercice normal de ses fonctions, ce dernier est tenu d'informer son autorité hiérarchique ».

إستعمل المشرع الجزائري مصطلح ((تعارض)) في نص المادة الثامنة في صيغته بالعربيَّة والذي يقصد منه تضارب كما هو منصوص عليه في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وإستعمل في صيغة النص بالفرنسية مصطلح ((Coïncident)) والذي يقصد منه تلاقي، في حين أن المصطلحين "تعارض" و"تلاقي" لا يؤديان نفس المعنى؛ فكلاهما مختلف عن الأخر.

قدم الأستاذ "بوسقيعة أحسن" ترجمة لنص المادة الثامنة في صيغته بالفرنسية إلى العربية كالآتي: "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تلاقت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، وكان من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد".

هكذا، يتّضح حسب رأي الأستاذ "بوسقيعة أحسن" أن نص المادة الثامنة في صيغته بالفرنسية هو الذي أوضح معنى تعارض المصالح[25] ، فالفقرة الأخيرة هي التي ترجح ذلك، فلو أراد المشرع تبني مصطلح" تعارض" المصالح وليس "تلاقي" المصالح لما كان هناك مبرر من إضافة الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة أعلاه التي تنص على: "...، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد"، لأن الفقرة الأولى كافية ؛على أساس أنه إذا تعارضت المصلحة الخاصة للموظّف العمومي مع المصلحة العامة، فبالضرورة سوف يكون هناك تأثير على مهامه وواجباته، وبالتّالي على المصلحة العامة، وعليه ليس للفقرة الثانية أي أهمية عند إضافتها في هذه الحالة.

أما في حالة التقاء المصالح، فليس بالضرورة أن يكون هناك تأثير على ممارسة واجبات الموظف العمومي، ومن ثم فتعارض المصالح الذي قصده المشرع يتحقق في حالة التقاء المصلحة الخاصة للموظّف العمومي والمصلحة العامة وكان من شأن ذلك أن يؤثر على سير مهام الموظف العام بشكل عادي، وبالتالي فإضافة الفقرة الثانية هو الذي أكمل المعنى ودل على المقصود بتعارض المصالح[26].

حسب ما تقدم، من الهام الإشارة إلى أن تعارض المصالح يجب أن يستوفي شرطين، أولهما: أن يكون للموظّف العمومي مهام وأنشطة أخرى تلتقي مع وظيفته؛ كأن يمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة مؤسّسة خاصة تنشط في نفس المجال الذي تنشط فيه الإدارة العموميّة التي وظف فيها أو معنية بنفس المشروع الذي تنشط فيه تلك الإدارة، وثانيهما: أن يكون هناك تأثير لتلاقي مصلحة الموظّف الخاصة مع المصلحة العامة على أدائه لوظيفته، ويعتبر هذا الأخير شرطا جوهريّا على أساس أن هناك إمكانية لتلاقي المصالح دون أيّ تأثير على السير العادي لمهام ومسؤوليات الموظّف[27].

وعليه، تعارض المصالح = تلاقي المصالح + التأثير على الأداء العادي للوظيفة.

يمكن في هذا السياق، تعريف تعارض المصالح بأنه: كلّ حالة تتلاقى فيها المصالح الخاصة للموظّف العمومي المباشرة منها وغير المباشرة مع المصلحة العامة التي تقتضيها الوظيفة، بما يؤثر أو من شأنه التأثير على الأداء النزيه لمهامه، ما يثير الشكّ في مدى قدرة الموظّف على الحياد الوظيفي.

وبناءً على ذلك، يلزم المشرع الجزائري الموظّف العمومي كما هو منصوص عليه في المادة 2/(ب) [28] بإخبار السلطة الرئاسية عن تعارض مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة[29]، غير أنه لم يحدّد طريقة الإخبار، ويبقى السؤال قائماً، هل يكون الإخبار شفاهة أو بالكتابة؟[30]

ب/ عدم تصويب الخطأ الوارد في نص المادة 34 من قانون رقم 06-01

تنص المادة 34 من قانون رقم 06-01 على أنّه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون".

إذاً، يعاقب الموظّف العمومي على مخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون رقم 06-01 التي تنص على إلتزام الإخبار عن تعارض المصالح، وإن كان نص المادة 34 أعلاه أشار خطأ إلى نص المادة التاسعة التي تنص على إبرام الصفقات العمومية، وهو الخطأ الذي أغفل المشرع عن تصحيحه عند تتميم هذا القانون سنة 2010، وتعديله وتتميمه سنة 2011.

وعليه، تقوم الجريمة في حالة إخلال الموظّف العمومي بإلتزام الإخبار عن تعارض المصالح[31]، فلم يجرم المشرع الجزائري تعارض المصالح في حد ذاته -على غرار التشريع الفرنسي- ، وإنّما جعل عدم إخبار السلطة الرئاسية عن تعارض المصالح جريمة يعاقب عليها الموظّف وفقا لنص المادة 34 المدونة أعلاه، بالرغم من أنه أشار في عنوان هذه المادة إلى جريمة "تعارض المصالح"، وهو ما يتناقض تمامًا مع مضمونها، و هو الخطأ الذي لم يتداركه المشرع كذلك عند تتميم قانون رقم 06-01 سنة 2010 وتعديله وتتميمه سنة 2011[32] ، فضلاً عن ضرورة تنقيح عنوان المادة 34 في النسخة بالفرنسية، وذلك بإضافة « s » إلى « intérêt »ليصبح « Du conflit d'intérêts » بدلاً من « Du conflit d'intérêt » على أساس أن التعارض يكون بين مصلحتين؛ الأولى هي المصلحة الخاصة للموظّف والثانية هي المصلحة العامة.

وتتمثل أركان جريمة عدم إخبار السلطة الرئاسية عن تعارض المصالح في:

– **صفة الجاني**: تمثل صفة الجاني الركن المفترض في هذه الجريمة، إذ يشترط المشرع الجزائري لقيامها توفّر صفة الموظّف العمومي في الجاني، وذلك على أساس أنها من الجرائم ذوي صفة؛ والموظّف العمومي المقصود هنا هو ذلك المنصوص عليه في نص المادة 2 /(ب) من قانون رقم 06-01 المذكورة سلفًا.

– **الركن المادي**: يتمثل الركن المادي في هذه الجريمة حسب نص المادة 34 من قانون رقم 06-01 في عدم إخبار السلطة الرئاسية عن تعارض المصالح.

– **الركن المعنوي**: وهو القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، فعنصر العلم يستوجب أن يكون الجاني على علم بأنه موظّف عمومي بمفهوم نص المادة 2/(ب) من قانون رقم 06-01، وبأن مصلحته الخاصة تتعارض مع المصلحة العامة، وبأنه ملزم كذلك بإخبار السلطة الرئاسية عن ذلك التعارض، إلاّ أنه أخلَّ بواجب الإخبار،أما عنصر الإرادة

فيجب أن تكون حرَّة وتتّجه إلى إرتكاب السلوك الإجرامي المتمثل في عدم الإخبار عن تعارض المصالح[33].

2/ الإكتفاء بمنع تعارض المصالح أثناء الوظيفة وبعد نهايتها

يعتبر الأمر رقم 07-01 المتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف أداة قانونية تساهم جزئيا في حظر تعارض المصالح في الإدارة العمومية، وذلك دون المساس بحالات التنافي المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، حيث يعالج تعارض المصالح أثناء الوظيفة وعند نهايتها فقط، وسنوضح ذلك كالآتي:

أ/ حظر حيازة الموظّف لمصالح أثناء الوظيفة لدى الهيئات التي يتعامل معها

يمنع المشرع الجزائري الموظّفين العموميين الذين يشغلون مناصب عليا في الدولة أو الذين يشغلون مناصب كإطارات على مستوى الهيئات والإدارات العموميّة والمؤسّسات العموميّة والمؤسّسات العموميّة الإقتصاديّة، والشركات المختلطة التي تحوز فيها الدولة 50% من رأسمالها على الأقل، وسلطات الضبط أو كل هيئة عموميّة تتولّى بمهام الضبط أو الرقابة أو التحكيم[34]، من حيازة خلال فترة نشاطهم، لمصالح مباشرة أو غير مباشرة لدى المؤسّسات أو الهيئات التي يتولون مراقبتها أو الإشراف عليها أو التي أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأيًا بغية عقد صفقة معها، سواءً في الجزائر أو في الخارج[35]، ويعاقب الموظّف في حالة مخالفته لهذه الأحكام بالحبس من ستة أشهر إلى سنة واحدة، وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 300.000 دج[36]، وتطبق هذه العقوبة من طرف الجهة القضائيّة المختصّة بعد إخطارها من طرف أخر هيئة مستخدمة أو السلطة المكلَّفة بالوظيفة العموميّة اللّتان خول لهما القانون صلاحية الإخطار، ويعتبر الإخطار عن تعارض المصالح في هذه الحالة ذو طابع إلزامي[37].

وتنفيذاً لذلك، يؤكد نص المادة 64 من قانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري[38] على أنه لا يمكن لأي عضو في سلطة ضبط السمعي البصري أن يمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة مصالح في مؤسّسة سمعية بصرية أو سينمائية أو في مؤسّسة للنشر أو للصحافة أو للإشهار أو للإتصالات.

وبالتّالي، لا يجد الموظّف العمومي نفسه إلاّ مجبرا على أن يختار بين وظيفته ومصالحه الخاصة التي يملكها لدى هذه المؤسّسات[39].

ب/ عن تقييد إنتقال الموظّف العمومي من القطاع العامّ إلى الخاصّ

من المؤكَّد أنه يمكن للموظّف العمومي أن يشغل بعد نهاية الوظيفة منصبا في القطاع الخاص، إذا كانت الشركة أو المؤسّسة التي يرغب بالعمل فيها لم يسبق وأن تعامل معها أو أنها لا تمارس نفس مجال نشاط الإدارة العموميّة التي كان قد وظف فيها، دون أن يخضعه

المشرع لقواعد تنظيم الإنتقال من القطاع العام لشغل منصب في القطاع الخاص، أما إذا رغب الموظّف في الإنتقال لشغل منصب في الشركة أو المؤسّسة المتعامل معها، فيكون لزاما عليه الإلتزام بشرطين، وهما:

1/ فترة الحظر:

يمنع المشرع الجزائري الموظّفين العموميين عند نهاية مهامهم أن يمارسوا، لأي سبب كان، ولمدة سنتين نشاطا إستشاريا أو نشاطا مهنيا أيا كانت طبيعته، أو أن تكون لهم مصالح لدى المؤسّسات أو الهيئات التي سبق لهم أن تولوا مراقبتها أو الإشراف عليها أو أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأياً بغية عقد صفقة معها أو لدى أي مؤسّسة أو هيئة أخرى تعمل في نفس مجال النشاط[40]، و يعاقب الموظّف المخالف لهذه الأحكام بالحبس من ستة أشهر إلى سنة واحدة، وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 300.000 دج[41].

تجدر الإشارة إلى أن الإلتزام بالمدّة المحدّدة أعلاه تؤكِّده المادة 65 من قانون رقم 14-04 يتعلق بالنشاط السمعي البصري، حيث يُمنع بموجبها على كلّ عضو في سلطة ضبط السمعي البصري ممارسة نشاط له علاقة بأي نشاط سمعي بصري خلال السنتين الموالیتين لنهاية عهدته[42].

يتّضح جليّاً أن المشرع الجزائري حدَّد مدّة زمنية -يطلق عليها ما يسمى بـ: " فترة الحظر"-[43] يمنع خلالها الموظّف العمومي أن يشغل بعد نهاية الوظيفة، لأيّ سبب كان، منصب في شركات القطاع الخاص التابعة أو المرتبطة بوظيفته، وهو نفس ما يصطلح عليه بالفرنسية « Le délai de viduité »، وتعتبر هذه المدّة كفاصل زمني بين نهاية الوظيفة وبداية شغل منصب في القطاع الخاص، بهدف تعزيز مواجهة تعارض المصالح بعد نهاية الخدمة[44].

وبمقارنة هذه الأحكام بما ورَد في التشريع الفرنسي، نجد أن المشرع الفرنسي كان أكثر صرامة حيال تحديد هذه المدّة، فلم يمكِّن الموظّف العمومي من العمل في شركات القطاع الخاص إلاّ عقب إنقضاء مدّة ثلاث سنوات من تاريخ نهاية الوظيفة بعد أن كان قد حدَّدها بخمس (5) سنوات سابقا [45]. وبذلك، ضبط إنتقال الموظّف من القطاع العام إلى الخاص « Le pantouflage »، لما له من أثار يمكن أن تساهم في تعارض المصالح والإثراء غير المشروع[46].

2/ التصريح بالنشاط

يجوز للموظّفين العموميين عقب إنقضاء مدّة سنتين من تاريخ نهاية الوظيفة - فترة الحظر- أن يمارسوا أيّ نشاط مهني أو إستشاري وكذا حيازة مصلحة لدى الهيئات والمؤسّسات التي سبق وأن تعامل معها- العمل لدى القطاع الخاص-، شرط إلتزامهم

بتقديم تصريح مكتوب في أجل شهر واحد إبتداءً من تاريخ بداية ممارسة النشاط، وذلك خلال ثلاث سنوات متتالية، لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وحسب الحالة، أخر هيئة مستخدمة أو السلطة المكلّفة بالوظيفة العموميّة[47]، ويعاقب الموظّف العمومي على الإخلال بالتصريح بالنشاط بغرامة مالية من 200.000 دج إلى 500.000 دج[48]، وذلك ليتمكن الموظّف العمومي من العمل في القطاع الخاص وفقا للقانون بدون تعارض المصالح.

ثالثا/ تعزيز الشفافية في الحياة العامة بتكريس آلية التصريح بالمصالح في التشريع الفرنسي

عزَّز المشرع الفرنسي مواجهة تعارض المصالح بتكريس آلية التصريح بالمصالح في قانون رقم 2013-907 يتعلق بشفافية الحياة العامة، قصد تكريس الشفافية في الشؤون العمومية، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة[49]، وإعادة بعث ثقة المواطن بالإدارة[50].

يقصد بآلية التصريح بالمصالح، الإجراء الذي يصرح من خلاله الموظّف العمومي بكلّ المهام والأنشطة المهنية والإستشارية التي مارسها أو تلك التي لا يزال يمارسها، قصد ضمان شفافية الحياة العامة.

1/ في كيفيات التصريح بالمصالح

حدَّد المشرع الفرنسي كيفيات تصريح الموظّف العمومي بمصالحه لدى السلطة العليا لشفافية الحياة العامة، وذلك من حيث:

أ/ الموظّفين الخاضعين للتصريح بالمصالح

وسَّع المشرع الفرنسي من نطاق الموظّفين الخاضعين للتصريح بالمصالح؛ فيشمل أعضاء الحكومة، رؤساء المجالس الجهوية، القائمين على الوظائف التنفيذيّة على المستوى المحلي، أعضاء السلطات الإدارية المستقلّة والسلطات العموميّة المستقلّة، موظّفي رئاسة الجمهورية ومختلف الوزارات، والرؤساء والمديرين العامين على مستوى الشركات والأشخاص المعنوية الأخرى أيا كان نظامها القانوني والتي يكون أكثر من نصف رأسمالها ملك للدولة؛ المؤسّسات العموميّة ذات الطابع الصناعي والتجاري...[51].

ب/ محتوى التصريح بالمصالح

حُدد نموذج التصريح بالمصالح عن طريق التنظيم، وذلك بموجب مرسوم رقم 2013-1212 المعدل، ويحتوي على بيانات تخص الموظّف كإسمه ووظيفته وتاريخ تعيينه، ويحتوي بالنسبة للمصالح المصرَّح بها على كلّ الأنشطة المهنية والإستشارية التي كان قد مارسها الموظّف وتلك التي يمارسها إلى غاية تاريخ التعيين مع ذكر الأجر أو المكافأة ، المشاركة في تسيير أية هيئة عمومية أو خاصة أو شركة، المساهمة في رأسمال إحدى الشركات، الأنشطة

المهنية لزوج الموظّف المصرح، الأنشطة التطوعية التي من شأنها أن تؤدّي إلى تعارض المصالح، الوظائف والعُهدات الإنتخابية[52].

ت/ آجال التصريح بالمصالح

يلتزم الموظّف العمومي بإكتتاب تصريح بالمصالح خلال شهرين إبتداءً من تاريخ التعيين في المنصب أو الوظيفة أو من تاريخ الإنتخاب، ويجدد التصريح فور كلّ إنتقال لشغل منصب أو وظيفة أخرى بنفس الطريقة، ويصرح بالمصالح التي يحوزها من تاريخ التعيين، وتلك التي يحوزها في الخمس سنوات التي سبقت تاريخ التعيين، ويرسل التصريح إلى رئيس السلطة العليا لشفافية الحياة العامة، وعند الإقتضاء ترسل نسخة منه إلى الوزير الأول أو الوزير المعني بالقطاع أو السلطة السلمية[53].

ث/ إيداع التصريح بالمصالح لدى السلطة العليا لشفافية الحياة العامة

بعد قضايا الفساد التي شهدتها الدولة الفرنسية سنة 2012[54]، وبروز ضرورة تفعيل التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد في الإدارة العموميّة، أنشأ المشرع الفرنسي السلطة العليا لشفافية الحياة العامة «La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique »[55] بموجب المادة 19 من قانون رقم 2013-907، يتعلق بشفافية الحياة العامة، وكيّفها على أنها سلطة إدارية مستقلّة[56]، ومن بين الإختصاصات التي خوّلت لها: تلقي ودراسة التصريحات بالمصالح التي يكتتبها الموظّفين العموميين، ونشرها، والكشف عن حالات تعارض المصالح[57]، وجاءت هذه السلطة إستخلافا للجنة الشفافية الماليّة للحياة السياسية التي أنشئت منذ سنة 1988 والتي تدعى في صلب النص: « La commission pour la transparence financière de la de la vie politique »[58]

تتعدَّد طرق إيداع التصريح بالمصالح، فيقوم الموظّف إمّا بإيداعه لدى السلطة العليا لشفافية الحياة العامة مقابل وصل إستلام، أو إرساله مباشرة إلى رئيسها مقابل إشعار بالإستلام، أو عن طريق الخدمة عن بعد[59].

فيما يخص إيداع التصريح بالمصالح عن طريق الخدمة عن بعد، تعتمد هذه السلطة على تقنيّة التصريح الإلكتروني بالمصالح لتوفير الجهد والوقت على الموظّفين العموميين، وذلك بإكتتابه وإرساله مباشرة لرئيسها إلكترونيا، إذ بدأ سريان هذه التقنيّة في 30 مارس 2015، وأنشأ لهذا الغرض موقع خاصّ يسمى « ADEL » على مستوى موقع هذه السلطة؛ وذلك من أجل تيسير إجراء التصريح بالمصالح بإعطائه الصبغة الإلكترونية، حيث يتميّز هذا الموقع بسرّيّة تامّة. وعليه، لا يقع على عاتق الموظّف العمومي الذي يرغب في إكتتاب تصريح بمصالحه إلكترونيا سوى الدخول إلى الموقع وإتباع التوجيهات ليتمكن من إجرائه في ظرف وجيز جدًا[60].

ج/ نشر التصريح بالمصالح

تنشر السلطة العليا لشفافية الحياة العامة جميع التصريحات بالمصالح التي يكتتبها الموظّفين العموميين القائمين على مختلف الإدارات العموميّة على موقعها الإلكتروني الخاص ليتمكن المواطنين من الإطلاع عليها، وذلك بعد دراستها وإستغلال المعلومات الواردة فيها والتحقق من صحتها[61].

2/عقوبة الإخلال بالتصريح بالمصالح

لا يعاقب الموظّف العمومي على الإخلال بالتصريح بالمصالح بمجرد مرور شهرين من تاريخ التعيين في المنصب أو الوظيفة أو من تاريخ الإنتخاب، وإنّما تقوم السلطة العليا لشفافية الحياة العامة في هذه الحالة بإخطار الموظّف بموجب أمر، وتمنح له مدّة شهر إبتداءً من تاريخ الإخطار لإكتتاب تصريح بمصالحه[62]، وفي حالة لم يكتتب الموظّف تصريح بمصالحه رغم إخطاره بالطرق القانونية، تقوم هذه السلطة بإخبار النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية[63]، وبناء على ذلك يعاقب الموظّف العمومي على الإخلال بالتصريح بالمصالح– سواءً تعلق الأمر بعدم التصريح أو كان التصريح غير كامل- بـ : عقوبة أصلية تتمثل في: الحبس لمدة 3 سنوات كاملة، وغرامة مالية قدرها 45,000 يورو، كما يمكن أن توقع عليه عقوبة تبعية؛ كالمنع من ممارسة الحقوق المدنية أو الوظائف العموميّة[64].

خاتمة

يبقى موضوع المواجهة القانونية لتعارض المصالح في الإدارة العمومية من بين المواضيع التي لم تنل القدر الكافي من الإهتمام سواءً من طرف المشرع الجزائري أو الفقه، ولم ينل كذلك حظّه الوافر من الدراسة والبحث بالرغم من أهميته لاسيَّما مع ظهور الصور الإجرامية الجديدة للفساد، لذلك لا يمكن أن تتجسَّد المواجهة القانونية لتعارض المصالح في الإدارة العموميّة إلاّ بتبني وتنفيذ إستراتيجيّة فعّالة تأخذ في الإعتبار كافة المعطيات بدءً من التشخيص إلى الوقاية، ومن ثمَّ الردع؛ فتعتمد هذه المواجهة لنجاحها الأخذ بتدابير أساسية وتنفيذها بشكل يضمن فعّاليتها، وتتمثل هذه التدابير في: 1/تحديد حالات التنافي مع المناصب والوظائف العموميّة، وتكريس آلية التصريح بالمصالح، 2/ منع الموظّف العمومي من المشاركة في إتخاذ القرار في المسائل التي يكون له مصلحة فيها، وتكريس إلتزام التصريح عن تعارض المصالح للسلطة الرئاسية، 3/ تنظيم إنتقال الموظّف من القطاع العام لشغل منصب في القطاع الخاص.

وهو ما سعى إليه المشرع الجزائري، غير أن المواجهة التي تبناها تبقى محتشمة، فلم يعتمد على إستراتيجيّة واضحة المعالم تتضمن في طياتها آليات تتماشى مع غموض وتشعّب

تعارض المصالح؛ على أساس أن تناثر أحكام هذه المواجهة في مختلف النّصوص القانونية، هذا بالإضافة، إلى الثغرات التي تعتري إلتزام إخبار السلطة الرئاسية عن تعارض المصالح، وحصر نطاق تطبيق أمر رقم 07-01 يتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف أثناء الوظيفة وبعد نهايتها، وعدم تعميم التصريح بالمصالح على جميع الموظّفين دون إستثناء يحول دون تحقيق الفعّالية المرجوة من هذه المواجهة.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فتبنى إستراتيجيّة أكثر فعّالية لمواجهة حازمة لتعارض المصالح في الإدارة العمومية رغم التأخر في تبنيها وتكريسها مقارنة مع دول أخرى- من بينها كندا-؛ فظهرت بعد صدور قانون رقم 2013-907 يتعلق بشفافية الحياة العامة الإرادة السياسية لمواجهة تعارض المصالح من خلال إستحداث آلية التصريح بالمصالح وتحديد نموذج لذلك، وكذا إنشاء سلطة عليا لشفافية الحياة العامة في الوقت الذي زادت فيه الحاجة إلى هيئة مستقلّة يدخل ضمن صلاحياتها مواجهة تعارض المصالح.

يساهم تبني وتنفيذ إستراتيجيّة لمواجهة تعارض المصالح في الإدارة العمومية من دون شك في تحقيق الشفافية، وتعزيز حراسة حدود المصلحة العامة من التعدي الذي يمكن أن يحدث من جراء طُغيان المصلحة الخاصة للموظّف العمومي، وما الشفافية إلاّ مطلب ديمقراطيّ جديد حسب شعار السلطة العليا لشفافية الحياة العامة. وبالتّالي، ألم يحن الوقت لتكريس الشفافية في الحياة العامة بتفعيل مواجهة تعارض المصالح من خلال تبني آلية التصريح بالمصالح وتعميمها على جميع الموظّفين دون إستثناء؟

الهوامش:

(1) .يجب الإستناد على معايير موضوعية في التعيين لشغل المناصب والوظائف في القطاع العام لضمان النزاهة الوظيفية كما ينص عليها قانون رقم 06-01، أنظر: المادة 3 من قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.ج. عدد 14، صادر في 8 مارس 2006، المتمم بأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 50، صادر في أوّل سبتمبر 2010، المعدل والمتمم بقانون رقم 11-15 مؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر.ج.ج. عدد 44، صادر في 10 أوت 2011.

(2) المادة 4/7 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامّة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003، والمصادق عليها من طرف :

- الجزائر: بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أفريل 2004، يتضمّن التّصديق، بتحفّظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ج.ر.ج.ج. عدد 26، صادر في 25 أفريل 2004.

Et la France: par la loi n°2005-743 du 4 juillet 2005, autorisant la ratification de la convention des Nations unies contre la corruption, JORF n°155 du 5 juillet 2005, p.11072. Publié sur : www.legifrance.gouv.fr.

(3) راجع المادتين 4 و5 من المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، مرفق قرار رقم 51-59 مؤرخ في 28 جانفي 1996، يتضمن إجراءات مكافحة الفساد، صادر عن الجمعية العامّة للأمم المتحدة [بناءًا على تقرير اللجنة الثالثة (A/51/610)]، الدورة الحادية والخمسون، البند 101 من جدول الأعمال.

(4) ظهر مصطلح تعارض المصالح في قانون رقم 06-01، وذلك بعد مصادقة الجزائر على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، أنظر: المادة 8 من قانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(5) Voir, la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 octobre 2013, p.16829. (version consolidée au 2 juin 2017)

(6) " يتعين على عضو البرلمان الذي أثبتت عضويته، أن يودع تصريحا لدى مكتب الغرفة المعنية خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لتنصيب أجهزتها، يذكر فيه، العهدة أو الوظائف أو المهام أو الأنشطة التي يمارسها ولو بدون مقابل...". هذا ما تنص المادة 1/6 من قانون عضوي رقم 12-02 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يحدد حالات التنافي مع العهدة البرلمانية، ج.ر.ج.ج. عدد أوّل، صادر في 14 جانفي 2012.

(7) للإطلاع على التعريف الذي وضعه المجلس الأوروبي لتعارض المصالح، راجع:

Recommandation N° R(2000)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée par le comité des ministres le 11 mai 2000 à sa 106e session.

(8) للإطلاع على التعريف الذي وضعته منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية لتعارض المصالح، راجع:

Recommandation N° C(2003)107 du Conseil de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public, adoptée le 28 mai 2003.

(9) من بين التشريعات التي خصت مصطلح تعارض المصالح بمفهوم قانوني؛ التشريع الكندي، للمزيد من التفاصيل، راجع:

Article 04 de la loi canadienne sur les conflits d'intérêts, 2006, (L.C.2006, ch.9, art.2), publié sur : laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-36.65,

ويُعد تعارض المصالح مصطلح أنجلوساكسوني تبنته بريطانيا والدول الإسكندنافية ويطلق عليه « Conflict of interest » وبدأت بوادره الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية في منتصف التسعينات؛ حيث ورد لأول مرة في مجال الصحة، راجع:

-Transparency International France , prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique française: Les recommandations de Transparency International, Paris, 2010, P.13, Publié sur : www.transparency-france.org/,

-MORET-BAILLY Joël, Les conflits d'intérêts, Editions Lextenso, Paris, 2014, P.41.

(10) جاء تعريف المشرع الفرنسي لتعارض المصالح كالأتي:

« …constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial, et objectif d'une fonction… ». Art.2 al. 1 de la loi n°2013-907, relative à la transparence de la vie publique, op.cit.

(11) Pour plus d'informations, voir: KARIMOV Inam, Le rôle de la transparence dans la lutte contre la corruption à travers l'expérience du Conseil de l'Europe, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit, faculté de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, pp.135-136.

(12) Rapport d'activité de la HATVP, 2015, pp.84-86, publié sur : www.hatvp.fr/

(13) SAUVE Jean-Marc, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts: sont-elles satisfaisantes? », Revue l'ENA hors les murs, Numéro de Septembre: éthique et vie publique, paris, 2014, p.4.

(14) تنص المادة 1/43 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أن: "يخصص الموظفون كل نشاطهم المهني للمهام التي أسندت إليهم. ولا يمكنهم ممارسة نشاط مربح في إطار خاص مهما كان نوعه"، وتضيف المادة 45 من القانون نفسه بالنص على أنه: " يمنع على كل موظف، مهما كانت وضعيته في السلم الإداري، أن يمتلك داخل التراب الوطني أو خارجه، مباشرة أو بواسطة شخص أخر، بأية صفة من الصفات، مصالح من طبيعتها أن تؤثر على إستقلاليته أو تشكل عائقا للقيام مهمته بصفة عادية في مؤسسة تخضع إلى رقابة الإدارة التي ينتمي إليها أو لها صلة مع هذه الإدارة، وذلك تحت طائلة تعرضه للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون الأساسي". أنظر أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج.ج. عدد 46، صادر في 16 جويلية 2006.

(15) تنص المادة 90 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "عندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك

التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك، ويتنحى عن المهمة". أنظر مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج. عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.

(16) تنص المادة 18 من القانون الأساسي للقضاء على أنه: "يمنع على كل قاض، مهما يكن وضعه القانوني، أن يملك في مؤسسة، بنفسه أو بواسطة الغير تحت أية تسمية، مصالح يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامه، أو تمس بإستقلالية القضاء بصفة عامة". أنظر قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.ج.ج. عدد 57، صادر في 8 سبتمبر 2004.

(17) KARIMOV Inam, Op.cit, pp.132-133.

(18) Art.1er de la loi n° 2013-907, relative à la transparence de la vie publique, op.cit.

(19) تنص المادة 2 من قانون رقم 06-01 المعدل والمتمم كما يلي: "...أ) "الفساد": كل الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من هذا القانون...".

(20) المادة 60 من قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج. عدد 37، صادر في 3 جويلية 2011.

(21) المادة 56 من قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج. عدد 12، صادر في 29 فيفري 2012.

(22) أمر رقم 07-01 مؤرخ في أوّل مارس 2007، يتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر.ج.ج. عدد 16، صادر في 7 مارس 2007.

(23) بموجب أمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 50، صادر في أوّل سبتمبر 2010.

(24) بموجب قانون رقم 11-15 مؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر.ج.ج. عدد 44، صادر في 10 أوت 2011.

(25) بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، ط.15، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص ص.187-188.

(26) حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013، ص ص.222-223.

(27) بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص.188

(28) يقصد بالموظّف العمومي: " 1- كلّ شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معيّنا أو منتخبا، دائما أو مؤقّتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النّظر عن رتبته أو أقدميته،

2- كل شخص أخر يتولّى ولو مؤقّتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عموميّة أو مؤسّسة عموميّة أو أية مؤسّسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسّسة أخرى تقدم خدمة عموميّة،

3- كلّ شخص أخر معروف بأنه موظّف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما". أنظر المادة 2/ب من قانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(29) وهو إلتزام منصوص عليه كذلك في قانوني البلدية والولاية، حيث يلتزم المنتخبين المحليين إذا تعارضت مصالحهم الخاصة مع المصلحة العامة بإخبار رئيس المجلش الشعبي البلدي بالنسبة لأعضاءه أو رئيس المجلس الشعبي الولائي بالنسبة لأعضاء هذا الأخير، أما في حالة تعارضت مصالح رؤساء المجالس الشعبية البلدية والولائية مع المصلحة العامة، فيجب عليهم إخبار المجلس الشعبي البلدي و المجلس الشعبي الولائي على التوالي. كما يُمنع المنتخب المحلي من حضور المداولات والمشاركة فيها في حالة ما إذا كان لمشاركته تأثير على سير هذه المداولات لإحتمال تعارض المصالح لاسيما إذا كان موضوع المداولة يتعلق بمصالحه أو مصالح زوجه أو أحد أقربائه، وإذا شارك المنتخب المحلي في المداولة رغم منعه من ذلك، تكون المداولة باطلة، وهذا ما يجسِّد مبدأ الوقاية من تعارض

المصالح أثناء الوظيفة، أنظر المادة 60 من قانون البلدية، المرجع السابق. والمادة 56 من قانون الولاية، المرجع السابق.

(30) يجب أن يكون الإخبار عن تعارض المصالح بالكتابة، ويحدد نموذج لذلك، على أساس أن الأصل في الإثبات الكتابة، أنظر: بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص.188.

(31) المرجع نفسه، ص.188.

(32) حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص. 223.

(33) المرجع نفسه، ص ص. 221-225.

(34) المادة الأولى من أمر رقم 07-01، المرجع السابق.

(35) المادة 2 من أمر رقم 07-01، المرجع السابق.

(36) المادة 6 من أمر رقم 07-01، المرجع السابق.

(37) المادة 5 من أمر رقم 07-01، المرجع السابق.

(38) قانون رقم 14-04 مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج.ر.ج.ج. عدد 16، صادر في 23 مارس 2014.

(39) MATTARELLA Bernardo Giorgio, « Le régime juridique du conflit d'intérêts éléments comparés », RFAP, n°135, Paris, 2010/3, p.647

(40) المادة 3 من أمر رقم 07-01، المرجع السابق.

(41) ذلك بعد إخطار الهيئة المستخدمة أو السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية للسلطة القضائيّة، أنظر المادتين 5 و6 من أمر رقم 07-01، المرجع السابق.

(42) المادة 65 من قانون رقم 14-04، المرجع السابق.

(43) إن "فترة الحظر" مصطلح إستعمله الأستاذ "عبد المجيد محمود عبد المجيد، أنظر: عبد المجيد محمود عبد المجيد، المواجهة الجنائية للفساد في ضوء إتفاقية الأمم المتحدة والتشريع المصري (الجوانب الإجرائية والتعاون الدولي)، الجزء الثالث، دار نهضة مصر للنشر، الجيزة، 2015، ص.353.

(44) COLON DE FRANCIOSI et ZHAO Xiao-Xiao, Droit positif et conflits d'intérêts, publié sur : www.lepetitjuriste.fr.

(45) Art.432-13 du code pénal français, modifié par l'article 28 de la loi n° 2013-907, relative à la transparence de la vie publique, op.cit.

(46) HEMANE Slimane, Le pantouflage des agents de la Commission Européenne, Editions l'Harmattan, Paris, 2013, pp.15-17.

(47) المادة 4 من أمر رقم 07-01، المرجع السابق.

(48) المادة 7 من أمر رقم 07-01، المرجع السابق.

(49) كرس المشرع الفرنسي آلية التصريح بالمصالح في أكتوبر سنة 2013، وذلك بموجب قانون رقم 2013-907، يتعلق بشفافية الحياة العامة، المرجع السابق، وسنّ كذلك في السنة نفسها قانون عضوي يعالج من خلاله التصريح بمصالح أعضاء البرلمان، للمزيد من المعلومات، أنظر:

-Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 octobre 2013, p.16824.

(50) Monsieur HIRSCH Martin disait le 23 septembre 2010: « La lutte contre les conflits d'intérêts est un préalable pour que les citoyens aient confiance dans la politique et la vie publique ». Publié sur : www.lexpress.fr/

(51) Art.4 al. I, et art.11 de la loi n°2013-907, relative à la transparence de la vie publique, op.cit.

(52) Décret n°2013-1212 du 23 décembre 2013, relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, JORF n°0300 du 27 décembre 2013, P.21445. Modifié par le décret n° 2015-246 du 3 mars 2015, permettant la transmission des déclarations par voie électronique, JORF n°0054 du 5 mars 2015, p.4153.

(53) Art.4 et 11 de la loi n°2013-907, relative à la transparence de la vie publique, op.cit.

(54) حيث تورط آنذاك الوزير المنتدب المكلّف بالميزانية لدى وزير الإقتصاد والماليّة في عدة جرائم منها عدم التصريح بالممتلكات والتهرب الضريبي وتبييض الأموال وغيرها، للمزيد من المعلومات، يمكن الإطلاع على: www.mediapart.fr/

(55) قبل إنشائها، تحديدا في سنة 2010، أنشئت لجنة مختصة بالوقاية من تعارض المصالح في الحياة العامة تدعى في صلب النص:

« La commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique »

أنيط بهذه اللجنة تقديم الإقتراحات اللازمة لمواجهة حالات تعارض المصالح الخاصة بأعضاء الحكومة ومدراء المؤسسات العمومية والشركات العمومية والموظّفين العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، وإقتراح تدابير لتحسين القواعد الأخلاقية وتفعيلها قصد تحسين الأداء الوظيفي للموظّفين وتحقيق المصلحة العامة، كما أُطلق على هذه اللجنة إسم «Commission SAUVE» نسبة إلى رئيسها المدعو " SAUVE Jean Marc "، والذي أكد بدوره أن تواجد الموظّف في حالة تعارض المصالح راجع إلى نقص الوعي الوظيفي وعدم الإلتزام بالقواعد الأخلاقية التي تمليها الوظيفة العموميّة، وصرّح بأن الهدف من إنشاء هذه اللجنة هو الوقاية من تعارض المصالح، حيث أن المسؤول الإداري لم يتم تعيينه لخدمة مصالحه الخاصة إنّما لخدمة المجتمع. للمزيد من التفاصيل، راجع كل من:

- Décret n°2010-1072 du 10 septembre 2010, instituant une Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, JORF n°0211 du 11 septembre 2010, p.16505.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, conflits d'intérêts et vie publique, Retsumeikam Law Review, n°29, Paris, 2012, p.129.

(56) Art.19 al. I de la loi n°2013-907, relative à la transparence de la vie publique, op.cit.

(57) Pour mieux savoir les missions exercées par cette Autorité (HATVP), Voir: art.20 de la loi n°2013-907, précitée.

(58) Institué par l'article 3 de la loi n°88-227 du 11 mars 1988, relative à la transparence financière de la vie politique, JORF du 12 mars 1988, p.3290. (Article abrogé)

(59) Art.4 du décret n°2013-1212, modifié, op.cit.

(60) Délibération de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique n°2015-69 du 19 mars 2015, portant création d'un téléservice dénommé « ADEL », publié sur : www.hatvp.fr/

(61) Les déclarations d'intérêts des différents responsables publics français peuvent être consultées sur: www.hatvp.fr/

(62) Art.4 al. V de la loi n°2013-907, relative à la transparence de la vie publique, op.cit.

(63) Rapport d'activité de la HATVP, op.cit, p.9.

(64) Art. 26 al. I de la loi n° 2013-907, relative à la transparence de la vie publique, op.cit.

الإخطار التلقائي للسلطات الإدارية المستقلة *

موساوي نبيل، طالب دكتوراه،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

MOUSSAOUI Nabil, Doctorant,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

الملخص:

الإخطار التلقائي، هو إجراء من خلاله تخطر السلطات الإدارية المستقلة نفسها بنفسها عن التجاوزات التي تصدر عن الأعوان الاقتصاديين، حيث يكتسي دراسة هذا النوع من الإجراء أهمية كبيرة نظرا للتناقض الذي يشكّله، فمن جهة هو إجراء فعال يقوي في تحكم السلطات الإدارية المستقلة على القطاع الذي تضبطه واستمرارية رقابتها، من جهة أخرى يشكّل هذا الإجراء مساسا صارخا بحقوق الأعوان الاقتصاديين المتابعين أمام هذه الأخيرة، حيث أنّه لا يضمن محاكمة عادلة لهم زيادة على ذلك، فهو يمس بأحد المبادئ الأساسية للمحاكمة العادلة المتمثل في الحياد.

من خلال هذه الدراسة، سوف نوضح كيفية تجاوز هذا التناقض وذلك بتقديم الحل المناسب لذلك، لأنّ الإخطار التلقائي إجراء فعال لا يمكن الاستغناء عنه في مجال الضبط الاقتصادي.

الكلمات المفتاحية :

الحياد، محاكمة عادلة، الإخطار التلقائي، الضبط الاقتصادي، المتابعة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/09/04 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/16 وقُبل للنّشر بتاريخ 2017/12/10.

Self-referral of independent administrative authorities

Abstract:

Self-referral is a procedure by which the independent administrative authorities of its own initiative to initiate prosecutions against offenses committed by economic operators. Treat such a subject is of great importance, because of legal contradictions in the stain. On the one hand it is considered an essential tool for independent administrative authorities that their will monitor the regulated sector in a continuous manner, and on the other hand, this procedure can adversely affect the fundamental rights of economic operators. Indeed, this self-referral procedure does not offer the guarantees of a fair trial are that it risks undermining the principle of impartiality.

This study aims to show how independent administrative authorities exercise their powers of self-referral, while reconciling their sanctioning powers with the fundamental guarantees provided to operators prosecuted.

Keywords:

Impartiality, self-referral, economic regulation, the pursuit.

L'Auto-saisine des autorités administratives indépendantes

Résumé :

L'auto-saisine est une procédure par laquelle les autorités administratives indépendantes se saisissent d'elles-mêmes en vue de déclencher les poursuites contre les infractions commises par les opérateurs économiques. Traiter un tel sujet relève d'une grande importance en raison des contradictions juridiques qu'il comporte. D'une part, l'auto-saisine est considérée comme un outil essentiel pour les autorités administratives indépendantes qui leurs permettra de surveiller le secteur régulé d'une façon continue, et d'autre part, cette procédure peut porter préjudice aux droit fondamentaux des opérateurs économiques. En effet, cette procédure d'auto-saisine n'offre pas les garanties d'un procès équitable, dans le sens où elle risque de porter atteinte au principe d'impartialité.

Cette étude a pour objet de démontrer comment les autorités administratives indépendantes exercent leurs pouvoirs de sanction par l'auto-saisine, tout en les conciliant avec les garanties fondamentales offertes aux opérateurs poursuivis.

Mots clés :

Impartialité, procès équitable, auto-saisine, régulation économique, la poursuite.

مقدمة

بعد تخلي الجزائر عن النظام الاقتصادي الموجه، وتبني نظام اقتصاد السوق بسبب الأزمة الاقتصادية التي عرفتها في أواخر الثمانينات، تحوّل من خلالها دور الدولة من متدخلة إلى دولة ضابطة[1]، ولغرض التماشي مع هذا التوجه الليبرالي، قد عزمت الدولة التخلي عن الإدارة الكلاسيكية التي كانت تسير بها النشاط الاقتصادي، والتوجه نحو خلق هيئات جديدة معاصرة تتمثل في السلطات الإدارية المستقلة، التي تم نقلها عن التشريع الفرنسي مع كل الآليات الممنوحة لها لغرض ضبط النشاط الاقتصادي، ومن أجل ممارسة الدور المنوط إليها، فقد زودت من طرف المشرع الجزائري بعدة صلاحيات من بينها استشارية وأخرى رقابية لمراقبة عملية الدخول إلى السوق، كما خوّل لها صلاحية إصدار أنظمة تخص فقط القطاع الذي تضبطه، بالتالي إذا قام أحد الأعوان الاقتصاديين بخرق الأنظمة التي تصدرها هذه السلطات أو القواعد العامة المنظمة للنشاط للإقتصادي،

تتدخل هذه الأخيرة لردعها ذلك عن طريق صلاحيتها القمعية الممنوحة لها من طرف المشرع، ولمتابعة هؤلاء الأعوان الاقتصاديين، فقد رسم المشرع إجراءات قانونية تتبعها السلطات الإدارية المستقلة من أجل الوصول إلى الحقيقة، من بينها نجد الإخطار الذي يعتبر الإجراء الأولي لتحريك المتابعة، يتم الإخطار من طرف أشخاص مؤهلين قانونا للقيام بذلك مثل الأعوان الاقتصاديين، الجمعيات...الخ، كما خوّل المشرع للسلطات الإدارية المستقلة إمكانية إخطار نفسها تلقائيا، فهذه الوسيلة مستعملة أمام الجهات القضائية بصفة محدودة، فهو إجراء حديث الاستعمال، حيث أتى به المشرع وأدخله في مجال الضبط الاقتصادي، بالتالي فهو إجراء يميز من خلاله الجهات القضائية عن السلطات الإدارية المستقلة، حيث منح لهذه الأخيرة للزيادة من فعالية التحكم الفعلي في القطاعات التي تضبطها، إلا أنّه رغم ذلك يثير إشكالات تخص ضمان محاكمة عادلة للأعوان الاقتصاديين خاصة حياد السلطات الإدارية المستقلة، لكن في المقابل لا يمكن الاستغناء عن هذه الوسيلة لأهميتها في مجال الضبط الاقتصادي وذلك بالبحث عن الحل المناسب لهذا التعارض، وعليه نتساءل عن كيفية التوفيق بين فعالية الضبط الاقتصادي وحقوق الأعوان الاقتصاديين أمام وسيلة الإخطار التلقائي؟.

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية، التطرق إلى دراسة هذه الوسيلة الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة لتعزيز العمل المنوط لها (أولا)، والحقوق التي يمكن أن تمس جراء استعمال هذه الوسيلة (ثانيا).

أولا: الإخطار التلقائي: إجراء تختص به السلطات الإدارية المستقلة

يعتبر الإخطار التلقائي إجراء تتمكن من خلاله السلطات الإدارية المستقلة المخول لها قانونا مباشرة هذا النوع من الإجراء، متابعة المتعاملين الاقتصاديين عند مساسهم بالنظام العام الاقتصادي والقواعد المنظمة له، للنظر فيها من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى إخطار مسبق من أشخاص أو هيئات أخرى، بمناسبة ممارسة لاختصاصها القمعي لردع كل التجاوزات الصادرة عن الأعوان الاقتصاديين.

إنّ هذا النوع من الإجراء جديد أتى به المشرع الجزائري، حيث لم يكن يستعمل أمام الهيئات القضائية إلا بصفة استثنائية، باعتبارها الجهات التي يمكن استعمال هذا النوع من الإجراء(1).

لكن بعد أن أتى المشرع الجزائري بالهيئات الجديدة المتمثلة في السلطات الإدارية المستقلة، تم منحها هذه الوسيلة، نظراً لحاجاتها إليه للزيادة من فعالية ممارسة المهام المخولة لها (2).

1/- الإخطار التلقائي: إجراء استثنائي أمام الجهات القضائية

من المعروف أنّه لمباشرة دعوى قضائية أمام العدالة، يكون ذلك على عاتق أشخاص منصوص عليهم قانونا، والذين تتوفر فيهم شروط من بينها الصفة والمصلحة، حيث لم ينص القانون على إمكانية الجهات القضائية بالإخطار عن الجرائم أو الدفاع عن حقوق الدائنين مثلا من تلقاء نفسها، لما له من إمكانية المساس بحقوق الأفراد.

رجوعا إلى قانون الإجراءات الجزائية، نجد أنّ تحريك الدعوى العمومية تكون من اختصاص النيابة العامة، فهنا قد تم الفصل بين الجهات المكلفة بالمتابعة والجهات المكلفة بالتحقيق، كذلك بين الجهات التي تبت في القضية، بحيث المشرع لم يجمع بين هذه الإجراءات الثلاثة في يد جهة واحدة، لما ذكر سابقا أنه يمس بحقوق الأفراد وحرياتهم المبنية على أساس الحياد، خاصة أمام القضاء الجنائي.

إلا أنّ هناك استثناء على هذه القاعدة، أين نجد المشرع الجزائري قد خوّل لبعض من الهيئات القضائية صلاحية الإخطار عن القضايا من تلقاء نفسها، نجد في هذا الصدد القضاء التجاري والمنصوص عليه في مواد القانون التجاري، فيما يتعلق بافتتاح التسوية القضائية أو الإفلاس[2]، كذلك نجد مثل هذا الاستثناء أمام قضاء الأحداث، حيث يمكن للقاضي الإخطار تلقائيا عن جناية أو جنح ارتكبت ضد شخص قاصر[3].

بالعودة إلى التشريعات المقارنة خاصة الفرنسي منها، نجد كذلك قد خوّل للبعض من الجهات القضائية إمكانية الإخطار تلقائيا عن قضايا يتعلق الأمر بالتسوية القضائية فيما يخص القضاء التجاري، وحماية الأطفال فيما يخص قضاء الأحداث[4]، لكن هذا الاستثناء في إمكانية الجهات القضائية من إخطار نفسها بنفسها متوقف على توفر شرطين أساسيين، يتمثلان حسب المجلس الدستوري الفرنسي في تحقيق المنفعة العامة، وعدم المساس باستقلالية وحياد القضاء[5].

إذا من خلال ما سبق، رأينا أنّ الإخطار التلقائي إجراء لا تختص به الجهات القضائية إلا في حالات استثنائية، لذا نتساءل عن مصدر الإخطار التلقائي المخوّل من طرف المشرع الجزائري للسلطات الإدارية المستقلة؟.

إنّ إدراج المشرع الجزائري لهذا النوع من الإجراء أمام السلطات الإدارية المستقلة، جاء نقلا عن نظيره الفرنسي الذي كان السباق في تزويد هذه الوسيلة للعديد من السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، إذ لا يعدّ هذا نابعا من إرادة المشرع الجزائري، حيث جاء هذا بعد انسحاب الدولة من تسيير الشؤون الاقتصادية، التي بقي دورها في وضع قواعد قانونية لتنظيم الاقتصاد، ليتم إنشاء هيئات جديدة المتمثلة في السلطات الإدارية المستقلة، التي منح لها مجموعة من الصلاحيات من بينها الصلاحيات القمعية، ولممارسة

هذه الصلاحية، فقد زودها المشرع بعدة وسائل من بينها إمكانية إخطار نفسها بنفسها عن التجاوزات، التي يمكن أن يمارسها الأعوان الاقتصاديين لقمعها ووضع حد لها.

فقد خوّل المشرع الجزائري للبعض من السلطات الإدارية المستقلة إمكانية الإخطار التلقائي، نجد في هذا الصدد كل من: مجلس المنافسة وذلك في المادة 44 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة[6]، نجد أيضا لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة في المادة 54 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة[7]، ضف إلى ذلك اللجنة المصرفية المنصوص في المواد 105 و108 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد و القرض[8].

2/- الإخطار التلقائي: وسيلة تفعّل من مهام السلطات الإدارية المستقلة:

حتى يتسنى للسلطات الإدارية المستقلة تحقيق ممارسة الصلاحيات المخولة لها خاصة العقابية منها بكل فعالية، والوصول إلى التحكم والضبط المحكم للقطاع الذي تضبطه، لا يكون ذلك إلا بواسطة إخطار نفسها بنفسها حول التجاوزات التي يمكن للأعوان الاقتصاديين اقترافها أثناء ممارسة نشاطهم، حيث أنّ الإخطار التلقائي يتماشى مع السلطة القمعية المخولة للسلطات الإدارية المستقلة، التي تمارس بكل استقلالية مهام الرقابة والبوليس في القطاع الذي تضبطه[9]، ويلعب دورا كبيرا في مجال الضبط الاقتصادي، وحسب محكمة النقض الفرنسية، فإنّه إجراء تتمكن من خلاله هذه السلطات بالسهر على السير الحسن لآليات السوق[10].

تظهر أهمية الإخطار التلقائي، عندما تبادر الأشخاص المخولة لها قانونا إخطار السلطات الإدارية المستقلة حول تجاوز ما صدر من طرف أحد الأعوان الاقتصاديين، ثم يتم التخلي عنه من قبل المخطر، حتى لا يفلت المرتكب للمخالفة من العقاب، تتدخل السلطات الإدارية المستقلة لمتابعة القضية من تلقاء نفسها، خصوصا إذا كانت المخالفة المرتكبة تمس بالنظام العام الاقتصادي، إذ تدخل السلطات الإدارية المستقلة من تلقاء نفسها يسمح لها بالحفاظ على النظام الاقتصادي.

يعدّ كذلك الإخطار التلقائي وسيلة أساسية، يسمح من خلاله للسلطات الإدارية المستقلة رقابة متواصلة[11] على القطاعات التي تضبطها، عندما لا تتلقى أي إخطار من طرف الأشخاص التي لها صلاحية القيام بذلك، عليه تتدخل هذه الأخيرة لمنع أي عون اقتصادي تسول نفسه بأن يقدم على ارتكاب أي فعل يخل بالنظام العام الاقتصادي، خصوصا إذا علم أنّ السلطات الإدارية المستقلة يمكن لها متابعته من تلقاء نفسها.

في المجال الاقتصادي، نجد في بعض الأحيان الضحايا قد تكون ضعيفة وهو مجال يسهل فيه إحتواء هؤلاء، حيث لا تملك القدرة على تحريك السلطة المكلفة بحمايتهم[12]، ولا تملك القوة اللازمة في مواجهة المعتدين على النظام الاقتصادي، ويرجع ذلك لسبب

القدرات الضعيفة التي تملكها إما من الناحية المادية، فقد تكون مثلا غير قادرة بالقيام بجمع الترتيبات كالأدلة لتعزيز الإخطار الذي تقدمه للسلطات الإدارية المستقلة، أو من الناحية المعنوية بسبب التخوف من ردة فعل العون الاقتصادي الذي تريد الإخطار عنه، ويرجع هذا إلى القوة والنفوذ الذي يمتلكه بعض الأعوان الاقتصاديين، وحتى لا يفلت هؤلاء من العقاب للأسباب المذكورة، فقد تستعمل السلطات الإدارية المستقلة وسيلة الإخطار التلقائي المخولة لها قانونا، لتتدخل لردعهم للحفاظ على النظام الاقتصادي، لذا فإنّ الإخطار التلقائي وسيلة فعّالة في مجال الضبط الاقتصادي.

عندما يتم إخطار السلطات الإدارية المستقلة حول تجاوز صدر من طرف الأعوان الاقتصاديين، فإنّه يتم وفقا لإجراءات وشروط يستوجب إتباعها لصحة هذا الإخطار وذلك من شروط شكلية وأخرى موضوعية، وإذا لم يستوف هذا الإخطار على إحدى هذه الشروط أو لم يتوفر على عناصر إثبات قاطعة[13]، ففي هذه الحالة يُرفض هذا الإخطار، مما يؤدي إلى إفلات العون الاقتصادي من العقاب، لكن باستعمال وسيلة الإخطار التلقائي التي تملكها السلطات الإدارية المستقلة، يمكن التدخل لسد هذه الفراغات وردع كل التجاوزات الصادرة عن الأعوان الاقتصاديين.

ثانيا: الإخطار التلقائي إجراء فعال: لا يضمن محاكمة عادلة

إنّ الإخطار التلقائي المخول للسلطات الإدارية المستقلة، يثير إشكالا رغم فعاليته في الحفاظ على النظام العام الاقتصادي وعدم الإفلات من العقاب لكل عون اقتصادي صدر عنه سلوك يمس بالقواعد المؤطرة للقطاع، الذي تضبطه هذه السلطات، فالإخطار التلقائي يتكون من شطرين: الأول يتمثل في الشروع في إجراء، الثاني يتمثل في تبليغ المآخذ إلى الأطراف المعنية[14]، ففي هذه النقطة يعرف الإخطار التلقائي إشكالا، فهو يمس بحقوق الأعوان الاقتصاديين، بالتالي لا يرقى إلى ضمان محاكمة عادلة لهم أمام هذه السلطات، خصوصا أنّ هذه الأخيرة تمارس سلطات خطيرة، منها السلطة القمعية التي من خلالها يمكن اعتبارها بمثابة أجهزة قضائية، إلا أنّ الإخطار التلقائي إجراء غير معمول به أمام الجهات القضائية سواء القضاء الإداري منه أو القضاء الجنائي وحتى القضاء المدني، لكن لا يمكن ممارسته إلا بصفة استثنائية كما ذكر آنفا، حيث من خلاله يمكن التمييز بين الجهات القضائية والسلطات الإدارية المستقلة.

عليه فإنّ الإخطار التلقائي يمس بحياد السلطات الإدارية المستقلة**(1)**.

للزيادة من فعالية الإخطار التلقائي، ولكي يضمن حياد السلطات الإدارية المستقلة، والمواصلة في استعمال هذه الوسيلة التي تميزها عن الجهات القضائية، والتي تلعب دورا كبيرا في مجال الضبط الاقتصادي، يجب إعادة ترسيم طريقة استعمال هذا الإجراء، وذلك

بمنع اختلاط المهام بين الهيئات المكلفة بالإخطار، وتلك المكلفة بعملية التحقيق والحكم داخل السلطات الإدارية المستقلة المنوحة لها صلاحية الإخطار التلقائي (2).

1/- المساس بحياد السلطات الإدارية المستقلة:

للأعوان الاقتصاديين المتابعين أمام السلطات الإدارية المستقلة، بسبب ارتكابهم لسلوكيات تمس القواعد المؤطرة للاقتصاد وإمكانية تسليط عقوبات عليهم، لهم الحق في ضمان حياد هذه السلطات الذي يعتبر من المبادئ الأساسية لضمان محاكمة عادلة، حيث أنّ لكل عون اقتصادي متابع أمام السلطات الإدارية المستقلة الحق بأن ينظر في قضيته من طرف هيئة محايدة، فالحياد يعتبر من المبادئ الدستورية، حيث نجد أنّ المؤسس الدستوري الجزائري كرسه في المادة 25 من هذا الدستور[15]، كما كرسته العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية والإقليمية، نجد من بينها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وذلك في المادة السادسة الفقرة الأولى منها[16].

فالحياد يمكن أن يكون شخصيا، كما يمكن أن يكون موضوعيا، فبالنسبة للأول فهو يخص الشخص الذي يفصل في النزاع، حيث يمنع عليه أن تكون له مصلحة فيه، أما بالنسبة للثاني فيخص تنظيم الهيئة التي تنظر في النزاع[17]، فما يخصنا نحن في هذه الدراسة، هو حياد السلطات الإدارية المستقلة من الناحية الموضوعية لأنّ الإخطار التلقائي يمس هذا الجانب.

عند متابعة السلطات الإدارية المستقلة لأحد الأعوان الاقتصاديين بمبادرة منها، في هذه الحالة تكون هذه الأخيرة طرفا في النزاع، أي خصما وبعد ذلك الهيئة نفسها التي قررت المتابعة تكون في النهاية هي المصدرة للقرار النهائي أي تكون حكما، إذا فالسلطات الإدارية المستقلة الممنوحة لها صلاحية الإخطار التلقائي تظهر في مظهر الخصم والحكم في الوقت نفسه، بسبب الجمع بين وظيفتي المتابعة والحكم في يد هيئة واحدة، هذا ما يجعل الإخطار التلقائي يمس بحياد السلطات الإدارية المستقلة، وفي هذا الشأن سبق للمجلس الدستوري الفرنسي في أحد قراراته اعتبار أنّ الأحكام المتعلقة بتنظيم سلطة ضبط الاتصالات الإلكترونية والبريد (ARCEP)، لا تضمن الفصل بين مهام المتابعة والتحقيق من جهة ومهمة الفصل في النزاع من جهة أخرى، وهذا ما يمس بالاستقلالية وحياد السلطات الإدارية المستقلة بالتالي هي غير مطابقة مع الدستور[18]، وهذا ما ذهب إليه كذلك هذا المجلس في قرار آخر، حيث أقر بأنّ الإخطار التلقائي إجراء يمس باستقلالية وحياد القضاء[19]، إذ يعتبر الحياد من بين الحقوق الأساسية لضمان محاكمة عادلة أمام كل جهة تمارس صلاحيات قضائية.

يؤدي كذلك إخطار السلطات الإدارية المستقلة نفسها بنفسها إلى خلق أحكام مسبقة حول القضية، أي تكوين فكرة قبلية حولها قبل بدء الفصل فيها، إلا أنّ تكوين فكرة مسبقة يقصد منه أنّ السلطة الإدارية المستقلة قد وجدت عناصر لاستعمالها[20] للفصل في القضية، ففي هذه الحالة فإنّ العون الاقتصادي المتابع أمامها حين يتم تبليغه بالمآخذ، يرى أنّ نفس الجهة التي قامت بالمتابعة ثم بعدها قامت بعملية التحقيق، وفي الأخير هي المصدرة للقرار النهائي في حقه، ويستنتج في هذه الحالة أنّ مصيره حسم من الوهلة الأولى، لأنّ الهيئة التي قررت المتابعة وجدت شيئا لتحكم فيه[21]، مما يعني أنّ هذه السلطة لم تضمن حيادها من الجهة العضوية.

الجمع بين مهام المتابعة، التحقيق والحكم يؤدي كذلك إلى عدم إعطاء نظرة جديدة حول القضية، فمن المفترض أنّ القاضي عندما تعرض عليه قضية ما يكون غير ملم بكل جوانبها إلا ما يقدم له من مستندات ودلائل الإثبات، هذا مخالف تماما لعمل السلطات الإدارية المستقلة، فإنّ الهيئة المكلفة بالفصل في القضية بعدما سبق لها المتابعة، وعلى هذا الأساس سوف تتمسك فقط بالوقائع التي أعدتها في المرحلة الأولى حتى ولو تظهر وقائع جديدة، فبالنسبة لها هذه الوقائع يمكن أن تعتبرها غير مجدية ولا يتم الاستعانة بها، لأنّها قد سبق وأن كونت فكرة قبلية حول القضية، هذا ما يجعل من الإخطار التلقائي إجراء خطيرا رغم فعاليته في مجال الضبط الاقتصادي.

2/- الحل يأتي: بتقسيم الهيئة المكلفة بالإخطار عن باقي الهيئات المكلفة بالتحقيق والحكم

سبق لمجلس الدولة الفرنسي في إحدى القضايا المعروضة أمامه، أن حكم بأنّ إمكانية السلطات الإدارية المستقلة بإخطار نفسها بنفسها في القضايا التي تدخل في اختصاصها، لا يشكّل في حد ذاته مساسا بالمحاكمة العادلة، لكن على الهيئة المخطرة في اعتمادها على الوقائع التي قررت من خلالها الإخطار أن لا تجعل من القضية على أنّها حسمت من قبل[22]، منه يمكن القول بأنّ مجلس الدولة الفرنسي قد أنقذ هذا الإجراء الفعال المخول للسلطات الإدارية المستقلة[23].

لمنع الجمع بين صفتي الخصم والحكم، وخلق أحكام مسبقة حول القضايا المعروضة أمام السلطات الإدارية المستقلة المخول لها إمكانية إخطار نفسها بنفسها، يجب الفصل بين الجهة المكلفة بالمتابعة والتحري من جهة والجهة المكلفة بالحكم من جهة أخرى، حيث أنّ وجوبية الفصل بين هذه الوظائف لا تخص فقط الجهات القضائية، بل تطبق على كل هيئات مستقلة مخول لها السلطة القمعية[24]، فنجد مثلا أمام القضاء الجنائي قد تم الفصل في جهة المتابعة التي تتولاها النيابة العامة والتحقيق التي يتولاها قاضي التحقيق،

أخيرا الجهة المكلفة بالحكم التي تكون من اختصاص قاضي الحكم، حيث بهذا يتم تحقيق مبدأ الحياد.

أما فيما يخص السلطات الإدارية المستقلة، فقد بدأ الأخذ بالتقسيم المعتمد عليه أمام القضاء الجنائي، حيث تم إنشاء على كل مستوى سلطة إدارية مستقلة هيئات منفصلة عن بعضها البعض، وكل هيئة مكلفة بالقيام بمهام محددة على طول أطوار القضية، فقد تم إنشاء الهيئة المكلفة بالإخطار أو المتابعة منفصلة عن الهيئة المكلفة بالتحقيق والتحري، واللتين بدورهما منفصلتان عن الهيئة المكلفة للفصل في القضية وإصدار القرار النهائي، فهذا التقسيم عبارة عن تقسيم عضوي فيعتمد هذا الأخير على عدم الجمع بين الوظائف الثلاثة أي المتابعة، التحقيق والحكم، كما يكرس تنافي العضوية حيث يمنع على أن يكون في نفس الوقت أحد أعضاء الهيئة المكلفة بالمتابعة عضو في الهيئة المكلفة بالفصل في النزاع، أو أن يكون عضو في الهيئة المكلفة بالتحقيق.

بالعودة إلى التشريعات المقارنة، نجد أنّ المشرع الفرنسي قد أخذ بهذا التقسيم، حيث أسس على مستوى سلطة الأسواق المالية (AMF) لجنة مختصة بالفصل في النزاعات منفصلة عن التشكيلة الجماعية لهذه السلطة ونفس الأسلوب الذي تم إتباعه أمام سلطة الرقابة الاحترازية[25] (ACP).

أما في التشريع الجزائري فقد تم الاعتماد على هذا الحل فيما يخص لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، حيث أنشأ المشرع بموجب المادة 51 من القانون المتعلق ببورصة القيم المنقولة غرفة ضمن اللجنة تقوم بالمهام التحكيمية والتأديبية، تتكون زيادة على رئيس اللجنة من عضوين آخرين منتخبين من بين أعضاء اللجنة وقاضيين يعينهما وزير العدل، لكن الملاحظ في تشكيلة هذه الغرفة، أنّ المشرع الجزائري لم يحقق الهدف من خلق هذه الغرفة المنفصلة عن التشكيلة الجماعية للجنة، فهي تضم ثلاثة أعضاء من هذه الأخيرة وهم الرئيس وعضوين آخرين من التشكيلة الجماعية، إذ في هذه الحالة عندما تقرر اللجنة إخطار نفسها بنفسها، فالرئيس والعضوان الآخران يكونون طرفا في ذلك الإخطار وأطرافا عند إصدار القرار النهائي، بالتالي الفصل بين جهات المتابعة والحكم لم يتحقق بالنسبة لهذه اللجنة، فعلى المشرع الجزائري إعادة النظر في هذه النقطة، لأنّ ذلك يمس بحيادها ولا يحقق محاكمة عادلة للأطراف المتابعة أمامها، كأن يقرر حالة تنافي العضوية بين التشكيلة الجماعية للجنة والغرفة التأديبية والتحكيمية.

كذلك هناك نوع آخر من التقسيم أخذ به المشرع الفرنسي فيما يتعلق بسلطة المنافسة، فهو تقسيم وظيفي بين الجهات المكلفة بالمتابعة والتحقيق والجهات المكلفة بالفصل في النزاع، حيث نجد أنّ المقرر هو الذي يقترح على السلطة بإخطار نفسها بنفسها

في حالة وجود تجميع يمس بالمنافسة الحرة، لكن في هذه الحالة المقرر الذي اقترح الإخطار التلقائي غير تابع وظيفيا لمجلس السلطة، فهو ليس معيّنا من طرف رئيس السلطة، بل يتم تعيينه من طرف الوزير المكلف بالاقتصاد، كما نجد أنّ المقرر لا يشارك في مداولات المجلس أثناء الاجتماع للفصل في القضية[26].

كما وجد حلا آخر نادت به الأستاذة Marie-Anne frison-roche، فبالنسبة إليها فإنّ الإخطار التلقائي جد مهم بالنسبة للسلطات الإدارية المستقلة لكن يشكّل معضلة بحيث يمس بمبدأ الحياد، ولمعالجة هذه المعضلة يجب وضع أمام كل سلطة إدارية مستقلة نيابة عامة يكون مهامها إخطار هذه الأخيرة وحسبها فإنّ هذه النيابة تحقق الحياد[27]، إذا كان هذا الحل يمكن أن يكون فعّالا في التشريع الفرنسي لكن نرى بأنّه في التشريع الجزائري لا يمكن أن يحقق فعالية، وهذا راجع لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي عن طريق مؤسساتها العامة، وبالتالي عند ارتكاب مخالفة تمس بالقواعد الاقتصادية فيمكن للنيابة التغاضي عن هذا كونه تابعة للدولة، كما أنّ الفساد في الجزائر أصبح القاعدة، فإذا كان أحد الأعوان الاقتصاديين الخواص هو المرتكب للمخالفة وله نفوذ كبير، فتسكت النيابة عن ذلك السلوك بتلقيها الرشاوي، وللإشارة فقط فإنّ هذا الحل لم يتم الاعتماد عليه بعد في التشريع الفرنسي.

تجدر الإشارة أيضا أنّ المشرع الجزائري فيما يخص مجلس المنافسة واللجنة المصرفية، لم يعتمد أي حل فهناك جمع صارخ بين الهيئات المكلفة بالإخطار أو المتابعة وتلك المكلفة بالحكم ولم يتم الفصل بينها، هذا من شأنه أن يمس بحقوق الأعوان الاقتصاديين المتابعين أمام هذه السلطات، لذا فعلى المشرع الجزائري إعادة النظر في هذه المسألة حتى تكرس حقوق الأعوان الاقتصاديين وتحقيق محاكمة عادلة لهم أمام هذه السلطات.

خاتمة

في الأخير يمكن القول أنّ الإخطار التلقائي المخول لبعض من السلطات الإدارية المستقلة يحمل إيجابيات كبيرة، فهو إجراء فعّال تحقق من خلاله السلطات الإدارية المستقلة تحكما في القطاع الذي تضبطه، لكن تبقى هذه الفعالية عندما يتم إعادة النظر في هذا الإجراء، وذلك عن طريق الفصل بين الهيئات المكلفة بالإخطار أو المتابعة عن الهيئات المكلفة بالتحقيق والحكم، ومن بين الحلول التي سبق ذكرها آنفا نرى أنّ التقسيم العضوي هو الحل المناسب، حيث بتشكيل هيئات مكلفة بالمتابعة منفصلة عن الهيئات المكلفة بالتحقيق والحكم، يضمن الفصل الفعلي لهذه المهام على طول إجراءات القضية المعروضة

أمام السلطات الإدارية المستقلة، بذلك يحقق حياد هذه الأخيرة بالتالي يحقق محاكمة عادلة للأشخاص المتابعة أمامها.

أما الملاحظ فيما يخص التشريع الجزائري، رغم أنّ النصوص القانونية التي تنظم السلطات الإدارية المستقلة فيها ثغرات، فيما يخص حقوق الأعوان الاقتصاديين أثناء ممارسة هذه السلطات للمهام العقابية عند استعمالها لوسيلة الإخطار التلقائي، إلا أنّه لا يوجد أي جهة تثير هذه القضية أو تحث على استبعادها على عكس التشريع الفرنسي، أين تم إثارة إشكالية الإخطار التلقائي سواء من طرف المجلس الدستوري أو من جانب الفقه، لعل يرجع سبب هذا السكوت في الجزائر إلى الوجود الخيالي لبعض من السلطات الإدارية المستقلة فهي مكرسة فقط على ورق، أو لعدم وجود منافسة فعلية في الأسواق المفتوحة للمبادرة الخاصة، لكن رغم فتح الباب للمبادرة الخاصة إلا أنّ هناك بعض القطاعات مازالت محتكرة من طرف الدولة، بالتالي لا توجد ممارسة من طرف السلطات الإدارية المستقلة للنصوص القانونية المنظمة لها، حيث يؤدي إلى عدم اكتشاف هذه الثغرات، فبالممارسة تظهر هذه الثغرات.

الهوامش:

(1) انظر في ذلك:

-Zouaimia Rachid, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, Edition Houma, Alger, 2005, p. 06.

(2) المواد 216 و 219 من الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975 (معدل ومتمم).

(3) المادة 493 من الأمر رقم 66-155، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 49، صادر في 11 جوان 1966 (معدل ومتمم).

(4) Guyomar Mattias, Collin Pierre, « Validité du pouvoir de saisine d'office de la Commission bancaire au regard de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2000, p. 1001.

(5) Conseil constitutionnel français, Décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012, www. Conseil-constitutionnel.fr.

(6) أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادر في 20 جويلية لسنة 2003، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان سنة 2008، ج ر عدد 36، صادر في 02 سبتمبر 2008، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت سنة 2010، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.

(7) مرسوم تشريعي رقم 93-10، مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 34، صادر في 23 ماي 1993، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 96-10، ج ر عدد 03، صادر في 1996، والقانون رقم 03-04، ج ر عدد 11، صادر في 19 فيفري 2003.

(8) أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد و القرض، ج ر عدد 56، صادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 09-01، مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44 صادر في 26 جويلية 2009، وبالأمر رقم10-04، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50 صادر في 01 سبتمبر 2010.

(9) Lamy Francis, cité par : Guyomar Mattias, Collin Pierre, op. cit, p. 1003.

(10) Ca paris 27 mai, entreprises de déménagement, BOCCFR, 11 juillet 2003, www. Legfrance.fr

(11) Gelard Patrice, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, T.II*, Annexes, Sénat, Paris, 2006, www. Assembleenationale.fr, p. 99.

(12) Frison-Roche Marie-Anne, « QPC, Autorités de concurrence, autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA*, n° 194, 29 septembre 2011, p. 29.

(13) بن عبد الله صبرينة، متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة من طرف مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 15.

(14) Guyomar Mattias, Collin Pierre, op. cit, p. 1003.

(15) تنص المادة 25 من الدستور الجزائري على ما يلي: "عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون".

(16) تنص المادة 1/6 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على ما يلي:

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle… ».

(17) Zouaimia Rachid, «Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes », *RARJ*, n° 01, 2013, p.p. 6, 11.

(18) Conseil constitutionnel français, Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 20103, www.Conseil-constitutionnel.fr.

(19) Conseil constitutionnel français, Décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012, op. cit

(20) Frison-Roche Marie-Anne, « QPC, Autorités de concurrence, autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », op. cit, p.30.

(21) Frison-Roche Marie-Anne, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », D. n° 01, 2013, p. 30.

(22) Conseil D'Etat, 20 octobre, 2000, n° 180122, Sté Habib Banque Limited, www.conseil-etat.fr.

(23) Le Club des juristes, « Des principes communs pour les autorités administratives dotées d'attribution répressives », 2012, www.leclubdesjuristes. Com, p. 29.

(24) Zouaimia Rachid, *Les autorités administratives indépendantes, face aux exigences de la gouvernance*, Edition Belkeise, Alger, 3013, p.211.

(25) cité par :

- Fages Fabrice, « L'ARCEP doit séparer ses fonctions de poursuite et de jugement », Entretien, *LPA*, n^{OS} 158-159, 8-9 Aout 2013, p. 04.

(26) Chronique droit financier et Boursier, « Autorité de la concurrence – Pouvoir de sanction – Principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité – Séparation du pouvoir de poursuite et d'instruction de celui de sanction – Conformité », *Banque et Droit*, n° 146 novembre 2012, p. 32.

(27) Frison-Roche Marie-Anne, « QPC, Autorités de concurrence et de régulation économique : implications institutionnelles, in question prioritaire de constitutionnalité et droit des affaires », prise de parole, université de Maine, 25 novembre 2010, www. mafr.fr, p. 03.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Revue Académique de la Recherche Juridique

RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/Huitième Année/Numéro spécial 2017

ISSN : 2170 - 0087
Dépôt légal n° 57-2010

Revue Académique de la Recherche Juridique

Revue Semestrielle éditée par la Faculté Droit de et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira de Bejaia

Directeur de la Publication

Pr. AIT MANSOUR Kamal, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira, Bejaia.

Rédacteur en Chef

Dr. BERRI Noureddine, Maitre de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira, Bejaia.

Secrétariat Technique

- Mr. AOUF Saadi.
- Mr. ASSIAKH Samir.
- Mr. BENMOUHOUB Fawzi.

Révision linguistique

- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi (Anglais).
- Dr. TRIKI Farid (Arabe).
- Dr. BERRI Noureddine (Français).

Comité scientifique :

- Pr. ZOUAÏMIA Rachid, Université Abderrahmane Mira,Bejaia,
- Pr. MAACHOU Amar, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Alanbar, Irak,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Insititut d'Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. MOHAMED Hacen Elkacimi, Université des Emirats Arabes-Unies,
- Pr. MOHAMED Khallil Youcef Aboubaker, Université El-Zaytouna, Jordanie
- Pr. GILES Mathieu, Université Paule Sézame, Marseille III, France,
- Pr. LOÏC Cadiet, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. DELEBECQUE Philippe, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. BOUDRIOUA Abdelkrim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. AIT MANSOUR Kamal, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. KAIS Cherif , Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. IGALOULI Mohamed, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. IGALOULI née OULD RABAH Safia, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. ELMAKNOUZI Mohamed Ehadi, Université Mohamed V, Rabat, Maroc,
- Pr. FALI Allal, l'Université Mohamed V, Rabat, Maroc,
- Pr. BAZI Mohamed, université Cadi Ayyad de Marrakech, Maroc,
- Dr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Dr. KHELFI Abderrahmane, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. IGROUFA Zoubida, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. DAHMANI Abdeslam, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. KEBAÏLI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabi Saoudite,
- Dr. AMAL FADAL Mohamed Abdullah, Universite Kabous , Oman,
- Dr. MAIFI Laziz, , Université Abderrahmane Mira- Bejaia.

Université Abderrahmane Mira-Bejaia
FACULE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
Revue Académique de la Recherche Juridique

Protocole de rédaction

Les articles adressés à la rédaction de la revue peuvent être rédigées soit en arabe, en français, ou en anglais, accompagnés d'un résumé, les mots clés et du titre en trois langues. Ils sont soumis à l'appréciation du comité de rédaction pour une sélection technique préalable, puis à l'expertise d'au moins deux experts, membres du comité scientifique qui se prononcent sur leur publication.

Les contributions, doivent respecter les normes suivantes :

Indications relatives à l'auteur

Nom et Prénom (en arabes et en français) de l'auteur suivis du titre universitaire ou professionnel qu'il souhaite utiliser. Les auteurs doivent joindre à leur contribution un *Curriculum Vitae* avec le cachet de leur établissement ou, le cas échéant, une attestation de travail ou certificat de scolarité pour les étudiants.

Notes de bas de pages

Les notes seront numérotées d'une manière continue à la fin de l'article sans utiliser l'Insertion Automatique.

Références

Les auteurs indiqueront :

- Ouvrages : Auteur, Titre, Editeur, Lieu d'édition, Année d'édition, pages.
- Articles : Auteur, Titre, Revue, Volume, Numéro, Année, Pages.
- Communication : Auteur, Titre, Nature de la rencontre scientifique, Lieu, Période, Pages.

Présentation

Les articles soumis à la Revue ne doivent pas dépasser 20 pages.

- Pour les articles rédigés en langue arabe, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police **Sakkal Majalla**, taille 20 pour les développements et 16 pour les notes, Interligne 01 cm.

- Pour les articles rédigés en français, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police Times New Roman, taille 14 pour les développements et 12 pour les notes.

Les articles doivent être remis ou transmis en 2 exemplaires, format papier accompagnés d'un CD, à l'adresse suivante :

Faculté de droit et des sciences politiques, Université Abderrahmane-Mira, Bejaia
Campus Aboudaou. Tel/Fax : 034229357.

Courriel : revue.academique@yahoo.fr
Site Internet: http://droit-bejaia-revue-academique.net

Les opinions émises dans les articles publiés par la Revue n'engagent que leurs auteurs.

But de la revue

La revue académique de recherche juridique, revue semestrielle spécialisée dans le domaine juridique, est créée en vertu du PV du Conseil scientifique de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université Abderrahmane Mira- Béjaia (n° 07/CSF/FD/08 de l'année 2008).

La revue dispose d'un comité de rédaction composé du directeur de la publication, rédacteur en chef, d'un comité scientifique et d'un comité de lecture regroupant un certain nombre de Professeurs algériens et étrangers spécialistes des études juridiques.

La publication d'articles est soumise à un certain nombre de conditions fixées selon les critères nationaux et internationaux admis dans les travaux scientifiques et académiques.

Les articles adressés à la rédaction de la Revue font l'objet d'une expertise du comité scientifique (2 experts) et, éventuellement d'une contre-expertise.

La revue a pour objectif d'éclairer le lecteur sur l'actualité juridique nationale et internationale, de développer la culture juridique et de contribuer à la richesse de la bibliothèque nationale en matière d'études juridiques.

En outre, la possibilité offerte aux chercheurs de publier en trois langues différentes permet de diffuser la culture juridique à grande échelle.

Elle a pour objectif de venir en aide aux enseignants chercheurs désireux de bénéficier d'une promotion aux grades supérieurs dans leur carrière, de les habiliter au rang magistral ou de leur permettre de soutenir leurs Thèses de Doctorat.

Mot du rédacteur en chef

C’est avec plaisir et enthousiasme que je vous présente ce numéro « Spécial » de la Revue académique de la recherche juridique. Un numéro spécial imposé à la rédaction à cause du processus de numérisation des revues nationales à compter du 2e numéro 2017.

Au cours des prochains numéros « *version numérique* », la Revue se développera davantage et fournira encore des travaux universitaires de qualité et mondialement reconnus.

Ce numéro comporte une quarantaine d’articles sur plusieurs thématiques : droit administratif, droit des pratiques internationales, droit de la régulation et concurrence, droit bancaire, investissements et arbitrage, droit international et humanitaire, droit civil, droit de l’environnement…

Enfin, nous informons les auteurs et les lecteurs qu’à partir du prochain numéro (2, 2017), la Revue se numérisera et sera consultable et téléchargeable sur le site Internet suivant : www.asjp.cerist.dz/

Le rédacteur en chef
Dr. N. BERRI

Sommaire

SAM Lyes
Brefs propos sur le devoir de réserve des agents publics en droit algérien…… 07

OUSIDHOUM Youcef
Contribution autour de la notion de rationalisation en droit public français.....20

MESSAD Rafik
De l'effectivité du traitement préférentiel en faveur des pays en développement dans le système de règlement des différends de l'OMC 29

Brefs propos sur le devoir de réserve des agents Publics en droit algérien *

Dr. SAM Lyes,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou, 15000 Tizi Ouzou, Algérie.

د. صام الياس،
قسم الحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

Résumé:

Cette étude examine quelques aspects du devoir de réserve en droit algérien. On s'est intéressé plus exactement à la problématique de conciliation entre le devoir du fonctionnaire de ne pas divulguer publiquement ses positions sur des questions relatives à ses fonctions et son droit fondamental à la liberté d'expression.

Mots clés:

Devoir de réserve, agents publics, liberté d'expression.

Brief Remarks on the Duty of Reserve of Public Officials Under Algerian Law

Abstract:

This study examines some aspects of the duty of reservation in Algerian law. More precisely, attention has been paid to the problem of reconciling the duty of the official not to disclose his positions on questions relating to his duties and his fundamental right to freedom of expression.

Keyword:

Duty of reserve, public officials, freedom of expression

بعض الملاحظات حول واجب تحفظ الموظفين العموميين في القانون الجزائري

الملخص:

يتناول هذا المقال دراسة بعض جوانب واجب التحفظ في القانون الجزائري، وذلك بتسليط الضوء خصوصا على إشكالية التوفيق بين التزام الموظف العمومي بعدم الإدلاء بمواقفه علنية بخصوص مسائل مرتبطة بوظائفه وحقه الأساسي في حرية التعبير عن آراءه.

الكلمات المفتاحية:

واجب التحفظ، الموظفين العموميين، حرية التعبير.

* Article reçu le 25 /12/2016, expertisé le 15/10/2017, rendu publiable le10/12/2017.

Introduction

La notion de « devoir de réserve » fait sans aucun doute partie de ces nombreuses notions juridiques bien que d'usage fréquent mais de sens imprécis[1]. La notion de devoir de réserve est une construction purement jurisprudentielle du juge administratif français[2]. Elle désigne les restrictions de liberté d'expression publique auxquelles sont assujettis les agents publics concernant toute question relative à l'activité dont ils ont la charge (obligation de réserve objective). Elle renvoi également à l'obligation de l'agent public d'observer une conduite respectable et de s'abstenir de toute attitude incompatible avec la dignité de la fonction publique et l'importance de ses fonctions, aussi bien durant le service qu'en dehors de celui-ci (obligation de réserve subjective)[3]. Bien qu'interdépendants, ces deux volets du devoir de réserve visent généralement des objectifs distincts, à savoir la garantie de l'impartialité et la neutralité de l'institution publique pour le premier et la sauvegarde de son image notamment auprès de ses usagers pour le second[4].

Par ailleurs, une distinction doit être faite entre le devoir de réserve et l'obligation du secret professionnel selon laquelle un agent public ne doit pas, en dehors des nécessités de service, diffuser ni laisser connaître les faits, informations et documents qu'il connaît ou détient dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de celles-ci[5]. Cette obligation protège non seulement l'Etat dans ses intérêts vitaux mais également les secrets des particuliers[6]. La violation du secret professionnel engage simultanément la responsabilité pénale et disciplinaire du fonctionnaire fautif[7]. Le secret professionnel en matière médicale ou judiciaire en est ici peut être l'exemple le plus répandu[8]. Cela étant, la doctrine distingue également l'obligation de secret professionnel de l'obligation de discrétion professionnelle qui consiste en l'obligation de l'agent public de ne pas divulguer aux autres fonctionnaires ainsi qu'au public des faits, informations et documents ayant une relation avec les missions de son institution de rattachement[9]. Le devoir de réserve s'impose à tout agent public, a déclaré le Conseil d'Etat français dans un arrêt du 28 juillet 1993[10]. Nous allons ainsi vérifier cette affirmation dans le cadre du droit commun de la fonction publique (I), ainsi que dans le cadre de certaines fonctions publiques régies par des régimes juridiques particuliers (II).

I- Le devoir de réserve dans le droit commun de la fonction publique.

L'ordonnance n°06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique ne fait référence à l'obligation de réserve du fonctionnaire que d'une manière incidente sous le Chapitre 1er intitulé : « Garanties et droits du fonctionnaire ». En effet, en vertu de l'article 26 : « La liberté d'opinion est garantie au fonctionnaire *dans la limite de l'obligation de réserve qui lui incombe* »[11]. Toutefois, l'obligation de réserve s'applique plus souplement aux agents publics exerçants des activités syndicales car, rappelons-nous une jurisprudence relativement ancienne du Conseil d'Etat français, *un mandat syndical justifie des critiques plus vives*[12]. Dans cet esprit, conformément à l'article 53, alinéa premier de la loi n°90-14 du 2 juin 1990 relative aux conditions d'exercice du droit syndicale : « Aucun délégué syndical ne peut faire l'objet, de la part de son employeur, d'un licenciement, d'une mutation

ou d'une sanction disciplinaire, de quelque nature que ce soit, du fait de ses activités syndicales »[13].

C'est le lieu de rappeler que l'ordonnance n°66-133 du 2 juin 1966 portant statut général de la fonction publique a évoqué expressément l'obligation de réserve non pas dans son aspect liée à la restriction de la liberté d'expression mais uniquement dans son aspect comportemental. Ainsi, l'article 20, alinéa 2 dispose que : « Il est tenu à une obligation de réserve et doit notamment s'abstenir de tout acte, même en dehors du service, incompatible avec la dignité de la fonction publique ou l'importance des responsabilités qui lui sont confiées »[14]. Dans un sens similaire, l'article 22 du décret n° 85-59 du 23 mars 1985 portant statut type des travailleurs des institutions et administrations publiques dispose que : « Les travailleurs doivent s'abstenir de tous actes, même en dehors du service, incompatibles avec la dignité attachée à leurs fonctions »[15].

Dans le contexte de la crise politique et sécuritaire qu'a connue l'Algérie en début des années 1990, les pouvoirs publics ont donné au devoir de réserve un sens circonstanciel si proche du devoir de neutralité auquel sont astreints les agents publics. En effet, outre le devoir de réserve quant aux questions relatives aux responsabilités du fonctionnaire, l'article 4 du décret exécutif n°93-54 du 16 février 1993 déterminant certaines obligations particulières applicables aux fonctionnaires et agents publics ainsi qu'aux travailleurs des entreprises publiques dispose : « Les personnels visés à l'article 1er ci-dessus sont tenus à l'obligation de réserve à l'égard des controverses politiques ou idéologiques »[16]. De même, l'article 5 dispose : « L'obligation de réserve entraine pour les personnels visés à l'article 1er ci-dessus, même en dehors du service, l'interdiction de tout acte, comportement et commentaire réputés incompatibles avec leurs fonctions, conformément au règlement intérieur. A ce titre, est proscrit tout acte, attitude, propos ou discours visant sciemment à : - nuire à l'Etat et à ses institutions, - compromettre l'action des pouvoirs publics, - favoriser ou contrecarrer indûment l'action de toute association ou formation régulièrement déclarés »[17]. Ces dispositions constituent à notre sens des mesures préventives visant à assurer la stricte neutralité politique des agents publics en leur interdisant de manifester publiquement leurs positions vis-à-vis des débats politiques ou idéologiques dans une période marquée par une grave crise politique.

II- Le devoir de réserve dans certaines fonctions régies par des dispositions particulières.

Le devoir de réserve englobe des attitudes très variées, qu'il est difficile de synthétiser[18]. Il en découle nécessairement que l'appréciation de son intensité variera assez souvent selon deux facteurs ; le rang occupé par l'agent public dans la hiérarchie (1) et la nature des fonctions qui lui sont confiées (2)[19].

1) L'étendue du devoir de réserve suivant le rang occupé par les agents publics.

Les fonctionnaires supérieurs de l'Etat constituent une catégorie limitée d'agents publics qui participent directement, soit à l'élaboration, soit à l'exécution des politiques gouvernementales[20]. Compte tenu du rang élevé qu'ils occupent dans l'appareil étatique, des obligations et droits dérogatoires au droit commun de la

fonction publique leurs sont applicables. C'est dans cet esprit qu'intervient le décret exécutif n° 90-226 du 25 juillet 1990 fixant les droits et obligations des travailleurs exerçant des fonctions supérieures de l'État.

D'une manière générale, le devoir de réserve s'impose aux hauts fonctionnaires de l'Etat avec une rigueur particulière et rejoint quelque part un devoir de loyalisme envers le gouvernement[21]. Pourtant en droit algérien, le devoir de réserve des fonctionnaires supérieurs de l'Etat a été consacré seulement dans son volet comportemental. En effet, en application de l'article 13 du décret exécutif n° 90-226 précité : « Le travailleurs exerçant une fonction supérieure est tenu, même en dehors de l'exercice de ses fonctions, d'avoir un comportement en rapport avec l'importance de celles-ci. Il doit s'interdire toute attitude susceptible d'entacher la dignité de la mission qui lui est confiée »[22].

Dans tous les cas, l'obligation de réserve instituée par l'article 26 de l'ordonnance n°06-03 du 15 juillet 2006 précitée s'applique *ad minima* aux agents occupant des fonctions supérieures de l'Etat, puisque le droit de la fonction publique s'applique à tous les fonctionnaires exerçant au sein des institutions et administrations publiques[23]. Aussi, on sait que la nomination ainsi que la révocation dans ces postes, situés à la frontière de l'administratif et du politique[24], relèvent largement du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative qui prend en considération dans le premier cas comme dans le second, entre autres, les opinions de la personne appelée à exercer une fonction supérieure de l'Etat. Il en résulte que l'autorité investie du pouvoir de nomination peut librement mettre fin aux fonctions du titulaire d'une fonction supérieure de l'Etat et ce, pour avoir exprimé des opinions jugées incompatibles avec l'intérêt du service, mais sans être tenue à la motivation de la décision prononçant la cessation des fonctions ou encore de donner une quelconque qualification juridique à la violation de l'obligation de réserve éventuellement reprochée à l'intéressé. Autrement dit, le retrait de la fonction pour manquement à l'obligation de réserve ne relève pas dans ce cas de la procédure disciplinaire[25].

2) L'étendue du devoir de réserve suivant la nature des fonctions occupées par les agents publics.

Conformément aux dispositions de l'article 2, alinéa 3 de l'ordonnance 06-03, les magistrats, les personnels militaires et civils de la défense nationale et les personnels du Parlement ne sont pas soumis aux dispositions du statut général de la fonction publique (A). Aussi, compte tenu des spécificités inhérentes à certains corps d'agents publics, les statuts particuliers les régissant peuvent prévoir des dispositions dérogatoires au droit commun de la fonction publique notamment en matière de droits et obligations[26](B).

A) Catégories exclues du champ du droit commun de la fonction publique.

Dans la mesure où le droit de la fonction publique ne s'applique pas aux magistrats, aux personnels militaires et civils de la défense nationale et aux personnels des deux Assemblées parlementaires, nous vérifierons si ceux-ci se trouvent soumis à une obligation de réserve spécifique, sinon plus rigoureuse. Mais

avant, nous aborderons l'obligation de réserve des membres du Conseil constitutionnel qui tire sa substance cette fois-ci des dispositions de la Constitution.

a) Les membres du Conseil constitutionnel.

La lecture de l'article 183 *in fine* de la Constitution portant les termes du serment des membres du Conseil constitutionnel devant le Président de la République nous permet de dégager deux obligations distinctes que les membres du Conseil doivent observer dans l'exercice de leurs fonctions et à l'occasion de celles-ci. D'une part, « le secret professionnel », à travers l'obligation de préserver le secret des délibérations. D'autre part, « le devoir de réserve », à travers l'obligation de s'interdire de prendre une position publique sur toute question relevant de la compétence du Conseil constitutionnel.

Ces deux obligations sont reprises intégralement par l'article 76, alinéa premier du Règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel du 6 avril 2016[27]. Toutefois, le second alinéa du même article vient ajouter une autre obligation aux deux premières énoncées à l'alinéa premier et ce, en disposant que : « Ils sont également tenus à l'obligation de réserve ». Ceci laisserait comprendre que l'obligation de réserve aurait une signification bien plus large que l'obligation de s'abstenir de prendre publiquement des positions personnelles sur toute question portée devant le Conseil constitutionnel. Vraisemblablement, l'obligation de réserve devra comprendre également l'obligation des membres du Conseil constitutionnel de s'interdire tout comportement ou attitude susceptible d'entacher la dignité de la mission dont ils ont la charge.

b) Les magistrats.

Conformément à l'article 7 de la loi organique n° 04-11 du 6 septembre 2004 portant statut de la magistrature : « En toute circonstance, le magistrat est tenu à une obligation de réserve, de se préserver de toute suspicion et attitude portant préjudice à son impartialité et indépendance ». Ce principe est également consacré par l'article 166, alinéa 3 de la Constitution du 28 novembre 1996 en vertu duquel : « Le juge doit se prémunir de toute attitude susceptible de porter atteinte à son impartialité ». Le devoir de réserve réside ainsi dans l'abstention du magistrat de formuler publiquement des commentaires personnels sur des dossiers qui lui sont dévolus ou dont il a déjà rendu une décision juridictionnelle de quelque nature que ce soit ou encore de manifester publiquement ses convictions politiques, idéologiques, syndicales ou autres de manière à mettre en péril l'image d'impartialité et de neutralité qu'il se doit constamment de montrer et de sauvegarder auprès des justiciables[28].

En contrepartie des restrictions strictes de la liberté d'expression, le magistrat bénéficie de la protection effective et inconditionnelle de l'Etat contre toute expression critique, injurieuse, outrageuse ou diffamatoire dont il peut faire l'objet dans l'exercice de ses fonctions, à l'occasion ou en raison de l'exercice de ses fonctions[29]. Par contre, un magistrat qui enfreint l'obligation de réserve et de neutralité qui lui est imposée, en affichant publiquement par exemple ses orientations politiques, perd nécessairement la protection étatique contre toutes critiques ou

attaques dont il est destinataire. Ainsi, affirme la Cour européenne des droits de l'homme : « Face au militantisme politique actif d'un magistrat, une protection inconditionnelle de celui-ci contre les attaques de la presse ne se justifie guère par la nécessité de protéger la confiance des citoyens dont le pouvoir judiciaire a besoin pour prospérer, alors que c'est justement pareil militantisme politique qui est susceptible de nuire à cette confiance »[30].

c) Les personnels militaires.

La conciliation des exigences de la discipline militaire avec la reconnaissance, au profit de ces citoyens que demeurent les militaires, d'un exercice minimum des libertés publiques soulève souvent des problèmes délicats[31].

En vertu de l'article 24 de l'ordonnance n° 06-02 du 28 février 2006 portant statut général des personnels militaires : « Le militaire est tenu à l'obligation de réserve en tout lieu et en toute circonstance. Il doit s'interdire de tout acte ou comportement de nature à compromettre l'honneur ou la dignité de sa qualité ou à porter atteinte à l'autorité et à l'image de marque de l'institution militaire »[32]. On remarquera que l'obligation de réserve tend à se rapprocher intimement à l'obligation de moralité liée au l'état même du militaire qui exige, en toute circonstances, discipline et comportement exemplaire[33]. Concernant la liberté d'expression du militaire, l'exercice de celle-ci est restreint dans la mesure où le militaire en activité ne peut s'exprimer en public qu'après autorisation de son autorité hiérarchique. Dans ce sens, l'article 26 dispose que : « Le militaire ne peut s'exprimer en public, à travers les médias ou lors de conférences ou exposés, qu'après autorisation de son autorité hiérarchique ». A cet égard, quelques développements s'imposent.

D'abord, l'exigence d'autorisation préalable au militaire avant de prendre la parole en public s'étend sans précision aucune à toutes questions qu'elles soient politiques, militaires ou autres. Ensuite, cette exigence s'applique uniquement au militaire en fonction et l'absence de la formule « militaire en activité » dans les termes de l'article 26 en question semble constituer une simple omission du moment où l'autorisation en cause doit émaner de l'autorité hiérarchique du militaire, donc clairement du militaire en fonction. Enfin, conformément aux dispositions de l'article 28 : « Il est interdit au militaire tout comportement *ou propos* de nature à porter atteinte à l'unité nationale et à l'intégrité du territoire national, à nuire à l'ordre public ou à être en contradiction avec les engagements internationaux de l'Etat algérien »[34]. On pourrait légitimement avancer que cette interdiction n'est pas soumise à une limitation temporelle car, en bonne logique la limitation de la liberté d'expression imposée au militaire en activité ne peut être levée une fois qu'il est en retraite puisque la limitation en question vise à protéger des intérêts vitaux de l'Etat.

La récente loi n° 16-06 du 3 août 2016 complétant l'ordonnance n° 06-02 portant statut général des personnels militaires[35] s'inscrit peut-être dans cette logique. En effet, le troisième alinéa inséré au libellé de l'article 24 précité dispose : « Après cessation définitive d'activité, le militaire reste astreint au devoir de retenue et de réserve et tout manquement à ce devoir de nature à porter atteinte à l'honneur et au

respect dus aux institutions de l'Etat, peut faire l'objet : - de retrait de la médaille d'honneur ; - de plainte à l'initiative des autorités publiques, auprès des juridictions compétentes conformément aux dispositions légales en vigueur ; - de la rétrogradation dans le grade »[36]. Ici encore, quelques remarques méritent d'être formulées.

La première remarque a trait à la nature de l'obligation de réserve ici consacrée. Ainsi, il paraît que le devoir de réserve auquel est astreint un ancien militaire vise seulement à sauvegarder l'honneur et le respect dus aux institutions de l'Etat. Autrement dit, le militaire en retraite retrouve son entière liberté d'expression sous réserve du respect des institutions de l'Etat. En l'espèce, l'obligation de réserve semble s'éloigner quelque part de celle connue dans le droit de la fonction publique pour ainsi introduire la sphère du droit pénal. Poussé à l'extrême, ce raisonnement pourrait nous amener à la conclusion selon laquelle le troisième alinéa de l'article 24 en question serait superflu car, l'obligation de respect dû aux institutions de l'Etat et aux fonctionnaires qui les incarnent ne s'applique pas exclusivement aux militaires *es* qualité, mais à tout individu responsable pénalement[37].

La deuxième remarque est fortement liée à la première et elle a trait à la nature des sanctions instituées en cas de violation de l'obligation de réserve par un ex-militaire. Ainsi, conséquence de la « pénalisation » de l'obligation de réserve, le dépôt de plainte contre le militaire en retraite semble constituer une procédure plutôt ordinaire, pourvu que les propos qui lui sont imputés soient susceptibles d'une qualification pénale comme nous l'avons montré ci-haut. Aussi, le retrait de la médaille d'honneur peut se produire par une simple décision de l'autorité l'ayant décernée, puisque son attribution ainsi que son retrait sont du strict ressort des autorités publiques.

Par contre, c'est la rétrogradation dans le grade d'un militaire ayant cessé définitivement l'activité qui demeure problématique car, il est difficile de se prononcer sur la nature de la procédure par laquelle les autorités publiques prendront une telle mesure. Par une procédure disciplinaire alors qu'il n'est plus en fonction ? En vertu d'un procès pénal alors que le Code pénal ne prévoit en aucun cas une telle sanction et que le Code de justice militaire ne s'applique qu'aux militaires en service ? Les interrogations sur l'étendue des conséquences juridiques de la rétrogradation dans le grade d'un militaire en retraite demeurent encore plus complexes. Cette sanction entraîne-t-elle des effets sur les droits acquis en matière des pensions militaires de retraite ? Le Code de justice militaire ainsi que le Code des pensions militaires offrent des réponses à ces interrogations, mais uniquement en ce qui concerne le militaire en exercice[38].

Bien que l'extension de l'obligation de réserve aux agents publics en retraite soit un fait très rare dans les systèmes juridiques comparés, voire même inédit à notre connaissance, cette solution est quelque peu proche d'une solution déjà abondamment consacrée par la jurisprudence administrative suivant laquelle la liberté d'expression de l'agent public en dehors du service, c'est-à-dire dans sa vie privée – qui constitue le principe – subit toutefois des limites que certains auteurs considèrent comme un

« *devoir de réserve minimum* »[39]. Ainsi, l'agent public dans sa vie privée, c'est-à-dire en dehors du service ou encore après la cessation définitive de fonction, ne doit pas donner à l'expression de ses opinions et ses attitudes une forme susceptible d'entraver le fonctionnement normal du service public et amener les administrés à la perte de confiance à l'égard des services publics ; propos grossiers, insultants ou critiques acerbes et violentes à l'égard des pouvoirs publics[40]. Aussi, il semblerait que la confusion des agents publics, alors même en retraite, à leurs fonctions peut continuer à être omniprésente dans l'esprit des citoyens et ce, notamment lorsqu'il s'agit des hautes responsabilités civiles et militaires. C'est pourquoi, l'obligation de réserve et de retenue qui déborde à la vie privée de cette catégorie d'agents publics ne porte pas sur l'opinion elle-même, mais sur la façon de l'exprimer et sur les comportements extérieurs qui en découlent. C'est une limitation portant sur la forme, et non pas sur le fond de l'opinion exprimée, semble-t-il[41].

d) Les personnels du Parlement.

L'article 26 commun aux deux Résolutions portant statut particulier des fonctionnaires de l'Assemblée Populaire et des fonctionnaires du Conseil de la Nations ont repris un schéma identique à celui du statut général de la fonction publique[42]. En effet, sous le Chapitre intitulé « Garanties et droits », l'article 26 stipule : « La liberté d'opinion est garantie au fonctionnaire de l'Assemblée Populaire Nationale *[et du Conseil de la Nation]*[43]. Il l'exerce dans le cadre du respect de l'obligation de réserve ». Toutefois, l'article 33 commun aux deux Résolutions semble définir avec exactitude le sens de l'obligation de réserve des fonctionnaires des Assemblées parlementaires et ce, en rapprochant le devoir de réserve de la neutralité politique dans l'exercice des fonctions. Dans ce sens, l'article 33 stipule : « Le fonctionnaire de l'Assemblée Populaire Nationale *[et du Conseil de la Nation]*[44]est tenu à l'obligation de réserve et de neutralité politique dans l'exercice de ses fonctions ».

Ainsi, l'obligation de réserve est une corrélation de l'exigence de strict neutralité –politique aux fins de la présente étude – dans sa conception essentiellement négative suivant laquelle les fonctionnaires de l'Assemblée Populaire Nationale et du Conseil de la Nation doivent s'abstenir de manifester leurs positions politiques dans la sphère des missions publiques qu'ils exercent et de faire de celles-ci le moyen d'une propagande quelconque[45]. Le rapprochement conceptuel entre neutralité et obligation de réserve semble trouver sa raison d'être dans le souci de garantir l'impartialité des fonctionnaires de l'Assemblée Populaire Nationale et du Conseil de la Nation et éviter ainsi toute discrimination de leur part fondée sur les positions politiques au sein des Assemblées parlementaires plurielles.

B) Catégories régies par des dispositions dérogatoires au droit de la fonction publique.

Seules quelques catégories de fonctionnaires régies par des dispositions spécifiques feront l'objet d'examen sous cette partie. Il s'agit des fonctionnaires de la sureté nationale, des agents diplomatiques et consulaires et enfin des personnels enseignants de l'enseignement supérieur et les chercheurs.

a) Les agents diplomatiques et consulaires.

Bien que le décret présidentiel n° 09-221 du 24 juin 2009 portant statut particulier des agents diplomatiques et consulaires ne renvoie pas expressément à la notion de devoir de réserve, il impose tout de même aux agents diplomatiques et consulaires des obligations de conduite, c'est-à-dire un devoir de réserve dans son volet lié au comportement sur le territoire de l'Etat d'accueil. Ainsi, l'article 27 : « L'agent diplomatique et consulaire et les membres de sa famille sont tenus, en toutes circonstances, d'avoir une conduite digne et respectable. L'agent diplomatique et consulaire exerce sa fonction dans le respect des lois et règlements du pays d'accréditation, conformément aux dispositions des conventions internationales sur les relations diplomatiques et consulaires. Il ne peut user des privilèges et immunités dont il bénéficie à des fins pouvant porter atteinte à la dignité de sa fonction »[46].

Force est d'admettre par ailleurs que la fonction représentative internationale est le domaine par excellence où l'obligation de réserve et de retenue doit trouver sa pleine application. Car, le souci de préserver le bon déroulement des relations amicales interétatiques impose aux agents diplomatiques et consulaires l'obligation de s'abstenir, en toutes circonstances, de porter publiquement des jugements de valeur sur toutes les questions officielles touchant aux relations entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire ainsi que sur toutes les questions d'ordre interne de l'Etat d'accréditation[47].

b) Les personnels enseignants de l'enseignement supérieur et les chercheurs.

Le décret exécutif n° 08-130 du 3 mai 2008 portant statut particulier de l'enseignant chercheur a comme objet de préciser des dispositions particulières applicables aux fonctionnaires appartenant aux corps des enseignants chercheurs[48]. Toutefois, en matière de liberté d'expression et de devoir de réserve des enseignants chercheurs, le décret en question ne contient aucune disposition dérogatoire au droit commun de la fonction publique. Au contraire, l'article 3 affirme en des termes non équivoques que : « Les enseignants chercheurs régis par les dispositions du présent statut particulier sont soumis aux droits et obligations prévus par l'ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006… ». Ceci nous amène à déduire que la liberté d'opinion et d'expression, puisque c'est de celle-ci qu'il s'agit au terme de cette étude, est reconnue à l'enseignant chercheur, mais *dans la limite de l'obligation de réserve qui lui incombe*[49].

Bien évidemment, cette obligation est manifestement contraire aux garanties de pleine indépendance, de liberté et d'autonomie qui doivent être reconnues aux enseignants chercheurs dans l'exercice de leurs missions d'enseignement, de réflexion scientifique et de création intellectuelle et critique[50]. En l'espèce, le devoir de réserve doit être entendu dans son sens strict de sorte est-ce qu'il ne devienne pas une entrave à la liberté de réflexion et d'expression de l'enseignant chercheur car, pour ainsi reprendre les termes du Conseil constitutionnel français, « *Par leur nature, les fonctions d'enseignement et de recherche exigent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des enseignants-chercheurs soient garanties* »[51].

- Remarques conclusives :

- La limitation du droit des agents publics d'exprimer ses opinions personnelles sur des questions relevant de leurs fonctions est appréciée suivant le degré et la nature des responsabilités dont ils sont investis. Ainsi, le niveau hiérarchique élevé de l'agent public ainsi que l'importance des responsabilités qui lui sont attribuées impliquent nécessairement l'adoption d'un régime sévère de devoir de réserve.

- Généralement, l'obligation de réserve vise à sauvegarder l'impartialité, l'image et la dignité des organismes publics. Néanmoins, l'instauration de cette obligation d'une manière aussi stricte que rigoureuse pour certaines fonctions répond légitimement à l'impératif de sauvegarde de certaines valeurs vitales et exceptionnelles au regard à l'importance et de la nature des responsabilités en cause.

- La mise en place de restrictions à la liberté d'expression des agents publics sous prétexte d'obligation de réserve poursuit des objectifs variables suivant le degré et la nature des fonctions en cause. Le droit de la fonction public met en place le cadre général de l'obligation de réserve. Celle-ci se rapproche plus ou moins, selon les cas, très souvent de l'obligation de neutralité, parfois de l'obligation de loyalisme envers l'administration et parfois de l'obligation de discrétion professionnelle...etc.

- En principe, l'agent public obéit strictement au devoir de réserve en s'exprimant avec retenue et modération pendant toute la durée de ses fonctions sur les questions liées à celles-ci. Clairement, l'agent public en exercice est soumis à une obligation de réserve plus sévère lorsqu'il est en service. Il demeure toutefois soumis à une obligation de réserve minimale de degré plus souple en dehors du service.

- Une fois en retraite, l'agent public peut exprimer librement ses opinions personnelles, critiques mêmes, sur des questions relevant des fonctions dont il a eu la charge (par des publications scientifiques par exemple). Toutefois, pour certains agents publics, le devoir de réserve peut continuer à leur être opposable alors même s'ils ne sont plus en poste. Certaines considérations légitimes peuvent ainsi justifier une telle extension *rationetemporis* de l'obligation de réserve. Dans ce cadre, l'obligation de réserve porte plus sur la forme de l'expression que sur son contenu.

- Eu égard le caractère fuyant, vague et très souvent subjectif de la notion de devoir de réserve, c'est à l'autorité administrative investie du pouvoir disciplinaire, mais surtout aux juridictions compétentes que revient généralement le soin d'apprécier *in concreto*sa portée et son étendue. En revanche, en exerçant ce pouvoir, les tribunaux ne doivent pas perdre de vue le fait que le devoir de réserve est une exception à la liberté d'expression, la règle. Ce qui devra les amener, de surcroît, à adopter une interprétation étroite des considérations qui devront justifier légitimement la restriction de la liberté d'expression. Ainsi, pour reprendre une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Vogt c. Allemagne,* il revient à la Cour de rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un Etat démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre à la sauvegarde d'un besoin social légitime et impérieux ; la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, la protection de la réputation ou des droits d'autrui…

Notes :

[1]- EssaidTaib, « Droit de la fonction publique », Editions Houma, 2003, p. 261.
[2]- CE 15 janvier 1935, *Bouzanquet*, Rec. p. 44. C'est pourquoi, le législateur français s'est délibérément abstenu de faire référence au devoir de réserve dans la loi 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires. Voir, Georges Dupuis & Marie-José Guédon, « Institutions administrative. Droit administrative », Armand Colin-collection, Paris, 1986, p. 275.
[3]- Voir l'art. 42 de l'ordonnance n°06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique, *JORADP* n° 46 du 16 juillet 2006, p. 3.
[4]- En vertu de l'article 30 du décret 88-131 du 4 juillet 1988 organisant les rapports entre l'administration et les administrés, tout acte qui porte atteinte au renon de l'administration expose le fonctionnaire fautif aux mesures disciplinaires prévues par la loi. *JORADP* n° 27 du 6 juillet 1988, p. 759.
[5]- Voir l'art. 48 du statut général de la fonction publique.
[6]- Charles Debbasch, « Science administrative », 5e édition, Précis Dalloz, 1989, Paris, p. 581.
[7]- MissoumSbih, « La fonction publique », Editions Hachette, 1968, pp. 126. 127.
[8]- Ainsi, en vertu de l'article 301 du Code pénal : « Les médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes ou toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions permanentes ou temporaires, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, ont révélé ces secrets, sont punis… ». Aussi, l'article 11 de la loi organique n° 04-11 du 6 septembre 2004 portant statut de la magistrature dispose : « Sauf dispositions contraires de la loi portant dispense expresse, le magistrat est tenu de préserver le secret des délibérations et doit s'interdire de communiquer toute information se rapportant aux dossiers judiciaires ». *JORADP* n° 57 du 8 septembre 2004, p. 11.
[9]- MissoumSbih, « La fonction publique », *Op. Cit.,* p. 127 ; EssaidTaib, « Droit de la fonction publique », *Op. Cit.,* p. 267.
[10]- CE 28 juillet 1993, *Marchand*, Rec. p. 248.
[11]-*Nous soulignons.* Bien évidemment, on remarquera que l'article 26 ci-dessus renvoi à la liberté d'opinion alors qu'en l'espèce c'est de la liberté d'expression qu'il s'agit réellement. Parce que, la liberté d'opinion est le droit d'adhésion intellectuelle à des opinions politiques, religieuses, philosophiques ou autres, tandis que la liberté d'expression est la manifestation extérieure des opinions et c'est exactement cette dernière qui se trouve assortie de l'obligation de réserve des agents publics.
[12]- CE 18 juin 1956, *Boddaert*, Rec. p. 213.
[13]- Loi n° 90-14 du 2 juin 1990 relative aux conditions d'exercice du droit syndicale. *JORADP* n° 23 du 6 juin1990, p. 663.
[14]- Ordonnance n°66-133 du 2 juin 1966 portant statut général de la fonction publique, *JORADP* n° 46 du 8 juin 1966, p. 426.
[15]- Décret n° 85-59 du 23 mars 1985 portant statut type des travailleurs des institutions et administrations publiques, *JORADP* n° 13 du 24 mars 1985, p. 223.

[16]- Décret exécutif n°93-54 du 16 février 1993 déterminant certaines obligations particulières applicables aux fonctionnaires et agents publics ainsi qu'aux travailleurs des entreprises publiques, *JORADP* n° 11 du 17 février 1993, p. 4.
[17]- *Ibid*.
[18]- Jean Rivero, Hugues Moutouh, « Libertés publiques », t. II, 7e édition, PUF, 2003, p. 138.
[19]- Gilles Lebreton, « Libertés publiques & droits de l'Homme », 6e édition, Armond Colin, Paris, 2003, p. 395.
[20]- Art. 15, alinéa 2 de l'ordonnance n°06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique. Voir également, art. 2 du décret exécutif n° 90-226 du 25 juillet 1990 fixant les droits et obligations des travailleurs exerçant des fonctions supérieures de l'État, *JORADP* n° 31 du 28 juillet 1990, p. 879.
[21]- Jean Rivero, Hugues Moutouh, « Libertés publiques », *Op. Cit.*, p. 139.
[22]- Décret exécutif n° 90-226 du 25 juillet 1990 fixant les droits et obligations des travailleurs exerçant des fonctions supérieures de l'État, *JORADP* n° 31 du 28 juillet 1990, p. 879.
[23]- Art. 2, alinéa premier du statut général de la fonction publique.
[24]- Gilles Lebreton, « Libertés publiques & droits de l'Homme », *Op. Cit.*, p. 395.
[25]- Jean Rivero, Hugues Moutouh, « Libertés publiques », *Op. Cit.*, p. 139.
[26]- Art. 3, alinéa 2 de l'ordonnance 06-03 du 15 juillet 2006.
[27]- *JORADP* n° 29 du 11 mai 2016, p. 6.
[28]- Le droit syndical est reconnu aux magistrats, mais dans le strict respect de l'obligation de réserve et de certaines limites qui visent notamment à préserver la dignité, l'impartialité et l'indépendance de leur charge. Voir, art. 32 de la loi organique n° 04-11 du 6 septembre 2004. Il convient d'observer à juste titre que le Conseil constitutionnel a fait un rapprochement entre l'activité politique du magistrat et l'obligation de réserve, de neutralité et d'indépendance du pouvoir judiciaire. Avis n° 02/A.LO/CC/04 du 22 août 2004 relatif au contrôle de conformité de la loi organique portant statut de la magistrature à la Constitution. *JORADP* n° 57 du 8 septembre 2004, p. 3 : « […] l'activité politique exercée par le magistrat, qu'il soit candidat ou élu sur une liste indépendante va à l'encontre de l'obligation de réserve, de neutralité et d'indépendance du pouvoir judiciaire ».
[29]- Voir, art. 29 de la loi organique n° 04-11 du 6 septembre 2004. On remarquera qu'en vertu de cet article, l'Etat continue à protéger le magistrat même après sa mise à la retraite contre toutes attaques de quelque nature que ce soit dont il peut faire l'objet en raison de ses fonctions. Par conséquent, on s'interrogera légitimement s'il doit également continuer à observer l'obligation de réserve après même sa mise à la retraite pour toutes questions relevant de ses fonctions !
[30]- CEDH, *Perna c. Italie* (requête no 48898/99), arrêt du 25 juillet 2001.
[31]- André de Laubadère& Jean-Claude Venezia, « Traité de droit administratif », t. 3, 5e édition, LGDJ, 1993, Paris, p. 162.
[32]- Ordonnance n° 06-02 du 28 février 2006 portant statut général des personnels militaires, *JORADP* n° 12 du 1er mars 2006, p. 9.
[33]- Voir, art. 22.
[34]- *Nous soulignons*.
[35]- *JORADP* n° 46 du 3 août 2016, p. 4.
[36]- la loi n° 16-05 du 3 août 2016 modifiant et complétant l'ordonnance n° 76-112 du 9 décembre 1976 portant statut des officiers de réserve(*JORADP* n° 46 du 3 août 2016, p. 4) comportent des dispositions quasiment semblables. A la différence, le manquement au devoir de réserve et de retenue de nature à porter atteinte à l'honneur et au respect dus aux institutions de l'Etat constitue « un outrage et une diffamation » (art. 15 *bis*). Aussi, la rétrogradation dans le grade est encourue uniquement en cas de « manquement grave » au devoir de retenue et de réserve (art. 15 *ter*).
[37]- Voir notamment l'article 146 du Code pénal, Section I intitulée : « Outrages et violences à fonctionnaires et institutions de l'Etat ». D'ailleurs, le militaire en exercice se trouve visé par des infractions d'ordre militaires auxquelles s'appliques, outre les peines de droit commun, des peines propre à la justice militaire telles que la destitution, la perte de grade et l'interdiction de porter les insignes et l'uniforme (articles 242-335 de l'ordonnance 71-28 du 22 avril 1971 portant Code de justice militaire, modifié et complété.
[38]-Voir art. 245, alinéa 2 et 247, alinéa premier du Code de justice militaire ainsi que les arts. 64 et 65 de l'ordonnance n° 76-106 du 9 décembre 1976 portant Code des pensions militaires, modifiée et complétée.

[39]- Voir, André de Laubadère& Yves Gaudemet, « Traité de droit administratif : La fonction publique », *Op. Cit.*, pp. 164. 165.
[40]- Voir par exemple : CE 11 juillet 1939, *Ville d'Armentières*, Rec. Lebon, p. 468 ; 20 février 1952, *Magnin*, Rec. Lebon, p. 177 ; 28 juillet 1993, *Marchand*, Rec. Lebon, p. 248…etc.
[41]- Gilles Lebreton, « Libertés publiques & droits de l'Homme », *Op. Cit.*, p. 395.
[42]- Résolution du 2 mars 2010 portant statut particulier des fonctionnaires de l'Assemblée Populaire Nationale, *JORADP* n° 37 du 9 juin 2010, p. 4 ; Résolution du 11 mars 2010 portant statut particulier des fonctionnaires du Conseil de la Nation, *JORADP* n° 37 du 9 juin 2010, p. 15.
[43]-*Rajout par nous-même.*
[44]-*Rajout par nous-même.*
[45]- Sur la neutralité et l'obligation de réserve, voir, Armand Gilles, « La neutralité des agents publics en question [À propos de C.E., Avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux] », Revue juridique de l'Ouest, 2000-4. pp. 441-485 ; Geneviève Koubi, « A la recherche d'une définition spécifique de "l'obligation de neutralité" des fonctionnaires et agents publics », L.P.A. 26 juin 1991, n° 76, pp. 21-25.
[46]- Décret présidentiel n° 09-221 du 24 juin 2009 portant statut particulier des agents diplomatiques et consulaires, *JORADP* n° 38 du 28 juin 2009, p. 6.
[47]- Ainsi, en vertu des articles 41, alinéa premier et 55, alinéa premier respectivement de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 et de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 : « […] toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités […] ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat ».
[48]- Art. Premier du décret exécutif n° 08-130 du 3 mai 2008 portant statut particulier de l'enseignant chercheur, *JORADP* n° 23 du 4 mai 20018, p. 16.
[49]- Art. 26 précité de l'ordonnance 06-03 du 15 juillet 2006.
[50]- Voir en ce sens la Charte d'éthique et de déontologie universitaires, Principes fondamentaux ; 2, La liberté académique : « Les activités universitaires d'enseignement et de recherche ne peuvent se concevoir sans la liberté académique qui en est le fondement. Cette dernière garantit, dans le respect d'autrui et en toute conscience professionnelle, l'expression d'opinions critiques sans risque de censure ni contrainte ». Disponible sur le lien suivant : https://www.mesrs.dz/documents/12221/26200/Charte+fran__ais+d__f.pdf/50d6de61-aabd-4829-84b3-8302b790bdce.
[51]- Décision du 28 juillet 1993 sur la Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

Contribution autour de la notion de rationalisation en droit public français*

Dr. OUSIDHOUM Youcef,
Département de Droit Privé,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

د. أوسيدهوم يوسف،
قسم القانون الخاص،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية،06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

La rationalisation est une notion-clé qu'on entend constamment dans les discours politique, économique, juridique. Elle est employée, aussi bien par ses défenseurs que par ses détracteurs, avec pour seul leitmotiv la conduite des actions politiques, administratives, managériales. Elle revêt à ce titre un aspect positif et son rejet est synonyme de gaspillage et d'inefficacité.

La rationalisation consiste à organiser un processus réel ou un objet, en faisant usage de la raison, avec pour objectif principal l'accroissement de l'efficacité.

Sur le plan juridique, la rationalisation a un autre sens, car pour rationaliser il faut des normes sur lesquelles on doit s'appuyer. Ce sont ces critères, ces standards, ces règles que nous avons essayé d'expliquer ici.

Mots clés :

Rationalisation, Gestion, Régulation, Etat, Politique, Modernité.

Contribution around the notion of rationalization in public law French

Abstract:

Rationalization is a key notion you hear constantly in political, economic, legal speeches. It is used, by its defenders as well by critics, with only leitmotif the conduct of political, administrative actions, managerial. She has such a positive aspect and its rejection is synonymous with waste and inefficiency.

The streamlining is to organize a real process or object, by making use of the right, with main objective increasing the effectiveness. Legally, rationalization has another meaning, because streamline to standards on which they must rely. These are the criteria, these standards, these rules that we tried to explain here.

Keywords

Rationalization, Regulation, State, Politics, Modernity.

* Article reçu le 18/09/2016 expertisé le 03/07/2017, rendu publiable le 10/12/2017.

مقاربة حول مفهوم الترشيد في القانون العام الفرنسي

الملخص:

الترشيد هو فكرة رئيسية تسمع باستمرار في الخطب السياسية والاقتصادية والقانونية. يتم استخدامها من قبل المدافعين عنها اومن قبل نقادها بفكرة إدارة التصرفات السياسية والإدارية والتسيير. تعتبر ايجابية من هدا المنطلق ورفضها يعتبر مرادف للتبذير وعدم الكفاءة.

يتمثل الترشيد في تنظيم عملية حقيقية أو شيء ما، مستعينا بالعقل قصد زيادة الفعالية كهدف رئيسي. من الناحية القانونية للترشيد معنى آخر، لأنه يستوجب تبسيط المعايير التي يجب أن نعتمد عليها. هذه المعايير و القواعد هي التي حاولنا توضيحها هنا.

الكلمات المفتاحية:

الترشيد، التسيير، الضبط، الدولة، السياسة، الحداثة.

Introduction

Sans nul doute, la rationalisation fait l'objet d'une riche actualité. Elle est aujourd'hui devenue le *leitmotiv* de la conduite des actions politiques, administratives, managériales ou encore économiques. Elle revêt à ce titre un aspect positif et son rejet est synonyme de gaspillage et d'inefficacité. Toutefois, si la notion de rationalisation est attractive et son identification *a priori* aisée à définir, il est difficile d'en préciser les contours ainsi que les caractéristiques.

De manière générale, la rationalisation consiste à organiser un processus réel ou un objet en faisant usage de la raison, avec pour objectif principal l'accroissement de l'efficacité. Edgar Morin y faisait référence en précisant que *« la rationalisation se fonde sur le principe que le réel est à tout prix et totalement rationalisable »*[1]. Celle-ci est parfois précisée par un ensemble de dénominations telles que rationalité, rationalisme et raison. Leur emploi dépend du contexte, mais le sens reste le même dans la mesure où ils convergent tous vers un phénomène brut, à savoir la cohérence, l'économie et la logique.

La présentation de la notion de rationalisation suppose d'étudier successivement sa signification **(I)** puis sa portée **(II)**.

I - Notoriété de la notion de rationalisation :

Le terme rationalisation apparaît explicitement dans le discours des années 1960, période où la notion émerge dans le champ administratif. En effet, dans sa déclaration de politique générale, le Premier ministre Jacques Chaban-Delmas annonçait l'application systématique des *« méthodes modernes de rationalisation des choix budgétaires (…) par la présentation d'un budget fonctionnel »* permettant ainsi de faire apparaitre « *les doubles emplois et les missions inutiles »*[2]. Aujourd'hui, devenant une ligne de conduite dans le fonctionnement des services publics, la

rationalisation prend toute sa place dans les textes législatifs américains, notamment au sein du *Government Performance and Results Act* de 1993 dans le sens où toutes les sources de gaspillage et d'inefficacité sont à éliminer[3].

A - Définition sémantique :

La rationalisation est définie dans plusieurs dictionnaires, notamment au sein du Larousse, par un renvoi à des notions qui appartiennent la plupart du temps au même champ sémantique. La rationalisation est un nom commun féminin évoquant *« une action de rationaliser quelque chose »*, avec des mots proches comme : rationalisable, rationalité, rationaliste et rationalisme. Elle fait référence à un *« perfectionnement d'une organisation technique en vue de son meilleur fonctionnement »*. Quant au verbe « rationaliser », il se définit ainsi : *« organiser un processus de manière à accroitre son efficacité »* ou *«donner à quelque chose une explication rationnelle, logique »*[4].

La complexité lorsqu'on veut développer la rationalisation comme nouvel axe du fonctionnement des institutions et des actions publiques n'est pas seulement liée à l'ambiguïté de son contenu, mais plutôt au fait que ce flou de définition implique plusieurs conceptions de la rationalisation[5]. Ainsi, la mise en œuvre de ce concept dans différents domaines du droit aboutit inéluctablement à des effets assez hétérogènes. En effet, cela se confirme en passant du langage commun au langage juridique. Si le droit est perçu comme un ensemble de règles qui organisent la vie en société, la rationalisation en droit apparaît comme comportant deux axes[6] : *la rationalisation du droit*, relative à la production des normes juridiques avec une acception quantitative ; *la rationalisation dans le droit*, laquelle se concrétise par la mise en œuvre d'un processus intellectuel particulier au sein des différentes branches du droit.

Concernant la diversité des champs d'application de la rationalisation, il ne faut pas omettre l'aspect polysémique de la notion, ce qui permet de mesurer la difficulté de son contenu et sa portée. Elle est le plus souvent confondue avec la mutualisation, le partenariat ou la coopération. La première, contrairement à la rationalisation, a connu un encadrement juridictionnel et une clarification progressive de la part du législateur[7]. Considérée comme une nouvelle forme de coopération et de mise en commun de moyens entre entités, la plupart du temps par le biais de la convention, la mutualisation porte en elle une connotation pratique. Elle apparaît comme un instrument de concrétisation de la rationalisation. Notion fonctionnelle[8], la rationalisation apparaît comme porteuse d'une acception plus significative liée à l'idée du fonctionnement, de continuité et d'efficacité de l'action publique. Elle produit à ce titre des effets d'ordre pratique quant à l'allocation des ressources nécessaires au service public, ou encore au niveau de l’équilibre général des institutions et des politiques publiques. Ces implications se traduisent ainsi par la mise en œuvre d'un certain nombre de principes juridiques[9], donnant un vrai sens à la notion de rationalisation.

B- Caractères de la notion de rationalisation :

La rationalisation présente en droit public quatre traits importants.

1- Pluralité :

Le premier de ces caractères tient à la pluralité d'application qu'elle comporte dans les différents domaines du droit. L'impression d'unité de sens qui ressort de la conception sémantique s`affaiblit dès lors que l'on tente de préciser la portée de la notion et en particulier d'apprécier les conséquences juridiques dans les différents domaines du droit. En effet, la rationalisation en droit constitutionnel s'attache aux besoins d'équilibre des moyens juridiques entre institutions alors qu'en droit des collectivités territoriales, il s'agit plutôt d'une rationalisation d'un territoire ou d'un périmètre géographique. Enfin, en droit public financier, la notion est étroitement liée aux objectifs d'économie, de performance et d'efficacité des dépenses publiques.

2- Timidité :

Même si la rationalisation est une notion bénéficiant d'une large acception, elle ne dispose que d'un encadrement juridictionnel et législatif très limité. En effet, le terme rationalisation est peu connu de la jurisprudence constitutionnelle et administrative. Peu de textes législatifs ou règlementaires semblent utiliser le mot et en cas d'utilisation, cela se concrétise de manière discrète. La rationalisation semble alors être une notion occulte.

3- Souplesse :

Le troisième caractère tient à ses conditions souples d'application. En effet, la rationalisation trouve toute sa place au sein des activités de gestion. Elle fait référence à des actes d'administration et de mise en œuvre des ressources disponibles[10] pour une action publique efficace. Ainsi, la notion s'inscrit dans une logique gestionnaire dans laquelle le législateur laisse une large marge de manœuvre aux responsables publics. Par ailleurs, la jurisprudence financière est également souple et encourage les actions de rationalisation dans un contexte de pénurie des ressources et d'aggravation des déficits. A titre d'exemple, le juge financier peut saluer les efforts de rationalisation des moyens permettant de réaliser des économies s'agissant du dispositif de l'intercommunalité[11], mais il peut également critiquer l'inertie de certaines collectivités territoriales ainsi que leur manque d'initiative pour contenir les dépenses locales[12].

4- Diversité :

La notion de rationalisation provient de sources anciennes et multiples, à savoir sociologiques, philosophiques et managériales. D'un point de vue sociologique, Max Weber, partant de l'individu, conçoit une action sociale qui peut prendre la forme d'une action rationnelle « en finalité », c'est-à-dire basée sur un calcul, *« une volonté de cohérence logique »*[13]. Une action ne répondant pas à cette finalité est considérée comme traditionnelle ou affective[14]. En philosophie, René Descartes précise à cet égard que « *le bon sens est la chose du monde la mieux partagée […] la puissance de bien juger et distinguer le vrai d'avec le faux, qui est proprement ce qu'on nomme le bon sens ou la raison »*[15]. Ces affirmations sont au cœur des idéaux philosophiques

développés à cette époque. L'idée de « bon sens » chez Descartes reflète un esprit cartésien, rationnel, rigoureux et quelque peu formaliste. *« Dès qu'on médite l'action scientifique, on s'aperçoit que le réalisme et le rationalisme échangent sans fin leurs conseils. »*, insiste Gaston Bachelard dans son nouvel esprit scientifique[16]. Aussi, l'approche rationnelle va permettre d'expliquer les rapports contractuels du citoyen avec l'Etat[17]. D`un point de vue managérial, *« la rationalisation apparaît comme un perfectionnement de la production »*[18]. Cependant, le concept de rationalisation en sciences de gestion est resté instable, polysémique, et change constamment de conception selon le temps et l'espace[19] . La rationalisation scientifique[20] se distingue ainsi d'une rationalisation administrative[21].

II. La rationalisation, un concept omniprésent dans le discours politico-administratif : développement et mise en œuvre.

Si le mot rationalisation est largement utilisé dans le discours politique et administratif, il ne l'est que de manière fragmentaire et désordonnée. « Effet de mode » ou concept révélateur, la rationalisation s`est progressivement imposée. Cet impératif gestionnaire se formalise et irrigue désormais un ensemble de domaines. Les décideurs politiques affirment que l'exigence de rationalisation est à la fois un fait et une garantie du processus de conception des politiques publiques. Cette obligation est ainsi omniprésente sur le plan politique (A) et se traduit le plus souvent par un dispositif administratif (B).

A. La rationalisation dans le discours politico-institutionnel

La rationalisation s'inspire d`une multitude de valeurs et de finalités, lesquelles sont parfois contradictoires (1). Ceci ne l'empêche toutefois pas de devenir le maître mot des décisions et projets de réformes politiques (2).

1. La rationalisation, un modèle à géométrie variable

a. Une pluralité de rationalités :

Suivant la conception wébérienne, la rationalisation a fortement évolué sur le plan juridico-institutionnel. En effet, les institutions publiques sont caractérisées par une diversité de valeurs, d'intérêts et de finalités, subissant continuellement des mutations profondes de leurs structures et environnement. D'un point de vue institutionnel, une organisation bureaucratique fait appel à un modèle de référence à géométrie variable. Ce paradigme est basé sur plusieurs catégories de rationalité[22] . Ainsi, suivant ce modèle, toute action de l'administration devrait répondre simultanément aux exigences de plusieurs rationalités : une rationalité politique consacrant une action démocratique juste répondant aux attentes des citoyens[23] ; une rationalité juridique tendant à développer des règles de droit claires, stables égalitaires et universelles[24]; une rationalité économique supposant l'utilisation efficace des moyens. Enfin, il reposerait sur une rationalité professionnelle valorisant les connaissances scientifiques dans la conception et la mise en place des politiques publiques. Suivant ce modèle, ces différentes rationalités sont en permanente interaction et deviennent parfois contradictoires. La rationalisation devient ainsi un concept relatif et graduel[25].

b. Illustration :

Si l'on considère une action administrative comme rationnelle suivant l'une des quatre rationalités, celle-ci pourrait être rejetée par les autres rationalités comme étant irrationnelle ou extra-rationnelle, voire même pseudo rationnelle. A titre d'illustration, en droit des collectivités territoriales, la rationalisation économique par la mutualisation des moyens des entités locales (communes et EPCI) vise en premier lieu la réalisation d'économies d'échelle. Cependant, d'un point de vue des rationalités juridique et politique, ce procédé risque de porter atteinte aux spécificités du service public (mutabilité, égalité, continuité)[26] ainsi qu'à sa qualité. Inspirée du monde des entreprises, la rationalisation économique dans le secteur public n'aurait pas forcément la même portée et pourrait ainsi altérer l'offre des services publics.

2. Une rationalisation au cœur de la prise de décision politique

a. Une rationalisation au centre des réformes :

Dans un contexte économique marqué par une crise profonde et multiforme, laquelle se conjugue à l'ampleur grandissante de la crise de la dette et des déficits publics, le terme rationalisation est devenu l'un des axes majeurs du discours politique. En effet, le concept semble obtenir plus de prestige auprès de l'ensemble des acteurs publics dans la mesure où il indique que l'adoption de mesures rationnelles dans la décision politique, à tous les niveaux administratifs, locaux ou étatique, est celle qui répond à toutes les exigences de la raison. Elle bannirait en ce sens toute forme de gaspillage et d'inefficacité. Depuis la circulaire Rocard en date du 23 février 1989[27], la rationalisation fait partie des axes du renouveau du service public permettant de sortir d'une situation d'un Etat *« trop cloisonné dans ses structures, trop fragmenté dans ses actions »*. Le projet de service des administrations devait, selon la même circulaire, *« clarifier les missions et fédérer les imaginations et les énergies »*. Le renouveau du service public correspondait avant tout à *« une réorganisation ou un changement des méthodes de travail »*, lui permettant ainsi *« de diminuer sensiblement ses coûts en améliorant la qualité du service rendu »*. Enfin, la circulaire encourage l'effort de rationalisation qui aurait été accompli par les autorités administratives par une réaffectation des résultats de cet effort.

b. Une conception duale :

Dans le même esprit, et dans une logique du renforcement de l'action publique, le discours politique réformiste actuel semble s'orienter vers une dualité de conception de la rationalisation. La première est organisationnelle et porte sur la rationalisation du nombre des structures administratives territoriales, permettant *« d'en terminer avec les enchevêtrements, les doublons et les confusions »* tout en insistant sur *« une clarification stricte des compétences entre collectivités»* [28]. La seconde est une rationalisation matérielle visant à réaliser des économies au niveau des dépenses publiques pilotées par un instrument de rationalisation au travers d'un Conseil stratégique de la dépense. Cette rationalisation concerne l'ensemble des circuits de l'activité administrative, des crédits de personnel jusqu'au parc automobile[29]. Les deux catégories de rationalisation sont synonymes de « réduction » : réduction du nombre des collectivités ou, suivant les termes du Premier ministre

Manuel Valls, *« celle du millefeuille territorial*[30] *»* d'un côté, et une réduction des dépenses publiques d'un autre.

B. La rationalisation dans la pratique administrative

La modernisation de l`administration retient la rationalisation comme pierre angulaire de l'amélioration du fonctionnement et de l'organisation de l`action publique (1). Il s`agit ainsi de répondre aux multiples critiques liées à l`inefficacité du service public. La rationalisation tiendra ainsi compte de deux variables, à savoir le coût et la qualité(2).

1. La Rationalisation comme synonyme de modernisation

a. Un processus continuel :

Les efforts de rationalisation se sont imposés depuis les années 1990. Suivant le rapport Picq de 1994, l'esprit attaché à la rationalisation de l'administration passe avant tout par une redéfinition des responsabilités de l'Etat et de ses missions essentielle, permettant ainsi de rendre un service public performant et de dissiper la critique des usagers, lesquels reprochent à *« l`Etat d'être devenu opaque, lointain et rigide, à la traîne, et de ne plus être toujours impartial»* [31]. Considérée comme une incarnation de l'Etat, la rationalisation tend à améliorer l'aspect organisationnel et fonctionnel de ses structures, à éliminer les lenteurs et à réduire le coût de production. Ainsi, cette modernisation de l'administration s'est depuis longtemps poursuivie sur plusieurs axes : évaluation des politiques publiques[32], révision générale des politiques publiques depuis 2007 remplacée par un Comité interministériel de modernisation de l'action publique (Cimap) et enfin réforme budgétaire avec la loi organique relative aux lois de finances de 2001.

b. Une influence communautaire :

Traduction des exigences communautaires, le droit à une bonne administration prévu à l'article 41 de la Charte de Nice sur les droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000 suppose avant tout un effort de rationalisation du service public. Elle permettrait également d'améliorer les relations entre l'administration et les administrés ainsi que la qualité des services rendus aux citoyens. A ce titre, les interactions du citoyen avec l'administration sont rationalisées, de l'accueil (Charte Marianne, circulaire du 2 mars 2004[33]) jusqu'à l'accomplissement des formalités administratives (guichet unique par exemple).

2. Une amélioration du couple coût-qualité par la rationalisation

Cette évolution s'inspirant largement du monde des entreprises permet alors de donner à la rationalisation un double sens.

a. Une rationalisation axée sur la qualité :

Le concept est transposé du langage de l'entreprise[34] s'agissant de la qualité du service rendu et des structures organisationnelles mises en place. La rationalisation s'accompagne en effet des dispositifs de certification des entreprises (ISO 9001 par exemple) qui consiste à donner à celles-ci un label prouvant la qualité de leur organisation et de leurs produits. Concilier les exigences de la rationalisation avec les

contraintes budgétaires et les aspirations des citoyens est un problème que les décideurs devraient traiter en permanence. Ce problème, semble-t-il, ne sera pas correctement traité tant qu'un modèle de réforme clair, consensuel, méthodologique et organisationnel n'aura pas été posé.

b. Une rationalisation axée sur les coûts :

Dans le langage entrepreneurial, le terme est employé à l'occasion des opérations d'audit, de définition de stratégies ou encore de situation de crise. La rationalisation suit généralement les opérations de *« Buy out »*, permettant ainsi de diminuer les coûts dans une optique de rentabilité[35]. Sur le plan administratif, la mise en œuvre de la rationalisation devient l'un des principaux problèmes, à savoir celui d'un modèle à la fois acceptable dans la société et stable dans la durée. Ce dernier est en pratique instable. Désormais, le changement de majorité est synonyme de rupture, de nouvelle idéologie plutôt que de continuité de modernisation aussi bien dans le temps que dans le modèle. Comme l'a signalé Pierre Villeneuve, *« la rupture avec la révision générale des politiques publiques (RGPP) est avant tout idéologique »*[36]. La rationalisation revêt ainsi un caractère instable dû à cette rupture marquée par des actions fragmentaires et discontinues.

Conclusion

Même si on pense que la rationalité est un principe fondamental du développement, l'irrationalité demeure un fait essentiel de l'action sociale. En effet, la rationalisation n'est en rien un gage d'une application raisonnable du progrès social. Du fait que la rationalisation est relative (à une pratique, à un domaine, à un groupe, etc.), elle est sujette à des contestations. L'exemple le plus illustratif est la tension existante entre rationalité matérielle et rationalité formelle. La première recherche à normaliser selon un raisonnement interne un ensemble de règles et de concepts juridiques abstraits, alors que la seconde est mue par des objectifs extra-juridiques. « *La tension entre les deux processus de rationalisation est donc inévitable dans la mesure où le droit ne peut jamais rester fidèle à sa propre logique abstraite mais doit bien se plier, au risque de briser sa cohérence, aux exigences de la société concrète dont il réglemente l'ordre*[37].

Notes :

[1] Dictionnaire des citations d`Edgar Morin, http://www.intelligence-complexite.org/

[2] Déclaration de politique générale du Premier ministre Jacques CHABAN-DELAMAS sur son programme politique et économique, la « Nouvelle Société », à l'Assemblée nationale le 16 septembre 1969. http://sites.univ-provence.fr, le 1er décembre 2010.

[3] Voir : Section 2, findings and purposes, *Government Performance and Results Act* de 1993.

[4] Dictionnaire Larousse : www.larousse.fr.

[5] SAUNIER S., « La notion de remunicipalisation », in : *JCP A*, n°10, 10 mars 2014, 2066.

[6] Voir en ce sens la conception et l'analyse du Professeur Pierre DELVOLÉ sur la notion du silence en droit, rapport de synthèse, in : *Revue du Droit Public (RDP)*, n° 4, 1er juillet 2012, p. 1171.

[7] GABORIAU V., « La mutualisation dans les services publics, nouvel enjeu de coopération », in : *RDSS*, 2012, p. 45. Voir aussi l`arrêt du Conseil d`Etat : CE 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d`information de santé*, No. 300481, et les arrêts de la CJCE : 19 avril 2007, ASEMFO, Aff. C-295/05; 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA, Aff. C-324/07; 6 juin 2009, Commission c/Allemagne, Aff. C-480/06. S`agissant des lois : loi 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité; loi 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ; loi 2007-209 du 19 février 2007 relative à la

fonction publique territoriale ainsi que l'article 67 de la loi du 16 décembre 2010 codifié à l'article L. 5211-39-1 CGCT.

[8] TUSSEAU G., « Critique d'une méta notion fonctionnelle : la notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle », *RFDA*, 2009, p. 641 et s.

1 SAUNIER S., *op.cit*., 2066 et s.

[2] ALIBERT B., « La gestion : essai de définition juridique », *Les Petites Affiches*, n°25, 26 février 1997, p. 10 et s.

[3] Rapport de la Cour des comptes, L'intercommunalité en France, novembre 2005.

4 Rapport de la Cour des comptes sur les finances publiques locales, octobre 2014.

5[13] MORIN E., « Rationalité et rationalisation », *Les Cahiers de l'OCHA*, n°5, Paris, 1996, p. 10 et s.

[6] MAZUIR F., « Le processus de rationalisation chez Max Weber », *Sociétés*, 2004/4, n° 86, p. 122.

[15] DESCARTES R., *Discours de la méthode et première méditation*, Préface de BROCHARD V., éd. Germer Baillière, Paris, 1881, p. 22.

[16] BACHELARD G., *Le nouvel esprit scientifique* (1934), éd. PUF, 10e édition, 1968, p. 13.

[17] La théorie du Contrat Social est guidée par une logique à la fois individualiste et rationnelle. A cet égard, dans le Léviathan, Thomas Hobbes note, à juste titre, que *« la cause finale, la fin, ou l'intention des hommes (de) vivre dans les Républiques est la prévision de leur propre préservation, et, par-là, d'une vie plus satisfaisante »*. Cette prévision des individus se traduit par un calcul rationnel des lois en évaluant les avantages procurés par la restriction imposée par la République. HOBBES Th., *Leviathan*, 1651, traduit par P. FOLLIOT, 2003, p. 6.

[18] WEIL S., *La condition ouvrière*, Les éditions Gallimard, 1951, p.183.

[19] GEERKENS E & MOUTET A, « La rationalisation en France et en Belgique dans les années 1930 », in : *Travail et Emploi*, n°112, octobre-décembre 2007, pp. 75-76.

[20] Avec l'ère de la généralisation de la machine, Frederick Winslow Taylor (1856-1915) veut rompre avec l'empirisme et la tradition. Il organise à ce titre l'entreprise de façon rationnelle et scientifique à partir de l'inventaire des connaissances et des tâches des ouvriers. L'homme est une mécanique physique qu'il faut optimiser. Il s'agit ainsi d'aboutir de façon rationnelle à une sorte de *« The one best way »*. Cependant, la rationalisation du travail selon Taylor n'a qu'un caractère quantitatif, le souci majeur étant d'augmenter la productivité des travailleurs permettant des hausses importantes de profits. Voir : MOUSLI M., « Taylor et l'organisation scientifique du travail », in : *Alternatives économiques*, n°251, octobre 2006.

[21] Le Français Henry Fayol (1841-1926) lie la rationalisation aux fonctions administratives de l'entreprise. Selon lui, rationaliser n'est pas seulement dicter des règles scientifiques pour un meilleur rendement, mais plutôt administrer. Il s'agit d'une activité support visant au meilleur fonctionnement global de l'entreprise. La fonction administrative comprend les activités d'organisation, de commandement, de coordination et d'harmonisation des efforts au sein de l'entreprise afin de contrôler le respect des instructions et des règles préétablies. Aussi, pour Fayol, la rationalisation administrative correspond à un travail de réorganisation des structures et de la hiérarchie. : FAYOL H., *Administration industrielle et générale*, 1916.

[22] SNELLEN I., « Conciliation of Rationalities: the Essence of Public Administration », in: *Administrative Theory and Praxis*, Vol. 24, No. 2, 2002, pp. 323-346.

[23] CRICK B., *In defense of Politics*, Penguin Books: London, 1968.

[24] STERLING S. J. & MOORE E. W., "Weber`s Analysis of Legal Rationalization: A Critique and Constructive Modification", in: *Sociological Forum*, Vol. 2, No. 1, 1987, p. 70 et s.

[25] SNELLEN I., *op.cit*., p. 324.

[26] GABORIAU V., *op.cit*, p. 45 et s.

[27] Circulaire du Premier ministre du 23 février 1989 relative au renouveau du service public. *JORF* du 24 février 1989, p. 2526.

[28] Conférence de presse du président de la République au Palais de l'Elysée, 14 janvier 2014.

[29] Circulaire du Premier ministre du 2 juillet 2010 relative à l'Etat exemplaire-rationalisation de la gestion du parc automobile de l'Etat et de ses opérateurs, *JORF* du 9 juillet 2010.

[30] Déclaration de politique générale du Premier ministre Manuel Valls à l'Assemblée nationale le 8 avril 2014.

[31] Rapport Jean PICQ, *L'Etat en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, mai 1994, p.6.

[32] Décret 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques, *JORF* du 24 janvier 1990, p. 952.

[33] *JORF*, 3 mars 2004.

[34] FOREST F., « Rationalisation », in : *Quaderni*, No. 63, 2007, Nouveaux mots du pouvoir, p.78.

[35] *Idem.*

[36] VILLENEUVE P., « La réforme de l'Etat et de l'action publique après la RGPP, entre ombre et lumière », in : *Les Petites Affiches*, 8 janvier 2013, n° 6, p. 4.

[37] Michel LALLEMENT, Régulation et rationalisation in G. DE TERSSAC ed., La théorie de la régulation sociale de Jean Daniel Reynaud, Paris, La découverte, Recherches, 2003, p. 231-240

De l'effectivité du traitement préférentiel en faveur des pays en développement dans le système de règlement des différends de l'OMC *

MESSAD Rafik, M A"A",
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bouira, 10000 Bouira, Algérie.

مصاد رفيق، أستاذ مساعد "أ"،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة البويرة ،10000 البويرة، الجزائر.

Résumé:

Les pays en développement estiment que la mondialisation leur sera fatale si un traitement préférentiel prenant en considération leur niveau de développement ne le soit pas réservé. Depuis l'ère du GATT, la dualité des normes a été de mise. C'est ainsi que l'OMC, héritière du GATT, réserve un ensemble de règles applicables seulement pour les PED, en vue de les aider à s'intégrer en douceur dans le système commercial multilatéral.

Additivement aux échanges commerciaux, le traitement préférentiel est revendiqué également dans le système de règlement des différends de l'OMC. En réponse, le droit de l'OMC –notamment le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends- réserve une panoplie de mesures à mettre en faveur des PED. Toutefois, ces derniers estiment que ces « faveurs » ne sont guère suffisantes pour leur rendre une justice que leur ont enlevée les accords commerciaux multilatéraux. C'est ce qui justifie la multiplication des initiatives de la part des groupes comprenant des PED en vue d'atteindre la réforme de l'ORD (Organe de Règlement des Différends), mais aussi pour convaincre les membres de l'Organisation de la nécessité d'adopter des règles en mesure de faciliter aux PED l'accès à la justice de l'OMC et y défendre leurs droits.

Mots clés :

Système de règlement des différends, Traitement spécial et différencié, OMC, Pays en développement.

* Article reçu le 06/02/2017, expertisé le 29/10/2017, rendu publiable le 10/12/2017.

The Effectiveness of Preferential Treatment for Developing Countries in the WTO Dispute Settlement System

Abstract:

Developing countries consider that globalization will be fatal to them if preferential treatment taking into account their level of development is not reserved. Since the GATT era, dual standards have been put in place, and the WTO, which is the heir to the GATT, reserves a set of rules and provisions applicable only to developing countries, with a view to assisting them To integrate smoothly into the multilateral trading system.

Preferential treatment is also claimed in the WTO dispute settlement system. In response, WTO law - notably the Understanding on Dispute Settlement, provides a range of measures for developing countries. However, the latter consider that these "favors" are hardly sufficient to do them justice by the multilateral trade agreements. This is the reason for the proliferation of initiatives on the part of groups comprising developing countries to achieve the reform of the DSB (Dispute Settlement Body), but also to convince the WTO community to The need to adopt rules that would enable developing countries to access and defend their rights in the WTO.

Keywords:

Dispute resolution system. Special and differential treatment. WTO. Developing countries.

عن مدى فعلية المعاملة التفضيلية لصالح الدول النامية في نظام تسوية النزاعات للمنظمة العالمية للتجارة

الملخص:

إنّ تخوُف الدُول النامية من تكّبُد الأثار السلبية للعولمة، جعلّها تُطالب الهيئات الاقتصادية الدولية باعتماد معاملة تفضيلية لصالحها. هذا ما جعل القانون الاقتصادي الدولي ومنذ فترة الجات يعتمد منظومة قانونية خاصة واستثنائية تخُصُ التعاملات التي تكون فيها الدول النامية طرفاً. تواصل هذا النظام مؤكدا مع ظهور المنظمة العالمية للتجارة سنة 1995.

إنّ المطالبة بهذا النظام التفضيلي وجد ظلاله أيضاً فيما يتعلق بنظام حل النزاعات التابع للمنظمة العالمية للتجارة. قواعد هذه المنظمة خاصة الاتفاق المتعلق بقواعد وإجراءات حل النزاعات المُرفق لاتفاقية مراكش، خصّص العديد من القواعد التي تحكم العلاقات والنزاعات التي تكون فيها الدول النامية طرفاُ.

ترى هذه الدول أن الإجراءات التفضيلية لا تُعّد كافية لإرجاع حقوق سلبّتها منهم الاتفاقيات التجارية المتعددة الأطراف. هذا ما يُفسر تكاثف الجهود الرامية إلى تعديل نظام سير جهاز تسوية النزاعات التابع للمنظمة العالمية للتجارة وإلى اقناع أعضاء المنظمة إلى

ادراج قواعد أكثر مرونة وأكثر تناسباً مع وضعيتهم الاقتصادية قصد تسهيل لجوئهم إلى عدالة المنظمة للدفاع عن حقوقهم.

الكلمات المفتاحية:

نظام تسوية المنازعات، المعاملة الخاصة والتمييزية، المنظمة العالمية للتجارة، الدول النامية.

Introduction :

Additivement à leur revendication d'un traitement préférentiel en matière d'accès aux marchés et de flexibilité dans la mise en œuvre des engagements, afin de réussir une intégration en douceur dans le système commercial multilatéral, les PED exigent qu'un traitement préférentiel leur soit accordé dans le cadre de l'accès à la jurisprudence de l'OMC. Un traitement qui s'étalera de la période d'avant de porter l'affaire devant l'ORD à l'examen de cette dernière. Ils ont affiché leur stupéfaction de voir le système de règlement des différends de l'OMC ne leur réserve aucun traitement spécial notable.

Dima-Ehongo estime que la validité juridique plurielle des institutions et des mécanismes de régulation ne saurait être acquise sans l'existence d'instruments juridiques capables d'assurer une neutralisation des faiblesses des uns mais aussi des forces des autres(1). Le véritable enjeu des négociations d'un cadre juridique interétatique de régulation du commerce mondial et de règlement des différends réside, par conséquent, dans la neutralisation formelle des rapports de force pour parvenir à la traduction de cette neutralisation dans les faits et dans la pratique.

Le système de règlement des différends de l'OMC se distingue a plus d'un titre des mécanismes fragmentés de règlement des différends qui existaient dans le cadre du GATT de 1947, et qui permettaient à la partie plaignante de choisir entre différents mécanismes de règlement de différends. Le mécanisme est désormais unifié.Autre différence de taille avec le GATT, l'actuel système de règlement des différends répond davantage à une logique juridique, en prenant appui sur la règle de droit, qu'à une logique diplomatique, même si cette dernière n'a pas totalement disparu.

Dans le cadre de notre étude, nous répondrons à la conception apportée au règlement des différends dans le système OMC(I), avant de passer en revue dans (II) les dispositions du droit de l'OMC inhérentes au TSD dans le volet de règlement des différents et leur degré d'adaptation à l'objectif dela facilitation aux PED l'accès à la justice de l'OMC et y défendre leurs droits.

I- La conception apportée au règlement des différends dans le système OMC:

Le système en vigueur à l'OMC repose sur les principes du règlement des différends appliqués conformément aux articles XXII et XXIII de l'Accord GATT de 1947(2) et les respecte (l'article 3:1 du Mémorandum d'accord procède à la préservation des acquis du GATT). L'avènement de l'OMC a apporté d'importantes modifications et améliorations au système antérieur, qui seront mentionnées ultérieurement.

Le présent chapitre fournit un bref aperçu des origines historiques du système de règlement des différends et son évolution, notamment depuis l'avènement de l'OMC (1). Un système jugé distinguant des autres systèmes de règlement des différends adoptés par les autres organisations internationales (2).

1)- Les nouveautés du système de règlement des différends de l'OMC comparativement à ce qui prévalait au temps du GATT :

Le système de règlement des différends de l'OMC est souvent salué comme l'une des innovations les plus importantes apportées par le Cycle de l'Uruguay. On ne doit toutefois pas en déduire que ce mécanisme est totalement nouveau et que le précédent système commercial multilatéral fondé sur l'Accord GATT de 1947 ne comprenait pas de système de règlement des différends. Au contraire, l'Accord GATT de 1947 prévoyait un système de règlement des différendsqui a amorcé une évolution particulièrement remarquable pendant presque cinquante ans sur la base des articles XXII et XXIII de cet accord(A)[3]. Le système a été complété par la nouvelle procédure judiciaire de l'ORD qui a vu le jour avec l'avènement de l'OMC (B).

A/ Retour sur le mécanisme de règlement des différends mis en place sous l'ère du GATT :

Sous l'ère du GATT, le principal texte évoquant un TSD en faveur des PED était la Décision de du 5 avril 1966 sur la procédure d'application de l'article XXIII du GATT[4]. Une Décision adoptée suite à des négociations où l'objectif des PED était de remodeler l'article XXIII du GATT, mais devant l'intransigeance des pays développés, les négociations ont débouché plutôt sur l'adoption d'une Décision des Parties contractantes qui n'est restée, au regard des exigences du départ, qu'une procédure destinée à aider les PED dans l'application de l'article XXIII[5].

La Décision de 1966 comprend toutefois deux dispositions qui méritent d'être soulignées. La première est l'obligation imposée au groupe spécial qui, lors de l'établissement de son rapport doit tenir compte, non seulement, des mesures mises en causes, mais aussi de l'impact de ces dernières sur le commerce et le développement économique du PED[6]. La deuxième mesure est que dans l'hypothèse de la non-conformité, les Parties contractantes peuvent aller au-delà de la simple autorisation des contre-mesures et chercher la nature et la portée des mesures de sanctions supplémentaires qui permettraient de forcer le pays développé à respecter ses obligations (Point 10 de la Décision)[7]. Cette Décision n'a toutefois pas réussi l'amélioration de la situation des PED dans le système du GATT.

B/ Le complètement de l'opération de règlement des différends par la nouvelle procédure judiciaire de l'ORD :

La création de l'OMC a entraîné une reprise de la procédure de règlement des différends du GATT de 1947, qui a simplement été complétée par la nouvelle procédure judiciaire de l'ORD.

Par le biais de l'article 3.1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, l'OMC procède à la préservation des pratiques antérieures du GATT de

1947[8]. La volonté de conserver cet «acquis du GATT» est clairement affirmée par les États membres qui déclarent continuer d'adhérer «*aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947 …*»[9].

Toutefois, les règles de l'OMC ont apporté du nouveau par rapport au système GATT en interdisant à un membre d'opposer son veto à la décision du groupe spécial qui lui sera contraire. Auparavant, l'adoption d'un rapport d'un groupe spécial concernant un différend exigeait un vote à l'unanimité. Cela qui signifiait qu'un pays pouvait bloquer une décision qui lui était défavorable, d'autant que le rapport du groupe spécial devait être adopté par consensus des Parties contractantes et tout le monde devait donc accepter les conclusions, y compris les deux parties au différend. Dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, on a transformé ce consensus en un consensus négatif, ça veut dire, il faut le même consensus pour bloquer l'adoption du rapport, ce qui parait quasiment impossible puisqu'il suffit que la partie, ou les parties si elles sont plusieurs, qui a perdu fait objection pour que ce consensus ne soit pas obtenu.

Ainsi donc, une partie à un différend est autorisée à faire appel de la décision du groupe spécial, mais sans possibilité de bloquer la décision de l'organe d'appel lui-même[10].

Ces procédures révisées par rapport à l'ère GATT -où les PED préféraient régler leurs différends à l'amiable- pourrait stimuler les PED à saisir le mécanisme de règlement des différends, notamment parce que la nouvelle procédure de règlement des différends s'appliquera à tous les domaines couverts par l'OMC, et non pas seulement au commerce des marchandises[11].

Le droit de l'OMC relatif au règlement des différends comprend deux innovations essentielles. La première est liée au consensus négatif qui aboutit à une grande automaticité, puisque le passage d'une étape à l'autre de la procédure ne dépend plus de la bonne volonté de la partie mise en cause, mais obéit à un calendrier bien établi et qui ne peut être écarté que si tous les membres de l'Organisation sont d'accord, ce qui est des plus improbables. La deuxième nouveauté a trait à l'institution d'une juridiction à double degré par la création d'un organe d'appel qui examinera de nouveau les décisions rendues par les groupes spéciaux, comme c'est le cas dans les systèmes juridiques nationaux ou a un degré moindre internationaux.

La procédure de règlement des différends dans le droit de l'OMC doit être entamée par des consultations et demande de conciliation (article 4 du Mémorandum d'accord). Si les consultations n'ont pas abouti dans un délai de 60 jours, la partie plaignante s'ouvre le droit de demander la constitution d'un groupe spécial. Celui-ci est composé de 3 personnes - ou de 5 si les parties en conviennent ainsi- et qui sont choisies par le secrétariat d'une liste indicative qu'elle a préalablement dressée [12].

La partie non satisfaite du verdict de groupe spécial peut introduire un appel auprès de l'organe d'appel qui ne statuera que sur les questions de droit soulevées par la partie ayant fait appel. L'organe d'appel est composé de 7 membres dont 3 siégeront pour une affaire donnée. Ils sont désignés par l'ORD pour une durée de

quatre ans renouvelable une fois et ne doivent avoir aucune attache avec une administration nationale[13].

2)- La distinction du système de règlement des différends de l'OMC des mécanismes similaires mis en place par d'autres institutions internationales :

Le système de règlement des différends de l'OMC est considéré comme le plus attractif de règlement des différends et se distingue des mécanismes similaires mis en place par d'autres organisations internationales. Le SRD de l'OMC est jugé attractif pour ses membres comparativement aux autres systèmes internationaux de règlement des différends (A). Le SRD de l'OMC est le seul système international où tous les pays acceptent de se soumettre d'avance à une juridiction obligatoire (B). Il est également innovant en matière de sanctions (C).

A/ L'attractivité du système de règlement des différends de l'OMC par rapport aux autres systèmes internationaux :

Le premier point d'attraction du système de règlement des différends de l'OMC consiste en le fait qu'aucun État membre ne peut s'opposer à ce qu'un autre État introduise une réclamation. C'est ce qui confère à ce système un caractère obligatoire[14]. L'article 23 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends donne au juge de l'OMC la compétence exclusive pour se prononcer sur tout litige relatif à l'application ou l'interprétation des règles de l'OMC et interdit l'adoption par un État membre de mesures unilatérales à l'encontre d'un autre État. Une autre caractéristique du SRD de l'OMC le distinguant des autres mécanismes inter-étatiques de résolution des litiges consiste en la facilité de déclenchement du système et la célérité avec laquelle le juge de l'OMC se prononce.

En effet, contrairement à ce que prévoient les règlements d'autres juridictions internationales, en particulier la Cour Internationale de Justice, aucune disposition du Mémorandum n'exige explicitement qu'un État membre ait un intérêt juridique à demander l'établissement d'un groupe spécial. Ainsi, dans la plupart des cas, il suffit pour un membre d'invoquer une atteinte aux échanges commerciaux pour déclencher le mécanisme de règlement des différends.

De plus, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC fait preuve d'une remarquable célérité comparativement à d'autres systèmes internationaux. Le délai entre l'établissement, par l'ORD, d'un groupe spécial et celle à laquelle il examine le rapport de ce groupe ou de l'organe d'appel pour son adoption n'excède pas, en principe, les douze mois [15].

Le système de sanctions de l'OMC, qui consiste en l'autorisation accordée par l'ORD au membre victime d'agir à l'encontre de son homologue ayant adopté une conduite non conforme aux règles de l'OMC, à travers l'adoption de « contre-mesures »[16], présente certains avantages. En effet, la règle du « consensus négatif » permet à un État victime demandant à adopter des sanctions d'obtenir, de manière quasi automatique, l'autorisation de l'ORD. L'avantage d'un tel système est donc d'écarter les risques de comportements unilatéraux de la part des États.

Pour toutes les raisons que nous venons d'évoquer, on peut comprendre pourquoi le système de règlement des différends de l'OMC est le système le plus

attractif sur le plan international comparativement aux mécanismes internationaux existants en matière de droits de l'Homme. Ces derniers sont, pour la plupart, peu contraignants, dès lors qu'il s'agit de mécanismes non juridictionnels reposant sur un système de plaintes, comme c'est le cas du mécanisme institué dans le cadre de l'OIT (Organisation Internationale du Travail), ou de rapports comme institué par plusieurs organisations internationales(17).

B/ Le SRD de l'OMC est le seul système international où tous les pays acceptent de se soumettre d'avance à une juridiction obligatoire :

Le système de règlement des différends de l'OMC jouit d'une compétence obligatoire, ce qui n'a pas d'égal dans le droit international général. En effet, dans le droit de l'OMC si un membre entame une procédure de consultations dans l'ORD et que cette consultation n'aboutit pas, il peut unilatéralement déclencher la procédure juridictionnelle, avec la demande d'établissement d'un groupe spécial. On est passé donc d'un système purement consensuel, du temps du GATT, à un système foncièrement obligatoire avec l'OMC où aucun membre ne peut bloquer le processus.

L'OMC a créé un engrenage qui produit inexorablement des résultats obligatoires et c'est l'aspect le plus positif et le plus important de ce système. Un autre aspect positif à mettre à l'actif du SRD de l'OMC est qu'il est le seul système international où les États-Unis acceptent de se soumettre d'avance à une juridiction obligatoire(18).

Parmi les bienfaits du système de règlement des différends, mis en place par l'OMC, est que les pays développés qui avaient eu jusque-là tendance à user voire même abuser, de mesures unilatérales, se voient imposer de recourir exclusivement aux mécanismes de l'OMC. D'un autre côté, les PED sont moins réticents à utiliser le système pour contester les mesures commerciales imposées par des pays développés ou pour régler les conflits les opposant directement. Le fait qu'ils soient à l'origine d'un certain nombre de plaintes atteste d'un changement remarquable par rapport à l'ère du GATT (19).

C/ Les sanctions dans système de règlement des différends de l'OMC : un mécanisme innovant et non répressif :

La jurisprudence de l'OMC est une juridiction de légalité qui se contente à se prononcer sur la légalité d'une mesure et sa conformité aux accords de l'OMC ou non. Le droit de l'OMC relatif au règlement des différends et du fait qu'il est dépourvu de moyens répressifs (comme l'est le Conseil de sécurité pour l'ONU) innove en moyens de sanction à l'encontre du membre incriminé. En effet, si un membre n'obtempère pas et ne change pas sa législation incriminée, il est offert à la victime le moyen de procéder, par des contres mesures, principalement le retrait de concessions commerciales au membre incriminé. Il peut donc racheter l'illégalité, affirme Georges Abbi-Saab, qui estime que ce procédé n'est pas du tout une bonne solution du point de vue systématique, car si elle satisfait l'autre partie, c'est aux dépens de la légalité, c'est à dire de l'intégrité du système juridique(20).

Ces modes de sanctions fournissent un exemple du « droit international de coopération » cher à Wolfgang Friedmann, par le retrait des bénéfices de coopération. Toutefois, ces sanctions ne peuvent opérer en fait qu'entre membres de poids, plus ou moins, équivalent(21).

II- Le traitement spécial et différencié greffé au système de règlement des différends de l'OMC : l'ineffectivité du régime dérogatoire à atteindre la diminution des inégalités Nord- Sud :

Le droit de l'OMC réserve un certain nombre de mesures de traitement préférentiel en faveur des PED dans le système de règlement des différends. À titre d'exemple, dans le cas d'un différend entre un PED et un pays développé, le PED puisse exiger qu'au moins un membre du groupe spécial soit un ressortissant d'un PED(22). Le principe du traitement spécial et différencié est consacré d'une manière limitée dans le système de règlement des différends de l'OMC (1). Le système est jugé impuissant de rendre aux PED une justice que leur ont amputée les accords commerciaux multilatéraux (2).

1)- La consécration limitée du traitement préférentiel dans le système de règlement des différends de l'OMC :

Le TSD revêt dans le Mémorandum d'accord une forme différente de celle qu'il a dans les autres accords visés qui contiennent les règles de fond régissant le commerce international. Le Mémorandum d'accord reconnaît la situation particulière des PED et des PMA (23)membres en mettant à leur disposition, par exemple, des procédures supplémentaires ou privilégiées et une aide juridique.

Ainsi donc, les PED peuvent choisir une procédure accélérée, demander des délais plus longs ou une aide juridique. Les Membres de l'OMC sont encouragés à accorder une attention particulière à la situation des PED Membres. Certaines règles sont appliquées très fréquemment, tandis que d'autres n'ont pas encore trouvé la moindre utilité pratique. La critique qui leur est généralement adressée est que plusieurs d'entre elles ne sont guère précises.

Le TSD dans le volet lié au règlement des différends a comme base la Décision GATT du 5 avril 1966 (A). Le droit de l'OMC, via le mémorandum d'accord sur le règlement des différends, comprend un certain nombre de mesures en faveur des PED, que ces derniersjugent de très limitées (B).

A/ La Décision GATT du 5 avril 1966 : la base juridique du traitement préférentiel à l'égard des PED en matière de règlement des différends:

La Décision du GATT, adoptée le 5 avril 1966(24) constitue la base juridique du traitement préférentiel à l'égard des PED. Cette décision avait institué une procédure accélérée de conciliation spécifique aux PED et relative aux procédures couvertes par l'article XXIII de l'Accord GATT de 1947 (25). La procédure de conciliation qui leur est applicable se décline en trois étapes.

D'abord, le PED qui estime que ses intérêts sont atteints ou se sent lésé par une autre partie contractante appartenant au groupe des pays développés peut, dans un

premier temps, saisir le Directeur général du GATT du différend. Ce dernier consulte les parties contractantes intéressées ainsi que l'organisation intergouvernementale qu'il juge appropriée. Il doit dans le cadre de ses fonctions utiliser «ses bons offices en vue de faciliter une solution».

Ensuite, lorsqu'aucun règlement n'est intervenu dans un délai de deux mois après cette saisine, et si l'une des parties en fait la demande, le DG porte le différend devant les Parties contractantes ou devant le Conseil. Ces dernières ont, dans un second temps, la possibilité de constituer une commission d'experts (qui sont désignés comme experts et non pas comme représentants de leurs pays). Laquelle commission élabore, dans un délai de soixante jours, ses conclusions et des recommandations pour une solution appropriée du différend après un examen des divers arguments. La commission d'experts doit tenir compte des exigences qu'impose le développement économique et considérer par conséquent la situation particulière des PED. C'est au Conseil ou aux Parties contractantes que revient, dans une troisième étape, la mission d'examiner le rapport de la commission d'experts et d'adresser des recommandations aux parties(26).

Un traitement préférentiel est également réservé aux PED dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations des Parties contractantes ou du Conseil par les États destinataires. Ils disposent d'un appui supplémentaire par rapport à la procédure de droit commun de l'article XXIII du GATT de 1947 dans la mesure où selon les dispositions de la Décision du 5 avril 1966, la Partie contractante à laquelle une recommandation est adressée, dispose d'un délai de 90 jours pour faire un rapport aux parties contractantes ou au Conseil sur les mesures qu'elle a prises en application desdites recommandations.

Lorsque les circonstances sont jugées suffisamment «graves» par les Parties contractantes ou le Conseil, et en cas d'une absence totale de volonté de se conformer, de la part de l'auteur du préjudice, aux recommandations qui lui sont adressées, la partie lésée peut être autorisée à prendre des mesures de rétorsion à l'encontre de l'auteur du dommage. De même, lorsque l'auteur du préjudice n'a pas exécuté la recommandation dans un nouveau délai de quatre-vingt-dix jours, les parties contractantes ont, en application du paragraphe 10 de la Décision du 5 avril 1966, la possibilité de prendre, à son encontre, toutes les sanctions appropriées qui soient de nature coercitive(27).

B/ La limitation des mesures destinées au traitement spécial et différencié dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends :

Le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends ne réserve qu'un nombre réduit de dispositions au principe du TSD en faveur des PED. Les dispositions qui le sont ne constituent souvent pas des exceptions aux règles générales et communes du Mémorandum d'accord. On observe, en outre, que leur portée normative est extrêmement limitée, surtout qu'elles sont en général libellées sur le mode conditionnel.

On note une disposition générale et abstraite contenue dans l'article 4/10 du mémorandum se contente de demander aux pays développés de « *porter une attention spéciale aux problèmes et intérêts particuliers des pays en développement* ».

Les seuls amendements à la procédure en faveur des PED prévoient que:

- lorsqu'un PED est défendeur, il peut demander au président de l'ORD une extension du délai des consultations[28] ;

- un PED peut exiger qu'au moins un membre d'un groupe spécial devant statuer sur un différend le concernant soit un ressortissant d'un PED [29] ;

- lorsqu'un Panel (groupe spécial) est établi, il doit arrêter son calendrier de manière à laisser à un PED défendeur un délai suffisant pour préparer et exposer son argumentation[30]. A l'inverse, lorsqu'un PED est plaignant, une procédure accélérée est applicable. Les constatations du groupe spécial doivent mentionner explicitement la façon dont il a été tenu compte du TSD (article 12.11) ;

- lorsque le litige concerne un PMA, et que les consultations n'ont pas abouti à un accord, le DG de l'OMC ou le directeur de l'ORD, en application de l'article 24.2 du Mémorandum, doivent offrir spontanément leur médiation ou leurs bons offices avant l'établissement du Panel ;

- des services de défense juridique peuvent être fournis aux PED, parties à une procédure de règlement des différends, afin de leur permettre d'assurer leur défense malgré leur manque de moyens techniques et humains. Ces services sont payants, mais ils sont offerts à des tarifs réduits aux PMA ;

- lorsqu'il rend son rapport, le Panel et, en vertu de l'article 12.11 du Mémorandum, doit indiquer expressément la façon dont il a tenu compte des dispositions pertinentes relatives au TSD en faveur des PED contenues dans les différents accords de l'OMC. Aussi, une attention particulière devrait être accordée aux questions qui affectent les intérêts des PED au moment de la mise en œuvre des recommandations d'un rapport de Panel adopté à leur encontre (article 21.2)[31] ;

- le Mémorandum d'accord, par son article 24.1, invite les pays développés à faire preuve de modération lorsqu'ils demandent l'autorisation de prendre des contre-mesures à l'encontre de PMA ;

- dans le cas d'une affaire soulevée par un PED, l'ORD étudie quelle suite il pourrait y donner et qui soit appropriée aux circonstances (article 21.7 du Mémorandum d'accord) ;

- dans le cas d'un recours déposé par un PED, l'ORD tient compte, lors de l'examen des mesures appropriées, de l'incidence des mesures en cause sur l'économie des PED concernés ainsi que des échanges visés par ces mesures (article 21.8 du Mémorandum d'accord) ;

- la fourniture, par le Secrétariat, de services d'experts juridiques qualifiés, des services de coopération technique de l'OMC à tout PED membre qui en fera la demande (article 27.2 du Mémorandum d'accord).

2)- L'impuissance du système de règlement des différends de l'OMC dans la perspective de rendre aux PED une justice amputée par les accords commerciaux multilatéraux:

Le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends fixe un ensemble de normes spécifiques pour les PED et les PMA dans l'objectif de promouvoir des conditions propres pour compenser le décalage entre eux et les pays développés dans la mise en œuvre et le contrôle des accords de l'OMC.

C'est une forme de reconnaissance du principe de l'inégalité compensatrice, issu du droit du développement.

Cette flexibilité n'a pas empêché les PED à émettrequelques réserves sur le TSD greffé au système de règlement des différends de l'OMC. Ils jugent les mesures conciliatrices de règlement des litiges prévues dans le droit de l'OMC ineffectives (A). Le défaut de moyens de contrainte et de mécanisme d'exécution des décisions de l'ORD engendre une situation préjudiciable aux États économiquement faibles (B). Globalement, ce système est jugé inadéquat aux besoins des PED, d'où la demande pressante de sa réforme (C).

A/ L'ineffectivité des mesures conciliatrices de règlement des litiges prévues dans le droit de l'OMC :

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC prévoit un certain nombre de modes de règlements alternatifs de différends(32). Il exclut toute autre voie de règlement que ceux qui y sont organisés. La procédure judicatoire apparaît ainsi comme supplétive dans la mesure où ce sont les modes alternatifs de règlement des différends qui sont recherchés dans un premier temps lorsqu'il existe un accord entre les parties(33).

Ainsi donc, la procédure contentieuse de règlement des différends, avec l'enregistrement de l'affaire devant le groupe spécial, ne peut être actionné qu'en cas de désaccord des parties dans la mise en œuvre des modes de règlement «pacifiques».

L'article 5 du Mémorandum d'accord permet aux parties de recourir aux bons offices, à la conciliation ou à la médiation. Les parties sont également autorisées de recourir à la procédure d'arbitrage dans «*certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties*» (34). Les positions adoptées par les parties au cours de ces procédures sont confidentielles et sans préjudice des droits en cas de procédure contentieuse. Dans un souci d'efficacité, les procédures alternatives peuvent se poursuivre si les parties en conviennent, parallèlement à la procédure contentieuse du Groupe spécial.

Si cette grande souplesse peut sembler adaptée à la situation des PED, mais force est de constater que ces pays n'en ont pas fait usage. L'absence de force exécutoire des décisions négociées explique en grande partie une telle abstention, de même que la réintroduction des rapports de forces qui leur sont défavorables dans les relations qu'ils entretiennent avec leurs partenaires commerciaux. Les États membres demeurent encouragés à régler leurs différends à l'amiable(35) ou par conciliation(36).

B/ Le défaut de moyens de contrainte et de mécanisme d'exécution des décisions de l'ORD : une situation préjudiciable aux États économiquement faibles :

La faiblesse principale de la procédure de l'ORD se trouve incontestablement dans l'absence de moyens de contrainte aussi bien lors de l'instruction du dossier que dans la phase de l'exécution des décisions des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. L'ORD souffre en cela, au même titre que les autres juridictions internationales, de l'absence d'un pouvoir de contrainte. Il constitue par conséquent une sorte de «justice sans police». Cette absence de «police» est extrêmement préjudiciable aux États commercialement faibles qui ne disposent, dès lors, d'aucune

«marge de sanction» à l'encontre des partenaires commerciaux plus puissants. Les décisions de l'ORD n'ont, à ce titre, qu'une force obligatoire à l'exclusion de toute force exécutoire.

En l'absence d'une force d'exécution ou d'astreintes attachée aux décisions de l'ORD, les États membres paraissent avoir fait le choix d'une régression partielle vers une «logique de justice privée» qui, fort heureusement, continue néanmoins d'être encadrée par des règles strictes et précises. Ainsi, l'ORD, qui doit être informé des suites données à ses décisions, peut, en cas d'inexécution et de non-respect de ses recommandations, autoriser l'État qui subit la violation des textes de l'OMC à prendre des mesures compensatoires(37). Les mesures susceptibles d'être prises par la victime sont la compensation (qui est une mesure négociée entre les parties au plus tard 20 jours après l'expiration du délai raisonnable d'exécution et les mesures de rétorsion) (38). Les mesures compensatoires que le membre, ayant subi des dommages, peut prendre sont citées dans l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires(39). Il appartient tout de même au membre de suivre les principes cités dans l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends(40).

Le faible pouvoir de négociation des PED ne leur donne aucune marge de sanction contre leurs principaux partenaires commerciaux. La possibilité offerte aux PED de suspendre des concessions se heurte, elle aussi, à ladite absence de marge de sanction.

Le dispositif institutionnel de l'ORD est dépourvu d'un organe ou d'un mécanisme tiers d'exécution des décisions ou des contre-mesures. Un défaut qui engendre la réintroduction des rapports de force au sein du mécanisme de règlement des différends, en renvoyant les États dos-à-dos, non seulement lorsque la partie défaillante est puissante mais aussi lorsque le membre autorisé à prendre les contre-mesures est si faible qu'aucune contre-mesure n'est sérieusement envisageable.

La procédure de règlement des différends de l'OMC se caractérise essentiellement par le paradoxe de l'existence d'une part, d'un organe tiers autorisant par des décisions collectives la sanction des membres indélicats, d'autre part, l'absence d'un organe institutionnel de mise en exécution des décisions des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel de l'ORD et le recours à une «auto- exécution» des décisions après autorisation de l'ORD(41).

L'absence du troisième terme du triptyque du procès équitable qu'est le droit à l'exécution des décisions ou des jugements est un vice de taille qui entache totalement la crédibilité du système de règlement des différends de l'OMC. Un système qui aboutit à des recommandations qui ne peuvent être exécutées du fait de la trop grande faiblesse d'un groupe d'acteurs et de l'absence de véritables «voies d'exécution» à l'échelle interétatique (42).

Pour y remédier et dans le cadre des négociations pour l'amélioration du Mémorandum, le groupe africain à l'OMC a proposé l'adoption d'une procédured'exécution collective des recommandations et décisions de l'ORD, lorsque le recours est déposé par un PED ou un PMA contre un pays développé membre(43).

C/ L'actualité des négociations sur le système de règlement des différends à l'OMC: constat de l'inadaptation du mécanisme avec la situation des PED et la plaidoirie en faveur de sa réforme en droite ligne avec les besoins de développement :

Le système de règlement des différends, mis en place par l'OMC, ne répond pas aux attentes des PED qui s'attendaient à un système leur permettant de se réapproprier une justice que les accords commerciaux multilatéraux leur ont amputée. Les grandes ambitions exprimées par les PED se sont heurtées à une opposition ferme des pays développés, hostiles à tout changement substantiel du mécanisme de règlement des différends.

Une situation qui a conduit à une vague de critiques émises, à l'encontre de ce système par les représentants des PED. Parmi ces reproches, on note celle émise à l'encontre de l'imputation de la charge de preuve faite pour les PED. C'est-à-dire, en matière de TSD, si un PED constate qu'un pays développé est en violation d'obligations, il doit impérativement justifier cette violation par une exception dont il pourrait se prévaloir. Ce qui est en contradiction avec le principe *jura novilcuria*, selon lequel le défenseur n'a pas la responsabilité de fournir l'interprétation juridique à donner d'une disposition particulière de l'instrument en cause(44).

L'efficience du mécanisme de règlement des différends nécessite de lui greffer le cachet obligatoire. C'est ce qui ressort d'une proposition émise par le groupe africain à l'OMC,qui a suggéré la mise en place d'un organe destiné à superviser l'application du TSD (45).

Ayant constaté l'inefficience duTSD décidé à leur égard par l'OMC, notamment dans son volet lié au règlement des différends, les PED concluent que le droit international du développement entame depuis des décennies un déclin dans son évolution. Depuis la création de l'OMC, on assistait à un démantèlement graduel du corps normatif de ce droit et à un bouleversement radical dans la direction contraire, vers des politiques de privatisation et de suppression de toutes les protections(46). Ces stratégies pour favoriser l'échange de biens, marchandises et services à l'échelle de la planète, se situent dans une tradition de coexistence entre acteurs privés et étatiques du droit international, au mépris d'une régulation des rapports économiques entre les peuples(47).

Les PED n'ont pas eu de cesse à demander la révision du système de règlement des différends afin de le rendre plus harmonieux avec leur niveau de développement économique. Dans ce sens et lors d'une session extraordinaire de l'ORD, la délégation chinoise auprès de l'OMC a présenté une communication visant l'amélioration du TSD accordé aux PED dans le cadre du règlement des différends. La proposition traduit le souhait des PED de voir l'OMC accorder un TSD dans le mécanisme de règlement des différends de la même manière qu'il existe dans de nombreux instruments juridiques de l'OMC. Parmi les reformes proposées à ce propos, on note :

- les pays développés membres feront preuve de modération dans les affaires visant les PED membres. Ils ne soumettront pas à l'ORD plus de deux affaires visant le memePED membre au cours d'une année civile ;

- dans le cas où un pays développé Membre introduit une affaire visant un PED Membre, si les décisions finales d'un groupe spécial ou de l'organe d'appel montrent que le PED ne viole pas ses obligations au titre des accords de l'OMC, ses frais juridiques seront pris en charge par le pays plaignant ;
- les pays développés aideront les PED à participer plus efficacement au mécanisme de règlement des différends en leur proposant une assistance technique et des programmes de développement des capacités(48).

Conclusion :

Etant un principe cardinal du droit de l'OMC marquant la volonté de cette institution de tenir compte de la situation des PED,le TSD peut servir comme signe particulier de l'adaptation de la procédure de règlement des différends aux nécessités et contraintes des PED. Il paraît néanmoins surprenant de constater qu'aussi bien la procédure de règlement des différends sous le GATT que celle préconisée par l'OMC ne lui ont réservé qu'une place extrêmement marginale. Les dispositions de TSD sont révélées très peu adaptées aux besoins des PED (49).

Le système de règlement des différends, mis en place par l'OMC, ne réserve que sous quelques angles un TSD en faveur des PED. Ces derniers estiment que devant une inégalité économique il ne peut pas y'avoir une égalité devant la justice de l'OMC. Cela qui a donné lieu à des critiques acerbes adressées à ce système qui prône une égalité de traitement entre des partenaires économiques inégaux.

Les PED estiment que le traitement spécial, que leur réserve le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, n'est pas incitant pour la protection de leurs droits(50). Cela même si ce traitement s'applique tout le long du processus de la procédure, que ce soit devant les groupes spéciaux, devant l'ORD ou même lors de la mise en œuvre des recommandations.

Ils estiment qu'il était loisible aux concepteurs du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, soit de concevoir une composante particulière au TSD, soit d'adapter la procédure commune en tenant principalement compte de l'extrême fragilité des PED. Ces deux opérations pouvaient, en outre, être cumulées. Aucun de ces différents choix n'a malheureusement été clairement exprimé, contribuant ainsi à une certaine fragilisation des pays concernés(51).

En somme, les règles procédurales énoncées montrent qu'aucun traitement plus bénéfique pour les PED n'a été créé dans le système de règlement des différends de l'OMC. Les normes existantes et la pratique de l'ORD sont favorables à une interprétation concluant à l'insuffisance du système pour atteindre la diminution des inégalités Nord/ Sud. Il faudrait pour renforcer les normes de traitement préférentiel à l'égard des PED d'accorder des privilèges à ces pays et créer un vrai service juridique en mesure d'appuyer leur participation dans l'ORD.

Notes :

(1) DIMA EHONGO Paul, «*La mondialisation du droit et les inégalités entre Etats dans l'accès à la justice internationale : les états africains face au mécanisme de règlement des différends du système GATT/OMC* », Cahier du GEMDEV (Groupement d'intérêt scientifique pour l'étude de la mondialisation et du développement), n° 31/ Mars 2007 (la mesure de la mondialisation), Paris (France) , in : http://www.gemdev.org/publications/cahiers/pdf/31/Cah_31_DIMA%20EHONGO.pdf, p.18.

(2) Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce GATT de 1947, in : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47_01_f.htm.
(3) Plusieurs des principes et pratiques mis en place dans le cadre du système de règlement des différends du GATT ont été codifiés au fil des années dans les décisions et les mémorandums d'accord adoptés par les Parties contractantes du GATT de 1947.
(4) Décision du 5 avril 1966 sur la procédure d'application de l'article XXIII, in : https://www.wto.org
(5) MARCHOUH Jamal, « *Le statut des pays en développement dans le système de règlement des différends de l'OMC* », Thèse pour obtenir le garde de docteur de l'Université de Tours, discipline droit public, France, 2007, p.36.
(6) Point 6 de Décision du 5 avril 1966, op.cit.
(7) Cette Décision exige également, lors d'un différend entre un PED et un pays développé, des parties à engager des consultations bilatérales avant de demander les bons offices du Directeur général. À défaut, ils constitueront un groupe spécial qui traitera de l'affaire.
(8) Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, in : http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm
(9) DIMA EHONGO Paul, op.cit, p.11.
(10) RODRIK Dani, « Les pays en développement après le cycle de l'Uruguay », Bulletin CNUCED, Numéro 29 (Décembre 1994), pp 10-13, p.10.
(11) C'est probablement ce qui explique la hausse du nombre d'affaires potées à l'OMC et dont sont parties, soit comme demandeurs ou défendeurs. Si la participation des PED au système de règlement des différends sous les auspices du GATT était éphémère (18% contre 82% pour les pays industrialisés), la période 1995-2001 a vu la participation des PED à ce système augmenter sensiblement en passant à 30% des affaires. Cette participation comprend leur action aussi bien comme demandeur que comme défendeur. La plus célèbre affaire dont les PED sont parties en est l'affaire WT/DS27/AB/R : CE - règlement applicable à la vente et à la distribution des bananes. Cela même si une revue des affaires portées devant l'ORD montre encore que les PMA sont rarement à l'origine de l'enregistrement d'affaires.
- Lire également: GONZALEZ MARTIN Luis Alexander, « *Le produit agricole et agroalimentaire dans la mondialisation des échanges : contribution à la recherche d'une justice économique internationale* », thèse pour le doctorat en Droit, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris (France), 2012, p.309.
(12) Article 8 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, op.cit.
(13) Pour plus de détails à propos des procédures de règlement de différends à l'OMC, consulter : JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine, Droit du commerce international, 3eme édition, Éditions Dalloz, Paris (France), 2015, pp.131-133.
(14) Dans ce sens, l'article 23 du Mémorandum énonce : « *1. Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord …*».
(15) Article 20 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, op.cit.
(16) Les contre-mesures consistent en l'autorisation à donner à l'État victime de suspende à l'égard de l'État violateur l'application de certaines concessions comme procéder par exemple à l'augmentation des droits de douane appliquée aux produits en provenance de cet État.
(17) REGNIER Tiphaine, « *Les droits de l'homme devant le juge de l'OMC*», in : Actes de la journée d'études internationales organisée les 6 et 7 novembre 2008 à Nanterre sur : « Droit de l'homme et violence : gouvernement et gouvernance » sous la direction de CHAAMPEIL-DESPLAATS Véronique et LOCHAK Danièle, Éditions Presses Universitaires de Paris ouest, Paris (France), 2011, pp .161-175, p.165.
(18) ABI-SAAB Georges, Le développement du droit international : Réflexions d'un demi-siècle, Volume 1 (Théorie générale du droit international public), Éditions Press Universitaires de France, Paris (France), 2013, p.348.
(19) CANAL-FORGUES Eric, le règlement des différends à l'OMC, 3eme édition, Éditions Bruylant, Bruxelles (Belgique), 2008, p.07.
(20) ABI-SAAB Georges, op.cit, p.349.
(21) Ibid. p.350.
(22) Article 8 (10) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends signé le 15 avril 1994.

(23) Les PMA est une sous catégorie des PED qui regroupe les pays les plus pauvres de la planète. Pour cette sous catégorie l'OMC reprend la liste établie par l'ONU sur la base du niveau de vie et du PIB / habitant. Cette liste comprend 49 pays dont 31 sont membres de l'OMC. Cette sous catégorie de pays bénéficie à l'OMC en plus du traitement préférentiel réservé à la large catégorie des PED d'un régime dérogatoire supplémentaire eu égard a leur situation économique très fragile.
(24) Décision du 5 avril 1966 sur la procédure d'application de l'article XXIII du GATT de 1947, op.cit.
(25) Et qui énonce : *« 1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord; b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord; c) ou qu'il existe une autre situation, ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites. 2. Dans le cas où un règlement n'interviendrait pas dans un délai raisonnable entre les parties contractantes intéressées ou dans le cas où la difficulté serait de celles qui sont visées à l'alinéa c) du paragraphe premier du présent article, la question pourra être portée devant les parties contractantes. Ces dernières procéderont sans délai à une enquête au sujet de toute question dont elles seront ainsi saisies et, selon le cas, adresseront des recommandations aux parties contractantes qui, à leur avis, sont en cause, ou statueront sur la question. Les parties contractantes pourront, lorsqu'elles le jugeront nécessaire, consulter des parties contractantes, le Conseil économique et social des Nations Unies et toute autre organisation intergouvernementale compétente. Si elles considèrent que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier une telle mesure, elles pourront autoriser une ou plusieurs parties contractantes à suspendre, à l'égard de telle autre ou telles autres parties contractantes, l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général dont elles estimeront la suspension justifiée, compte tenu des circonstances. Si une telle concession ou autre obligation est effectivement suspendue à l'égard d'une partie contractante, il sera loisible à ladite partie contractante, dans un délai de soixante jours à compter de la mise en application de cette suspension, de notifier par écrit au Secrétaire exécutif des parties contractantes son intention de dénoncer l'Accord général; cette dénonciation prendra effet à l'expiration d'un délai de soixante jours à compter de celui où le Secrétaire exécutif des parties contractantes aura reçu ladite notification."*
(26) DIMA EHONGO Paul, op.cit, p.22.
(27) Ibid.p.22.
(28) Articles 4.7, 4.8 et 12.10 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, op.cit.
(29) Article 8.10 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, op.cit.
(30) Article 12.10 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, op.cit.
(31) Cette disposition n'a pas pour objectif de leur permettre d'échapper à leur obligation de mise en conformité mais devraient leur permettre de disposer de délais supplémentaires de mise en œuvre.
(32) L'article 5.1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends cite les bons offices, la conciliation et la médiation comme modes alternatifs de règlement des différends. C'est des procédures ouvertes volontairement si les parties au différend en conviennent ainsi.
(33) DIMA EHONGO Paul, op.cit, p.26.
(34) Article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, op.cit.
(35) Toutefois, les solutions amiables sont soumises à une obligation de conformité aux accords de l'OMC pour ne pas encourager les violations desdits accords par les États qui ont un très fort pouvoir de négociation et qui risquent ainsi d'enrayer la dynamique communautaire (article 3.7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, op.cit).
(36) Lire à ce propos: DIMA EHONGO Paul, op.cit, p.26.
(37) Ibid.p.31.
(38) Il s'agit de mesures provoquant la suspension de l'application de concessions ou autres obligations au titre des accords pris par les États en conflit dans le cadre de l'OMC.
(39) Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, in :
http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf.
(40) L'article 22 du Mémorandum d'accord prévoit la possibilité pour les pays membres, de prendre des compensations lorsqu'un membre est condamné mais ne donne pas suite à la recommandation de l'ORD dans les délais spécifiés par le Groupe spécial ou l'Organe d'appel. Lesdites compensations ne peuvent être autorisées que pour un montant équivalent au préjudice que continue de subir le membre victime. Des

négociations pour des compensations mutuellement acceptables peuvent s'ouvrir entre les parties en application des dispositions de l'article 22.2 du Mémorandum. Ces contre-mesures doivent être proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence a été déterminée.

(41) DIMA EHONGO Paul, op.cit, p.28.

(42) Ibid.p.32.

(43) Ibid.p.33.

(44) TOMKIEWICZ Vincent, « OMC et équité », in : « Les sources et les normes dans le droit de l'OMC », Recueil du colloque de Nice 24-25 juin 2010, Éditions A. Pedone, Paris (France), pp.153-168, p.164.

(45) Cette proposition fut soutenue par la Communauté européenne, mais avec un objectif diamétralement différent de celui de son auteur. La CE voulait assurer que les pays en voie d'industrialisation, ne profitent pas trop longtemps des mécanismes spéciaux et différenciés.

- Lire à ce propos : DIMA EHONGO Paul, op.cit, pp.30-31.

(46)GONZALEZ MARTIN Luis Alexander, op.cit, p.313.

(47) Ibid.p.313.

(48) CHOUKROUNE Leila, « *Les Brics et le droit international du commerce et de l'investissement : entre autonomie et intégration* », Colloque des 21 et 22 mars 2013 sur : « Les dérèglements économiques internationaux : crise du droit ou droit de crises ? », sous la direction de GHERARI Habib, organisé par le Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires de la Faculté de droit et de science politique de l'Université Aix Marseille, Éditions Pedone, Paris (France), 2014, pp.203-227, p.209.

(49)DIMA EHONGO Paul, op.cit, p.22.

(50)Pour plus de détails sur les mesures en faveur des PED lors du processus de règlement des différends, consulter : MACHROUH Jamal, op.cit.

(51)DIMA EHONGO Paul, op.cit, p.21.