

مجلة سداسية متخصصة محكمة

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

المجلد 15/عدد 01-2017
Volume 15/N° 01-2017

Revue Académique
de la Recherche Juridique

Revue Académique de la Recherche Juridique

السنة الثامنة/المجلد 15/عدد 01-2017

Huitième Année / Volume 15 / N° 01-2017

رد م د: 2170-0087

ISSN:2170 - 0087

الإيداع القانوني: 2010_57

Dépôt légal:57_2010

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية



المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة الثامنة/المجلد 15/عدد 01-2017

ردم 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: بري نورالدين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة – بجاية.

أمانة المجلة:

المراجعة اللغوية:

- عوف السعدي
- بن خليفة سمير
- بن موهوب فوزي
- موري سفيان
- الدكتور : تريكي فريد (اللغة العربية).
- الأستاذ الدكتور : صدام فيصل كوكز المحمدي (اللغة الانجليزية).
- الدكتور : بري نورالدين (اللغة الفرنسية).

اللجنة العلمية الإستشارية للمجلة

- الأستاذ الدكتور زوايمية رشيد، جامعة بجاية.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور نجيب بن عمر عوينات، جامعة جندوبة، تونس.
- الأستاذ الدكتور عائض سلطان البقي معهد الإدارة العامة الرياض، السعودية.
- الأستاذ الدكتور زرقين رمضان، جامعة باتنة.
- الأستاذ الدكتور كحلولة محمد، جامعة تلمسان.
- 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 بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتورة إقروفة زوييدة، 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 المجمعمة، المملكة العربية السعودية.
- الدكتورة آمال كامل محمد عبد الله، جامعة السلطان قابوس- سلطنة عمان.

أهداف المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية محكمة ومتخصصة في مجال القانون، أنشأت 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، وتدعمت خلال سنة 2014 من خلال المجلس العلمي لكلية 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 تقرير خبري (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 واللغات 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 والعلوم 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 واللقب والرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية يكتبها باللغة العربية والفرنسية، بالنسبة للباحثين الأجانب يتعين عليهم إفادتنا ب: سيرة ذاتية مؤشر عليها من طرف الهيئة المستخدمة، أو شهادة عمل.

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 ألا يتجاوز المقال 20 صفحة.

تُطبع المقالات بخط Sakkal Majalla حجم 20 للمضمون و 16 بالنسبة للهوامش بالنسبة للعربية،

بخط Times New Roman حجم 14 للمضمون و 12 للهوامش بالنسبة للغة الأجنبية، الفراغ بين الأسطر

1سم (Interligne) .

تُرسل المقالات أو تودع في نسختين 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 الإلكتروني 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 الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم، والحمد لله رب العالمين.

أنه من دواعي السرور أن أقدم لكم هذا العدد الجديد من المجلة الأكاديمية للبحث القانوني. لكن قبل ذلك أود أن أشكر الدكتور خلفي عبد الرحمان الذي قدم الكثير للمجلة منذ توليه رئاسة تحرير المجلة إلى غاية العدد 2 من سنة 2016. ستواصل المجلة، في الأعداد القادمة إنشاء الله، في نفس الوتيرة من التطور، و ستعمل على نشر الأبحاث الجامعية ذات نوعية معترف بها على المستوى الدولي.

تنوعت الأبحاث في هذا العدد بين عدة مجالات منها قانون الضبط و المنافسة، وحماية الاستثمار و التحكيم الدولي، وقانون النقد والقرض، والقانون الدولي و الإنساني، و القانون الإداري، و القانون المدني، و القانون الجنائي والجرائم الالكترونية، ونظام الدفع الالكتروني، وغيرها... من المواضيع التي وصلت إلى 40 مقال باللغتين العربية والفرنسية.

حاولت المجلة أن تواصل عملية نشر الأبحاث ذات النوعية والتنوع، من داخل الوطن ومن الخارج، لتشمل كل التخصصات القانونية دون استثناء، كما تواصل تحسين أداءها والرفع من مستوى الباحثين من خلال إشراك محكمين أجانب إلى جانب زملائنا 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 رسائلهم 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 ابتداء من العدد 2 لسنة 2017، و تكون المجلة قابلة للتحميل في الموقع التالي:

www.asjp.cerist.dz/

رئيس تحرير المجلة

الدكتور نورالدين بري

الفهرس

قبايلي طيب

الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال الاستثمار.....11

صدام فيصل كوكزالمحمدي

تقييم تجربة الإتحاد الأوربي في استخدام العقوبات الذكية، وفعاليتها في حماية حقوق الانسان.....26

بويحي جمال

إصلاح هيئة الأمم المتحدة بين الدوافع العمليّة وتَمَنُّع الإرادة الدولية.....59

هشام جميل كمال و محمد علوم محمد

الدور الرقابي لمكتب المفتش العام وانعكاساته على الأزمة المالية في العراق -دراسة دستورية مالية.....71

هارون نورة

ضرورة تفعيل دور الوسيط والمحامي في مجال الوساطة الجنائية.....88

سلام منعم مشعل و محمد سمير صالح

الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية الرقمية.....104

مزاولي محمد

نظرية العقد والنظام القانوني البيئي قراءة في القانون الفرنسي.....134

أوكيل محمد أمين

مراجعة المعاهدات متعددة الأطراف : بين تعدّد المعاني وتباين حالات نفاذ أحكامها.....152

فتحي وردية

172.....الاحتجاجات الشعبية العربية وأثرها على التشغيل: الواقع والمأمول

بن هلال ندير

معاملة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني: الاتفاق المبرم مع الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة نموذجا.....192

أسيخ سمير

عن الأختصاص البيئي للجماعات الإقليمية في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016.....209

أغليس بوزيد

223.....رقابة القضاء الإداري على بطلان إجراءات التحقيق

تدريست كريمة

237.....الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية

حسونة عبد الغني

254.....الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في القانون الجزائري

خشمون مليكة

267.....مبدأ الفصل بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي

بومقورة "م" بزاحي سلوى

282.....مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية - دراسة مقارنة-

إراتن عبد الله

300.....مكافحة جريمة تبييض الأموال: بين المواثيق الدولية و التشريعات الداخلية

بلعيد جميلة

البنوك الإسلامية بين الرقابة التقليدية والشرعية في ظل الرهانات الجديدة.....310

بركان عبد الغاني

الحوافز الجبائية في مجال الاستثمار ودورها في حماية البيئة.....322

وداعي عزالدين

العمل العقابي كأسلوب من أساليب المعاملة العقابية في التشريع الجزائري336

بلول فهيمة

الخبرة القضائية كإجراء أساسي للتحقيق في المنازعة الضريبية.....347

دريس نسيمة

تطبيق مبدأ الأختصاص العالمي في مجال القانون الدولي الإنساني (دولة بلجيكا

نموذجا).....367

هلال العيد

النظام القانوني لنشاط خبراء التأمين في التشريع الجزائري380

مخلوف باهية

الخدمة الشاملة للمواصلات السلكية واللاسلكية في الجزائر.....401

مزازي صبرينة

بين قضاء وإدارة قاضية : الاختصاص التنازعي للسلطات الإدارية المستقلة.....415

عثماني بلال

القاضي طرف جديد في العقد المدني429

موري سفيان

دور اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في مكافحة الفساد في المعاملات
التجارية الدولية.....443

بوراس منير

سلطة القاضي الجزائري في تقدير الدليل العلمي.....457

بوسري عبد اللطيف

نظام المثلث الفوري بديل لإجراءات التلبس في التشريع الجزائري.....467

شرشاري فاروق

النظام القانوني للمقاطعات الإدارية في الجزائر في ضوء المرسوم الرئاسي
140-15.....481

داودي عبد اليزيد

إشكالات التدخل الانساني تجاه ميثاق الأمم المتحدة وإمكانية استيعابه لها.....493

رضوان سلوى

البنوك... بين التزام السرية المصرفية وواجب مكافحة جريمة تبييض
الأموال.....510

زادي سيدعلي

الامتياز بالتراضي كصيغة وحيدة لاستغلال العقار الصناعي في الجزائر.....526

عرقوب نوال

برامج الأمم المتحدة لنزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج -الجهود
والتحديات-.....542

الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال الاستثمار*

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

د. قبايلي طيب،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

يتمتع نظام التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، وفقاً لنصوص اتفاقية واشنطن، بميزات إيجابية ذات أهمية بالغة، إلا أن اجتهاد تحكيم المركز قد أحدث تطوراً عميقاً للحماية القانونية للمستثمرين الأجانب في الكثير من المسائل وأظهر اتجاهات حديثة في غاية الأهمية، منها ما يتعلق بالتراضي على التحكيم ومنها ما يخص الحماية الإجرائية للاستثمار الأجنبي وأخيراً تبني تقنية أصدقاء المحكمة كنظام جديد في خصومات التحكيم.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار، التحكيم، المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، التراضي على التحكيم، الحماية، أصدقاء المحكمة.

Contemporary Trends in Investment Arbitration

Abstract:

The arbitral tribunal before the ICSID, in accordance with the provisions of the Washington Convention, has positive advantages of great importance. However, the arbitration of the ICSID has led to a profound development of the legal protection of foreign investors on many issues and has shown very important specificities, including the procedural protection of foreign investment and finally adopt the technique of the Friends of the Court as a new system in arbitration discounts.

Key words:

Investment, Arbitration, ICSID, Consent to arbitration, Protection, Friends of the Court.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/20 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/12/14 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Les nouvelles tendances de l'arbitrage en matière d'investissement

Résumé :

Conformément aux dispositions de la convention de Washington, le système d'arbitrage du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements jouit de caractéristiques d'une grande importance, mais la *jurisprudence* arbitrale dudit centre a transformé profondément la protection des l'investisseurs étrangers et ce, en révélant de nouvelles tendances relatives au consentement à l'arbitrage, à la protection procédurale de l'investissement étranger et enfin l'adoption du système d'*amicus curae* dans les instances arbitrales.

Mots clés :

Investissement, arbitrage, centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, protection, *amicus curae* (amis de la Cour).

مقدمة

يعتبر التحكيم في مجال الاستثمار إحدى أهم الضمانات التي توفرها الدولة المضيفة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية تحقيقاً للتنمية والتقدم في شتى المجالات، فهو بحق الوسيلة العادية التي يلجأ إليها أطراف عقد الاستثمار، المبرم بين الدولة أو إحدى هيئاتها العامة والمستثمر الأجنبي، لتسوية ما قد يثور بينهما من نزاعات، وأهم هيئات التحكيم في مجال الاستثمار على الإطلاق المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنشئ بموجب اتفاقية واشنطن تحت رعاية البنك العالمي.⁽¹⁾

أراد واضعو اتفاقية واشنطن، من خلال إنشاء المركز الدولي، تحقيق مناخ الثقة المتبادلة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، حيث مُنح هذا الأخير مركزاً قانونياً يمكن له بمقتضاه أن يقف خصماً أمام الدولة المضيفة على نفس قدم المساواة للدفاع عن مصالحه وحقوقه عن طريق التوفيق أو التحكيم⁽²⁾. في المقابل، تطمئن الدولة المضيفة بأنه لا يمكن لدولة المستثمر أن تتدخل لتبني قضيته من خلال حمايته دبلوماسياً⁽³⁾ أو التأثير على عملية تسوية النزاع.

على الرغم من كل الخصوصيات التي تميّز اتفاقية واشنطن من ضمان استقلالية المركز وفعالية طرق تسوية ما يُعرض عليه من منازعات، فضلاً عن كل المميزات الإيجابية التي يتمتع بها نظام التحكيم أمام المركز الدولي، وفقاً لنصوص اتفاقية واشنطن، كتحقيق الاكتفاء الذاتي من حيث الإجراءات الخاصة بتسيير خصومة التحكيم وضمن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، إلا أن هذا لا يعني أن التحكيم أمام هذا الجهاز الدولي قد حقق المبتغى في مجال تسوية نزاعات الاستثمار.

في هذا الإطار، نجد أن اجتهاد تحكيم المركز الدولي قد أحدث تطوراً عميقاً للحماية القانونية للمستثمرين في الكثير من المسائل وأظهر اتجاهات في غاية الأهمية لم يسبق لها مثيل لتحكيم هذا الجهاز الدولي، بل لم يعرفها حتى اليوم التحكيم التقليدي الذي تمارسه مراكز التحكيم المختلفة عبر العالم. ففيما تكمن الاتجاهات المعاصرة لتحكيم المركز الدولي ومدى تأثيرها على الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية؟

من أجل دراسة الموضوع وتحليل المسائل التي يُثيرها، يتعيّن الشروع بأهم ما توصل إليه اجتهاد تحكيم المركز الدولي بشأن تكوين التراضي على اللجوء إلى التحكيم (أولاً)، ثم بيان نطاق الحماية الإجرائية التي يحظى بها الاستثمار الأجنبي (ثانياً) وأخيراً، التطرّق إلى أبرز اتجاه حديث عرفه التحكيم في مجال الاستثمار والمتمثل في اعتماد تقنية "أصدقاء المحكمة" ضماناً لشفافية خصومة التحكيم (ثالثاً).

أولاً: اللجوء إلى التحكيم أمام المركز: استبعاد التراضي التقليدي

لا يعدّ اختصاص المركز الدولي بتسوية النزاعات، وفقاً لما تضمنته الاتفاقية، إلزامياً. فتصديق الدولة عليها لا يعني سوى استعدادها لقبول خدمات المركز، إلا إذا توافر تراضي ثنائي للطرفين بشأن منح هذا الاختصاص⁽⁴⁾، أي ارتضت الدولة المضيفة اختصاص المركز ولقي قبولاً من جانب المستثمر، سواءً كان ذلك عن طريق شرط أو مشاركة التحكيم. إلا أن واقع التحكيم أمام المركز الدولي قد أفرز صوراً أخرى جديدة للتراضي على اختصاصه، سواءً كان ذلك بموجب نصّ تشريعي داخلي أو بناءً على نصّ اتفاقي، وهو تراضي يختلف في شروطه ونتائجه عن التراضي في إطار إبرام اتفاق تحكيم تقليدي، الأمر الذي يُشكّل اتجاهاً لم يُعرف له مثيل.

1- الاعتراف بالرضا الوارد في نصّ تشريعي

قد تبدي الدولة المضيفة موافقتها على اختصاص المركز من خلال نصّ يرد في قانونها الداخلي المتعلق بالاستثمار، تعبّر فيه عن رضائها باختصاص هذا الجهاز لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي. ولكي ينتج هذا التعبير أثره بشأن مسألة الاختصاص واكتمال ركن التراضي، يجب أن يصدر عن المستثمر قبولاً بذلك في وقت لاحق.

يتميّز هذا النوع من الرضا بانفصال التعبير عن إرادة كل طرف، إذ تعبّر الدولة المضيفة عن إيجابها بموجب نصّ قانوني داخلي، بينما تعبّر المستثمر عن قبوله كتابة في وقت لاحق بعد نشوء النزاع بين الطرفين في غالبية الحالات، هذا من جهة.

من جهة أخرى، تتميّز هذه الصورة للتراضي بأن الدولة تقدّم عرضاً موجّهاً لكل مستثمر أجنبي، مما يعني أن الدولة المضيفة غير عالمة لا بخصوصها المحتملين وقت تقديم عرضها ولا بطبيعة النزاعات التي يمكن طرحها.

اتبعت العديد من الدول هذه الإمكانية لتكوين التراضي على تحكيم المركز، إلا أنه في المقابل لم تكن تنتظر النتائج الخطيرة التي ستترتب جراء نصوصها الداخلية، وهذا ما حدث بجمهورية مصر العربية في أول قضية أخذت فيها محكمة تحكيم المركز برضا الدولة الوارد في نص داخلي وهي قضية (SPP) المعروفة بقضية هضبة الأهرام⁽⁵⁾.

هكذا، وفقا لاجتهاد تحكيم المركز، فإن إيجاب الدولة المتعاقدة، الوارد في تشريعها الداخلي والذي عبّرت فيه عن رضائها في اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي، ينتج أثره القانوني بمجرد لجوء المستثمر الأجنبي أمام المركز بطلب التحكيم. بمعنى أن المستثمر لا يتصل بالدولة الطرف في النزاع اتصالاً مباشراً قصد تكوين التراضي على التحكيم، وإنما يعبر عن قبوله لإيجاب الدولة في عريضة التحكيم المقدّمة أمام المركز، الشيء الذي يتنافى مع روح المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن ونيّة واضعها.

2- الاعتراف بالرضا الوارد في القانون الاتفاقي

تتضمن معظم الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار بنوداً لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وأغلبها تجيز الالتجاء إلى التحكيم سواءً كان حرّاً أو مؤسّسياً، إلا أن الغالبية العظمى منها تشير إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. تبدي الدولتان المتعاقدتان، من خلال هذا الشرط، موافقتهما للخضوع إلى تحكيم المركز لتسوية ما يثور من نزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

تعبّر الدولة، في بعض الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها، صراحة عن إرادتها للخضوع لإجراءات التحكيم أمام المركز الدولي، الأمر الذي يشكّل إيجاباً موجّهاً لرعايا الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية. يمكن أن نذكر في هذا الشأن المادة 8/ ف 2 من الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات والتي تنصّ⁽⁶⁾:

"2- يوافق كل طرف متعاقد على رفع هذا النزاع، وفقا لخيار المستثمر إلى التحكيم الدولي

لتسويته أمام إحدى الهيئات التالية:

(أ)- المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات لتسوية بالتحكيم بموجب اتفاقية واشنطن المؤرخة في 18 مارس 1965 (...). على أن يكون قد انضم إليها الطرفان المتعاقدان.

(ب)- تسهيلات المركز الإضافية.

(ج)- محكمة خاصة يتم تكوينها طبقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي".

واضح من نصّ المادة 8/ ف 2 أعلاه أن الدولة المتعاقدة قد عبّرت عن إيجاب موجّه للمستثمرين الأجانب رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، بموجبه أعلنت عن رضائها للخضوع للتحكيم وقفا للاختيار الذي سيعلن عنه المستثمر، والغريب في الأمر أن نصّ المادة 8/ ف 5 من نفس الاتفاقية تعتبر شرط الاتفاق الكتابي للجوء إلى التحكيم مستوفيا انطلاقاً من الموافقة المعبر عنها في الفقرة 2 وعرض النزاع من طرف المستثمر بناءً على نفس الفقرة، الشيء الذي لا

نجده في الاتفاقيات الثنائية الأخرى مما يضفي حماية أوسع للمستثمر⁽⁷⁾، حيث تنص المادة 8/ ف 5 من اتفاقية الجزائر والسويد على ما يلي:

"تشكل الموافقة المعبر عنها من قبل كل طرف متعاقدة وفقا للفقرة 2 وكذلك رفع النزاع من قبل المستثمر وفقا لهذه الفقرة، موافقة كتابية أو اتفاقا كتابيا من طرفي النزاع بشأن رفعه للتسوية لأغراض الفصل 2 من اتفاقية واشنطن (محكمة تابعة للمركز) (...)" .

مما لا شك فيه أن العدد الهائل من الاتفاقيات الثنائية عبر العالم وما ورد فيها من قبول الدول على تحكيم المركز الدولي قد أدى إلى إعادة النظر في الطريقة التي يتكون بها التراضي على اختصاص المركز، نظرا للإمكانية المتاحة للمستثمرين الأجانب من مباشرة إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة دون حاجة إلى اتفاق تحكيم مسبق. هذا ما جسده الاجتهاد التحكيمي للمركز الدولي بداية من التسعينات، حيث تم تأسيس اختصاص المركز، منذ ذلك الوقت إلى يومنا هذا، بالنسبة لأكثر من ثلاثة أرباع القضايا المسجلة أمامه، بناءً على بنود تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار.

هكذا، يمكن اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي بشكل إنفرادي لا يعتد إلا بإرادة المستثمر الأجنبي الذي يختار جرّ الدولة المضيفة أمام محاكم التحكيم وقتما أراد وبصدد أي نزاع خاص بالاستثمار دون توافر اتفاق تحكيم أو دون علاقة عقدية.

تجدر الإشارة أنه ورد ضمن أحكام اتفاقية واشنطن وكذا نصوص لائحة رفع الدعاوى أمام المركز الدولي نصان بموجبهما يتعين أن يكون التراضي مكتملا قبل إخطار المركز بالنزاع وبالتبعية أن يكون التعبير عن إرادة الطرفين سابقا على تقديم طلب التحكيم. تنص المادة 36/ ف 2 من الاتفاقية في هذا الشأن على أن:

"2- ويجب أن يشتمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم".

كما تضمنت المادة 1/2 (ج) من لائحة تقديم الدعاوى على تحكيم المركز ضرورة أن تشتمل عريضة التحكيم الإشارة إلى تاريخ التراضي والأدوات القانونية التي تم تسجيله فيها مع إرفاق الوثائق الثبوتية لذلك. أما الفقرة الثالثة من نفس اللائحة فقد نصت على أن: "تاريخ الموافقة" هو الذي يتفق طرفا النزاع على عرضه أمام المركز، وإذا قدم الطرفان موافقتهم في تاريخين مختلفين فيعتد بأخرهما".

يستخلص من النصوص السابقة أن الاتفاقية المنشأة للمركز الدولي وكذا لائحة تقديم الدعاوى قد فصلتا بين الموافقة الكتابية للطرفين على عرض النزاع على تحكيم المركز وبين العريضة المقدمة لإعمال نظام التحكيم، فاكتمال التراضي مشروط قبل تاريخ إيداع العريضة لدى الأمانة العامة للمركز⁽⁸⁾.

بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للاتفاقية نجد أنها قد تعرّضت لحالة التراضي المنفصل، إذ تمّ التطرّق إلى هذا الفرض منذ المشروع التمهيدي لها. ترى الأستاذة B. STERN في هذا الشأن، أن أساس التطوّر الحاصل في استخلاص الصور الحديثة للتراضي هو المشروع التمهيدي لاتفاقية واشنطن من خلال التعليق الذي تمّ إرفاقه به، حيث تذكر أن:

"Dans le commentaire du projet soumis pour discussion aux réunions consultatives des experts juridiques des gouvernements qui se sont tenues en 1963 et 1964, il est précisé qu'aucune forme particulière, sinon la forme écrite, n'est exigée pour l'expression du consentement, et que celui-ci peut être donné par un engagement préalable « qui peut être unilatéral (par exemple par voie législative), bilatéral ou multilatéral »⁽⁹⁾.

تمخّض عن مناقشة هذا المشروع التمهيدي إبداء الدول النامية تخوّفها بشأن تحقّق حالة إيجاد الدولة نفسها أمام تحكيم إجباري دون اتفاق خاص. من أجل هذا، سعى من مُعدّي المشروع لإقناع الدول على أهمية الاتفاقية، تمّ تعديل المشروع التمهيدي وأكّد المستشار القانوني للبنك الدولي A. BROCHES بأنه لا يمكن إجبار أية دولة موقّعة على اللجوء إلى تسهيّلات المركز، كما أنه لا يمكن لأي مستثمر أجنبي اتخاذ إجراءات ضدّ الدولة من غير اتفاق الطرفين على ذلك. أما عن التراضي الذي تبديه الدولة بشكل إنفرادي، اعتبر المستشار القانوني للبنك أن هذا الأمر يتعلق بحالة استثنائية، لا تخصّ جميع منازعات الاستثمار ولا تعني جميع المستثمرين، بل تتضمن طائفة معيّنة من المنازعات ومجموعة المستثمرين الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة وفقاً للتحديد الذي تقرّه الدولة من خلال قانونها الداخلي الخاص بالاستثمار⁽¹⁰⁾.

تمّ التأكيد على الطابع الاستثنائي للجوء إلى تحكيم المركز الدولي بناءً على عرض الدولة المنفرد من طرف معدّي الاتفاقية في المناسبات التي جمعت وفود الدول المشاركة في مناقشة مشروعها، حيث سعى هؤلاء إلى طمأنة الدول وبصفة خاصة الدول النامية التي تخشى من تحوّل تعهدها المنفرد إلى وسيلة ضغط بيد المستثمرين الأجانب. هكذا، أكّد A. BROCHES بأنه لم يتمّ النصّ على هذه الوسيلة للتعبير عن الرضا لأنها ليست الطريقة التي تتعامل بها الدول مع المستثمرين الأجانب⁽¹¹⁾.

إذا كان هذا التحليل صالحاً ومتطابقاً للطابع الاختياري للجوء إلى المركز، وفقاً لروح اتفاقية واشنطن، إلا أن الواقع المعاش أثبت عكس ذلك تماماً، بحيث أصبح اللجوء إلى تحكيم المركز بناءً على القوانين الداخلية للدول المضيفة وعلى أساس الاتفاقيات الدولية إلى تبرمها هي الأصل أو القاعدة. لقد أدى الاجتهاد التحكيمي للمركز الدولي بخصوص هذه المسألة إلى قلب الأمور رأساً على عقب.

إذا أردنا تقييم هذا المسلك لمحاكم تحكيم CIRDI نقول أنه جاء مخالفاً مع ما هو متعارف عليه، بشأن اللجوء إلى التحكيم الدولي، من قواعد أساسية لإسناد الاختصاص التحكيمي. كما يتناقض هذا الموقف مع أحكام اتفاقية واشنطن بحد ذاتها. ضف إلى ذلك أنه مسلك يخلّ بالتوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة.

ثانياً: الاتجاه نحو التوسيع من نطاق الحماية الإجرائية

نستعرض في هذا المجال إحدى الجوانب الخاصة بالحماية الإجرائية وهو تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث أثرت لأول مرة مسألة تطبيق هذا الشرط أمام قضاء تحكيم المركز الدولي في قضية E.A. Maffezini ضد مملكة إسبانيا⁽¹²⁾، أين قبلت محكمة التحكيم تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على النصوص التي تنظم طرق تسوية النزاعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، الشيء الذي فتح الباب واسعاً لإعمال هذا الشرط من قبل محاكم تحكيم أخرى.

1- وقائع وإجراءات قضية E.A – Maffezini ضد إسبانيا

بسبب الأضرار التي لحقت استثمار المواطن الأرجنتيني السيد Maffezini نتيجة تصرفات الشركة الإسبانية SODIGA، تقدّم بطلب التحكيم أمام المركز الدولي بتاريخ 1997/10/30، طالباً تعويضه عن هذه الأضرار، نظراً لعدم وفاء الحكومة الإسبانية بالتزاماتها المقررة وفقاً لأحكام الاتفاقية الثنائية المبرمة بينها وبين الأرجنتين بتاريخ 1991/10/03.

أسّس المدعي دعواه بناءً على موافقة إسبانيا على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي بموجب الاتفاقية الثنائية القائمة بين دولته والدولة المضيفة. كما استند السيد Maffezini إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في ذات الاتفاقية مؤسساً ذلك على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين إسبانيا والشيلي. بموجب هذه الاتفاقية، منحت إسبانيا امتيازات خاصة لاستثمارات رعايا دولة الشيلي، مما يتعيّن على إسبانيا أن تمنح نفس الامتيازات لمستثمري الأرجنتين بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية⁽¹³⁾.

تتضمن الاتفاقية الثنائية بين إسبانيا والأرجنتين نصّ المادة 10 الذي وضع شرطاً مفاده أنه لا يمكن البدء في إجراءات التحكيم إلا بعد عرض النزاع على القضاء الداخلي أولاً وبعد مرور 18 شهراً دون الفصل فيه أو استمرار هذا النزاع رغم الفصل في موضوعه⁽¹⁴⁾. مع ذلك لم يقيم السيد Maffezini بالإجراءات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية مُعتبراً أن نصّ المادة 10/ف 2 من اتفاقية إسبانيا مع الشيلي لم تتطلّب سوى مرور مدّة 6 أشهر، يتمّ خلالها محاولة تسوية النزاع ودياً، قبل اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي. أدى هذا الأمر بالمدعي إلى اعتبار أن معاملة الاستثمارات الشيلية في إسبانيا أفضل من وضع الاستثمارات الأرجنتينية،

مما يسمح له بالاستناد إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في اتفاقية إسبانيا مع الأرجنتين⁽¹⁵⁾، إذ تم صياغة هذا الشرط:

"Dans toutes les matières traitées par cet accord, le traitement ne devra être moins favorable que celui accordé par chaque Etat partie aux investissements réalisés sur son territoire par les investisseurs d'un Etat tiers"⁽¹⁶⁾.

ردت الحكومة الإسبانية على الأسس المعتمد عليها من طرف المدعي بعدم جواز تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في اتفاقية إسبانيا والأرجنتين على نصوص تسوية النزاعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، مُعتبرة أنه شرط متعلق بأحكام الحماية الموضوعية ولا يشمل الأحكام الإجرائية⁽¹⁷⁾.

2- موقف محكمة تحكيم المركز

رفضت هيئة التحكيم المشكّلة في قضية Maffezini الدفع المقدم من طرف الحكومة الإسبانية مُستندةً في ذلك إلى بعض القضايا المطروحة على القضاء والتحكيم الدوليين التي تعرضت، ولو بصفة عارضة، لمسألة الحماية وكذا شرط الدولة الأولى بالرعاية⁽¹⁸⁾. بدأت محكمة التحكيم في قضية Maffezini تحليلها بالتأكيد على أهمية احترام إرادة الدول المتعاقدة والخيار الذي تتمتع به في مجال حصر أو تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار المزايا الموضوعية أو شموله كذلك المزايا الإجرائية. أما في حالة عدم النصّ على هذا التحديد، ترى هيئة التحكيم أن هناك أسباباً معقولة لاعتبار الأحكام الإجرائية وثيقة الارتباط بالمسائل الخاصة بحماية المستثمرين⁽¹⁹⁾.

من أجل تبرير هذا الموقف، عملت المحكمة على وضع قيد لإعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية على نصوص تسوية المنازعات، بحيث ترى أنه يجب أن لا يؤدي تطبيق هذا الشرط إلى مخالفة الأحكام المتعلقة بالنظام العام التي تتضمنها اتفاقية الأساس⁽²⁰⁾.

لا يمكن التسليم بهذا الموقف نظراً للشروط المسبقة التي وضعتها الدولتان المتعاقدتان في اتفاقية الأساس، التي تعتبر أساساً لقبولها اللجوء إلى التحكيم، بحيث ألا يمكن اعتبار النصّ على شرط عرض النزاع أولاً على القضاء الداخلي للدولة المضيفة نصّاً متعلقاً بالنظام العام بالنسبة لهذه الدولة؟ ألا يتعارض امتداد تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على النصوص الخاصة بتسوية المنازعات، مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين؟ إلى جانب هذا، ما هو الأساس الذي يُعتمد عليه لحصر القواعد المتعلقة بالنظام العام؟

إن الإجابة عن التساؤل الأول والثاني تكون بالإيجاب، نظراً لاشتراط الدولة المتعاقدة إجراءات مسبقة يجب احترامها قبل اللجوء إلى التحكيم، فضلاً عن عدم معرفة المصدر الذي استقت منه هيئة التحكيم القيد من تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية. بالنظر إلى موقف هذه الأخيرة في قضية Maffezini، يتّضح أنه في جميع الحالات التي يتم النصّ فيها على شرط

الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقية دولية دون تحديد نطاقه، سيؤدي حتماً إلى امتداد تطبيقه على نصوص تسوية النزاعات بهدف اللجوء، دون عائق، إلى التحكيم الدولي بصفة خاصة تحكيم المركز الدولي قصد ضمان حماية أوسع نطاق للمستثمر الأجنبي.

انطلاقاً من هذا، نقول أن اجتهاد تحكيم المركز الدولي قد قبل أعمال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية حين يتعلّق الأمر بالتخفيف أو الإعفاء من الشروط المسبقة الواجب احترامها قبل اللجوء إلى التحكيم، إلا أن أعمال الشرط في جسّد مبدأ التفسير الواسع لنطاق الالتزامات المفروضة على الدولة الطرف في النزاع، كما يتعارض مع مبدأ احترام إرادة الدول في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية.

ثالثاً: تكريس نظام "أصدقاء المحكمة"

يرتكز نظام "أصدقاء المحكمة" أو "الطرف غير المخاصم" ⁽²¹⁾ في الاعتراف لأطراف من الغير في للمجتمع المدني من منظمات، جمعيات، نقابات وشخصيات أكاديمية وغيرها بإمكانية التدخل ⁽²²⁾ في خصومة التحكيم المطروحة أمام المركز الدولي.

تجدر الإشارة أن هذا النظام قد تمّ تكريسه من طرف هيئات تسوية النزاعات، سواءً على مستوى المنظمة العالمية للتجارة ⁽²³⁾ أو في إطار الاجتهاد التحكيمي للمحاكم المشكّلة لتسوية نزاعات الاستثمار الخاصة بأحكام الفصل الحادي عشر من اتفاق التبادل الحرّ لشمال أمريكا (ALENA) ⁽²⁴⁾، ليأتي فيما بعد المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات لاعتماد هذه التقنية مسaire للتطورّ الحاصل في هذا المجال لإضفاء شفافية ودمقرطة إجراءات التحكيم.

1- تبني النظام في الاجتهاد التحكيمي بعد تردّد محاكم تحكيم المركز

لم تکرّس المحاكم المشكّلة في إطار المركز الدولي نظام الطرف غير الخاصم إلا منذ سنة 2005، حيث كانت بعض محاكم التحكيم، في وقت سابق، ترفض قبول تدخّل الغير في الخصومة، إلا أن تعالي الأصوات المنادية للحدّ من السريّة التي تكتنف قضايا التحكيم في مجال الاستثمار أي القضايا المتعلقة بالمصالح الاستراتيجية للمجتمع، دفع بمحاكم تحكيم المركز، في وقت لاحق، إلى السماح بذلك، سواءً للمنظمات غير الحكومية أو النقابات أو الشخصيات الأكاديمية أو العامة ⁽²⁵⁾.

تجسد الاتجاه الراض لتدخّل الغير في موقف محكمة تحكيم المركز الدولي في النزاع القائم بين شركة Aguas del Tunari ودولة بوليفيا سنة 2002، عندما تقدمت مجموعة من المنظمات غير الحكومية وبعض الشخصيات العامة بطلب أصلي يتمثل في التدخّل في الخصومة باعتبارها طرفاً خصماً واحتياطياً الاستجابة لها بالتدخل "كأصدقاء للمحكمة

(Amicus Curia)، ومن ثمة السماح لها بتقديم مذكرات كتابية، حضور الجلسات، الحق في تقديم ملاحظات شفوية والاطلاع على جميع المستندات والوثائق التي يحتويه ملف القضية⁽²⁶⁾. رفضت المحكمة طلب تدخل الغير، مهما كان شكل هذا التدخل، استناداً إلى الطابع الرضائي للتحكيم⁽²⁷⁾، إلا أن هذا الموقف ليس من المبادئ المستقر عليها في قضاء تحكيم المركز الدولي، إذ لم يمر وقتاً طويلاً حتى تبنت محاكم المركز اجتهاداً مغايراً يُكرّس نظام الطرف غير المخاصم.

تتمثل أولى القضايا التي فتحت المجال لتبني نظام الطرف غير المخاصم في قضاء تحكيم المركز الدولي في قضيتين مشهورتين، القضية الأولى قائمة بين Agnas Argentina ضد الأرجنتين والثانية قضية Agnas de santa fe ضد الأرجنتين كذلك. في كلتا القضيتين طلبت الأطراف غير المخاصمة حضور الجلسات وتقديم المذكرات الكتابية والاطلاع على جميع وثائق ملف الدعوى⁽²⁸⁾.

رداً على طلبات أصحاب المصلحة في التدخل، اعتبرت المحكمة أنها لا تتمتع بالسلطة القانونية لفتح الجلسات للغير ما لم يحظى ذلك بالموافقة المشتركة للأطراف المتنازعة تأسيساً على المادة 2/32 من نظام التحكيم أمام المركز⁽²⁹⁾. أما فيما يخص طلب الاطلاع على جميع وثائق الملف المقدّمة من قبل الأطراف المتنازعة، فردّت المحكمة في القضيتين بأن الفصل في هذه المسألة سابق لأوانه، مكتفية بذلك على قبول طلب تقديم مذكرات كتابية⁽³⁰⁾.

إن السلطة التي تتمتع بها المحكمة، بموجب نص اتفاقية واشنطن الوارد في المادة 44، للفصل في أي مسألة إجرائية لم يتم النص عليها، هو الأساس القانوني المستند عليه لقبول ما اصطلح عليه بـ"أصدقاء المحكمة" للتدخل في خصومة التحكيم المعروضة على المركز الدولي، حيث أن هذا النص يخوّل محكمة التحكيم السلطة التقديرية العامة لتسيير إجراءات الخصومة⁽³¹⁾.

2- وضع الأساس القانوني لنظام "أصدقاء المحكمة"

بالرجوع إلى نصوص اتفاقية واشنطن، المنشأة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، لا نجد أي نصّ يُشير صراحةً إلى إمكانية قبول تدخل شخص أو كيان من الغير في النزاع القائم بين الدولة المضييفة والمستثمر الخاص الأجنبي. إلى جانب هذا، لا يتضمن نظام التحكيم لدى المركز ولا نظام عرض الدعاوى على التحكيم أمام هذا الجهاز الدولي أيّ مادة قانونية صريحة بخصوص هذه المسألة الإجرائية التي تسمح للغير بولوج إجراءات خصومة التحكيم لتدعيم الشفافية وغيرها من الأهداف المشروعة المنتظرة من قبل المجتمع المدني.

انطلاقاً من الوقت الذي تم فيه قبول "أصدقاء المحكمة" للتدخل في إجراءات التحكيم في إطار القضايا المعروضة على المركز الدولي سنة 2005 وبعدها، تولى المركز من خلال هيئاته

إدخال تعديلات على نظام التحكيم أمامه. في هذا الصدد، خوّل نظام التحكيم، المعدّل سنة 2006، لمحاكم التحكيم سلطة قبول الغير للتدخل في الإجراءات مع مراعاة بعض الكيفيات والشروط.

من بين المواد القانونية المعدّلة في نظام تحكيم المركز، في سياق النهج المعتمد لقبول أطراف غير مخاصمة من الغير، سواءً لحضور الجلسات أو التدخل في الخصومة، نجد كل من المادتين 2/32 و 2/37.

بالنسبة للتعديل الذي طرأ على المادة 2/32 من نظام التحكيم، فلم يغيّر من الوضع شيئاً لأنه لم يمنح الغير حقّ التدخل بقدر ما مكّنه من حضور الجلسات شريطة عدم معارضة أحد أطراف النزاع⁽³²⁾.

أما التعديل الذي طرأ على نص المادة 2/37 من نظام التحكيم أمام المركز، فقد تضمن مسائل جديدة في غاية الأهمية في مجال تدعيم شفافية خصومة التحكيم، حيث جاء النص الجديد بالصيغة الآتية:

"بعد استشارة الأطراف، يمكن للمحكمة أن تسمح لشخص أو كيان ليس طرفاً في النزاع (يُدعى في صلب النصّ "الطرف غير المخاصم") أن يودع مقترحاً مكتوباً لدى هيئة المحكمة يتعلق بمسألة تندرج ضمن إطار النزاع. ومن بين الأمور التي تنظر إليها المحكمة لكي تجيز مثل هذا المقترح، ما يلي:

أ- إلى أي مدى يمكن لمقترح الطرف غير المخاصم أن يساعد المحكمة للفصل في مسألة واقعية أو قانونية متعلقة بالخصومة، من خلال تقديمه لوجهة نظر أو معلومات أو توضيحات خاصة متميزة عن تلك التي قدّمها الأطراف في النزاع.

ب- إلى أي مدى يتناول مقترح الطرف غير المخاصم مسألة تندرج ضمن إطار النزاع.

ج- إلى أي مدى يولي الطرف غير المخاصم أهمية مميزة للخصومة.

تتأكد المحكمة من أن مقترح الطرف غير المخاصم لا يحدث إخلالاً في الخصومة ولا يفرض عبء مرهقاً على أحد الأطراف ولا يسبب له ضرراً بغير وجه حق. وأن لكلا الطرفين إمكانية تقديم ملاحظتهما حول مقترح الطرف غير المخاصم⁽³³⁾.

يتبيّن من تعديل نظام التحكيم أمام المركز الدولي، من خلال النصّ أعلاه أنه فتح المجال، بشكل صريح، لأشخاص من الغير لتقديم مذكرات كتابية في خصومة التحكيم ولا يشترط لذلك أيّة موافقة مُسبقة من جانب أطراف النزاع، إذ أن السلطة التقديرية للسماح بذلك تعود لمحكمة التحكيم، مع الإشارة إلى ضرورة أن يكون هذا التدخل مفيداً للمحكمة والخصومة على حدّ سواء. بمعنى آخر، يجب أن يتضمن المقترح (المذكرة الكتابية) المقدم من الغير معلومات وعناصر متميّزة عن تلك التي قدّمها أطراف النزاع، تساعد المحكمة على الفصل

في دعوى التحكيم. بعبارة أخرى، يجب أن يكون "صديق المحكمة" حاملاً لوجهة نظر إضافية تندرج ضمن الخصومة المطروحة على المحكمة.

خاتمة

بناءً على ما تقدّم يتبيّن أن هيئات تحكيم المركز قد استنتجت موافقة الدولة على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي بموجب النصوص الداخلية والاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار دون الاهتمام بأية علاقة تعاقدية بين الدولة المضيضة والمستثمر الأجنبي، فيكفي لانعقاد الاختصاص للمركز مجرد طلب التحكيم بموجب العريضة المفتوحة للخصومة، الأمر الذي يؤكّد إمكانية هذا الأخير في استدراج الدولة المضيضة أمام محاكم تحكيم المركز في أي وقت وفي منازعات لم تكن تتوقّعها خلافاً لنصّ المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن، في الوقت الذي لا تملك فيه الدولة المضيضة هذا الحق لإقامة إجراءات التحكيم ضدّ المستثمر، ممّا يؤدي إلى خلق حالة لا توازن بين الأطراف المتنازعة.

أما فيما يخصّ خصوصية الحماية الإجرائية، فقد انتهى الاجتهاد التحكيمي للمركز إلى جواز امتداد تطبيق النصوص المتعلقة بتسوية المنازعات الواردة في إحدى الاتفاقيات الدولية إلى المستثمرين المخاطبين بأحكام اتفاقية أخرى بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية، ذلك في حالة ما إذا كان النصّ المطلوب تطبيقه لحماية المستثمر أفضل من النصّ الوارد في الاتفاقية القائمة بين دولته والدولة المضيضة ولم يتم استبعاد من مجال تطبيقه النصوص المتعلقة بتسوية النزاعات.

انطلاقاً من هذا، فإن إيراد شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقيات التي تبرمها الدولة المضيضة من غير أيّ تحديد لنطاقه قد يؤدي بهذه الأخيرة إلى التردّد والتخوّف في منح حقوق ومزايا لرعايا دولة معيّنة، خشيةً من مطالبتهما من طرف رعايا الدول الأخرى الاستفادة من هذه المزايا. من أجل تفادي هذه الوضعية، على الدول المضيضة أن تُراعي الحذر الشديد بشأن صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية عند إبرامها لاتفاقيات الاستثمار، ذلك عن طريق التحديد الصريح لنطاق هذا الشرط ببيان المجالات التي يُستبعد إعماله فيها.

أما الاتجاه الحديث الخاص بتقنين نظام الطرف غير المخاصم أو ما يُعرف "بصديق المحكمة"، فتمّ التوصل إلى أن المساهمة التي يمكنه أن يتقدّم بها أمام هيئة حكم محكمة التحكيم، في النزاع بين الدولة المضيضة والمستثمر الأجنبي، تكمن فقط في إيضاح وجهة نظر متميزة عن تلك التي تقدّم بها أطراف النزاع، ممّا يدلّ على محدودية الدور الذي يمكن أن يؤديه في الخصومة.

رغم هذا، فإن تكريس نظام الطرف غير المخاصم في اجتهاد تحكيم المركز الدولي ثم تقنينه في نظام التحكيم يعدّ من التطوّرات الجديدة التي يعرفها مجال تسوية نزاعات

الاستثمار، ذلك من أجل منح المجتمع المدني امكانية التعبير عن مواقفه حيال المشاريع الهادفة لتحقيق التنمية، فضلا عن اضاء شئ من الشفافية لخصومة التحكيم.

المهامش:

(1) صادقت الجزائر على اتفاقية واشنطن بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 مؤرخ في 10/30/1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج. ر. ح. ج عدد 66 لسنة 1995. وتُعرف هذه الاتفاقية على المستوى العالمي باسم "اتفاقية واشنطن" لأنه تمّ التوقيع عليها، تحت رعاية البنك العالمي، في العاصمة واشنطن. راجع حول ظروف إبرام الاتفاقية كل من:

إبراهيم شحاته، "دور البنك العالمي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 41، القاهرة، 1985، ص. 1 وما يليها.

بن ناصر أحمد، "جوانب أساسية في النظام القانوني لمؤسسات التمويل الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 3، الجزائر، 1997، ص. 665.

(2) تنص المادة الأولى من الاتفاقية في فقرتها الثانية على ما يلي:

"غرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية ورعايا الدول المتعاقدة من ناحية ثانية، طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية".

(3) راجع المادة 26 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

(4) تنص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن على أنه: "يتمدد اختصاص المركز إلى المنازعات (...) بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز (...)"

(5) راجع تفصيل أسس الدفع بعدم الاختصاص المستند عليها في مقال:

GAILLARD Emmanuel, "CIRDI – chronique des sentences arbitrales", JDI n° 1, 1994, p. 220 et s. انظر كذلك المزيد من الشرح حول هذه القضية: قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص. 137 وما بعدها.

(6) الاتفاق بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 15/02/2003، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 431/04، مؤرخ في 29/12/2004، ج. ر. ح. ج عدد 84 لسنة 2004.

(7) لن تظهر خطورة هذا النصّ إلا بعد نشوء النزاع وعرضه على قضاء التحكيم، بحيث أن الدولة قدّمت امتيازاً للمستثمر الأجنبي يغنيه عن إبرام اتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو حتى التعبير عن قبوله اللجوء إليه، إذ له أن يطلب التحكيم مباشرة ما دام الاتفاق الكتابي تضمنته نصوص الاتفاقية الثنائية، ولا يمكن بالتالي للدولة الطرف في النزاع الدفع بعدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقاً لما تشترطه المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن.

(8) راجع المادة 1/36 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

(9) نقلا عن:

STERN Brigitte, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in "Souveraineté étatique et marchés internationaux au 20^{ème} siècle", CNRS, Vol 20, 2000, p.230.

(10) أنظر حول هذا الموقف:

Ibid, PP.232-233.

(11) راجع بالتفصيل:

MOREL Alexandra, *Contrat d'Etat et souveraineté étatique*, Mémoire de DEA, Université Panthéon Assas II, Paris 2001, p.79.

(12) صدر القرار في الاختصاص بتاريخ 2000/01/25 ويمكن الإطلاع عليه في الموقع الإلكتروني للمركز:

www.worldbank.org/icsid/

(13) راجع وقائع هذه القضية في مرجع:

طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. 289.

(14) يمكن تصوّر، بمقتضى هذا النصّ، عدم تقبّل نتيجة الحكم الصادر عن القضاء الداخلي من طرف المستثمر سبباً لاستمرار النزاع، الأمر الذي يجعل حقه في اللجوء إلى التحكيم قائماً، ممّا يدلّ على أن مثل هذه النصوص لا تُفيد شيئاً في مسألة تسوية النزاعات الخاصة بالإستثمارات. راجع:

قبايلي طيب، مرجع سابق، ص. ص. 184-186.

(15) راجع في هذا الشأن:

CREPET Claire, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la Jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement", in "Les nouveaux développements dans le contentieux transnational relatif à l'investissement international", colloque de L'IHEI, Paris II du 03/05/2004, pp. 14-15.

(16) تمّ نقل نصّ هذه المادة من مقال:

HORCANI Ferhat, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", *JDI* n° 2, 2004, p. 389.

(17) راجع الفقرة 42 من القرار الصادر في الاختصاص بتاريخ 2000/01/25، متاح على الموقع الإلكتروني للمركز:

www.worldbank.org/icsid/

(18) استندت المحكمة إلى قضية أمباتيلوس التي عُرضت على محكمة العدل الدولية، كما استندت إلى حكم محكمة العدل الدولية في قضية الشركة الأجلو إيرانية للمحروقات بتاريخ 1952/07/22، القاضي بأن فكرة الامتيازات التي تستفيد منها دولة بمقتضى شرط الدولة الأولى بالرعاية تجد مصدرها في اتفاقية الأساس التي تتضمن هذا الشرط. راجع:

CREPET Claire, op. cit., p. 15 et s.

(19) أنظر في هذا الصدد:

HORCHANI Ferhat, op. cit., p. 389.

(20) راجع الفقرة 62 من القرار الصادر في الاختصاص بتاريخ 2000/01/25،

متاح على الموقع الإلكتروني للمركز: www.worldbank.org/icsid/

(21) يطلق على "أصدقاء المحكمة تسمية « Amis de la Cour » بالفرنسية وتسمية « Amicus Curiae » باللاتينية. أما في إطار نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، فقد تم اعتماد تسمية "الطرف غير المخاصم « Partie non contestante » وهو في الحقيقة نظام معروف في الدول الأنجلوساكسونية منذ القرن 17 للدلالة على الكيان أو الشخص الذي لا يعدّ خصماً ويريد تقديم أسانيد قانونية للمحكمة المطروح عليها النزاع القائم بين خصمين بهدف إنارتها. راجع حول الموضوع:

GRISELK Florian, VENULAS Jorge : "L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement", *ICSID Review-Foreign investment law journal*, 2009, p. 380.

(22) يجب التأكيد على أن الطرف الغير لا يعدّ متدخلًا تدخلًا هجوميًا، بمعنى أنه لا يحتلّ مركز الخصم ولا يعدّ من قبيل الخبير أو الشاهد، بل يُساعد هيئة الحكم للفصل في مسألة معقدة مطروحة في إطار النزاع المعروض عليها، راجع:

LAURIN Yves, " La notion d'amicus curiae et de partie dans la procédure", *Gazette du palais* n° 283, Paris 2012, p. 13.

(23) تمّ وضع اللبنة الأولى لقبول تدخل شخص أو أشخاص من الغير في نزاع قائم بين طرفين متنازعين في إطار المنظمة العالمية للتجارة، بمناسبة النزاعات القائمة بين الدول الأعضاء. لقد تم الاعتراف، لأول مرة، بجواز تدخل الغير في خصومة قائمة بين عضوين في المنظمة من طرف جهاز الاستئناف في قضية Crevettes/Tortues سنة 1998. راجع حول الموضوع:

STERN Brigitte, "L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur", *Revue de l'arbitrage* n° 2, 2002, pp. 332-334.

(24) هو الاتفاق المعروف باسم (Accord de Libre Echange Nord-Americain) ALENA المبرم عام 1992.

لمعلومات أكثر حول ظروف و مراحل إبرام هذا الاتفاق، راجع:

FOLSMAN Ralf, *Accord de libre échange nord-américain*, Pedone, Paris 2004, p. 8 et 9.

(25) راجع بشيء من التفصيل حول الموضوع: قبايلي طيب، "نظام الطرف غير المخاصم في التحكيم الاستثماري"، المجلة

الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، مجلد 9، عدد 1، 2014، ص. 15.

(26) أنظر حول الطلبات المقدّمة من أصحاب المصلحة في التدخّل:

STERN Brigitte, "Un petit pas de plus : L'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur", *Revue de l'arbitrage* n° 1, 2007, pp.10-11.

(27) صدر الحكم في هذا النزاع بتاريخ 2005/10/21، متاح على موقع المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة

بالاستثمارات، أين اعتبرت فيه محكمة التحكيم أن أحكام الاتفاقية الثنائية واجبة التطبيق لا تسمح بأي تدخّل لأشخاص من الغير في تحكيم مؤسس على التراضي الثنائي.

(28) أنظر حول الموضوع:

STERN Brigitte : "Un petit pas de plus...", op. cit., pp. 15-18.

(29) تنصّ المادة 2/32 من نظام تحكيم المركز الذي كان ساريا مفعوله عند عرض النزاعين على محاكم المركز قبل تعديله

سنة 2006 على ما يلي:

« Le tribunal décide, avec le consentement des parties, quelles personnes autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition et les fonctionnaires du tribunal, peuvent assister aux audiences ».

(30) صدر الأمر الأول الخاص بالإجابة على عريضة التدخّل في القضية الأولى بتاريخ 2005/05/19. أما الأمر الخاص

بالقضية الثانية، فصدر بتاريخ 2006/03/17. ولمزيد من الشرح والتحليل بشأن موقف محكمة التحكيم، راجع:

STERN Brigitte : "Un petit pas de plus...", op. cit., p. 17.

(31) تنصّ المادة 44 من اتفاقية واشنطن على ما يلي: "تدار جميع إجراءات التحكيم طبقاً لأحكام هذا القسم، وما لم

يتفق الأطراف على غير ذلك طبقاً للاتحة التحكيم المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم، وإذا ثارت مسألة

إجرائية لم ينص عليها في هذا القسم أو في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل

فيها على نحو ما تراه ملائماً".

(32) أنظر: قبايلي طيب، "نظام الطرف غير المخاصم في التحكيم الاستثماري"، مرجع سابق، ص. 19.

(33) لم يأت هذا النصّ باللّغة العربية، فالترجمة شخصية ويمكن الاطلاع على النصّ الرسمي بكل من اللّغة الفرنسية،

الإنجليزية والإسبانية متاح على موقع المركز:

www.worldbank.org/icsid/rules

تقييم تجربة الإتحاد الأوروبي في استخدام العقوبات الذكية، وفعاليتها في حماية حقوق الانسان*

Dr. Saddam Faisal Kokez Al-Mohammadi,
Prof. In privet law,
College of law, University of fallujeh, Iraq.

أ.د. صدام فيصل كوكز المحمدي،
أستاذ القانون الخاص،
كلية القانون، جامعة الفلوجة ، العراق.

الملخص:

إنّ استخدام الإتحاد الأوروبي لمفهوم جديد من التدابير من نوع " العقوبات المستهدفة أو الذكية" في إطار تنفيذ وتدعيم سياسته الخارجية، لا سيما في إطار تحقيق أهداف السياسة الخارجية المشتركة لدول الإتحاد الأوروبي أو تعزيز سياسة الأمن لدول الاتحاد، يمثل جزءاً من الآليات المستحدثة التي يتم من خلالها تحقيق هذه الأهداف والمقاصد، ومن ثم فإنّ فحص العقوبات الذكية التي فرضت ضد الأنظمة الحاكمة في دول محددة مثل ميانمار وزيمبابوي، كمثالين من العقوبات التي فرضها الإتحاد الأوروبي بعيداً عن مقررات مجلس الأمن الدولي التابع للأمم المتحدة، لحماية حقوق الانسان وتعزيز الديمقراطية في تلك البلدان، وهي أهداف جديدة نسبياً في ممارسة واستخدام العقوبات الدولية، وهما أيضاً مثالين متميزين، يمكن أن يشار إليهما للدلالة على فرض الإتحاد الأوروبي للعقوبات المستهدفة من جانب واحد لتعزيز أهداف "رائدة" في سياسته الخارجية، متمثلة في حماية حقوق الإنسان وتعزيز الديمقراطية.

الكلمات المفتاحية:

العقوبات الذكية، التدابير المستهدفة، السياسة الخارجية للاتحاد الأوروبي، حماية حقوق الانسان، تعزيز الديمقراطية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/31 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Evaluation of the EU's experience in the use of smart sanctions, and their effectiveness in protecting human rights

Abstract :

The use of the European Union for a new concept of measures of the type of "targeted or smart sanctions" in the framework of the implementation and the strengthening of foreign policy, particularly in the context of achieving the common foreign policy for the countries of the European Union or strengthening the security policy for the federation's goals, is part of innovative mechanisms that are of to achieve these goals and objectives, and then the examination of smart sanctions against the ruling regimes in specific countries such as Myanmar and Zimbabwe, as examples of the sanctions imposed by the European Union away from the decisions of the United Nations Security Council, to protect human rights and promote democracy in those countries, It is a relatively new targets in the practice and the use of international sanctions, which are also examples of distinct, can be referred to denote the imposition of EU targeted sanctions unilaterally to promote the objectives of the "pioneer" in his foreign policy, represented in the protection of human rights and promoting democracy.

Key words:

Smart sanctions, targeted measures, the foreign policy of the European Union, protecting human rights, promoting democracy.

Evaluation de l'expérience de l'Union Européenne en matière de sanctions intelligentes et leur efficacité dans la protection des droits de l'Homme

Résumé :

L'utilisation de l'Union Européenne d'un nouveau type de sanction « *sanctions ciblées ou intelligentes* » dans le cadre d'exécution de sa politique extérieure commune et du renforcement de la sécurité de ses membres, représente une partie d'instruments nouveaux par lesquels l'Union concourt à la satisfaction de tels objectifs. Ces nouvelles sanctions, pratiquées par l'Union en dehors de l'autorité du Conseil de sécurité de l'ONU, ont pour objectif principal de protéger les droits de l'Homme dans un cadre démocratique et de la sauvegarde de l'ordre constitutionnel dans certains pays (exemple, Myanmar et Zimbabwe). Ces deux raisons sont souvent avancées par l'Union pour infliger ce nouveau type de sanctions.

Mots clés :

Sanction intelligentes, sanctions ciblées, politique extérieure commune, protection des droits de l'Homme, renforcement de la démocratie

مقدمة

إنّ تبين نجاعة استخدام الإتحاد الأوروبي (EU - European Union) للعقوبات الذكية أو المستهدفة في إطار تدعيم السياسة الخارجية والأمنية المشتركة لدوله (CFSP- Common Foreign and Security Policy)، يضع أمامنا مجموعة مختلفة من نظم الجزاءات الانتقائية – الذكية (Intelligente or Targeted' Sanctions)، والتميزة بدرجات مختلفة من الفاعلية، التي استخدمها الإتحاد الأوروبي كنظام مستحدث للتعبير عن اعتراضه للسياسات المتبعة في دول مثل ميانمار وزيمبابوي، حيث تم استخدام هذه التدابير تجاه أشخاص محددین وجهات ومنظمات ومؤسسات بعينها، لأغراض دعم وتحقيق حماية حقوق الإنسان وتعزيز الديمقراطية في تلك

الدول، وما يميز هذه التدابير هو أنّ الإتحاد الأوروبي كان قد اتخذ قراره بفرض هذه التدابير بشكل انفرادي، بعيداً عن تفويض الأمم المتحدة.

وتسلط الدراسة الضوء على عدد من الاعتلالات التي تحدّ من فعالية هذا النوع من العقوبات، مثل درجة الدعم من قبل قوى إقليمية غير غربية أو عدم وجود قرارات ملزمة باتباعها صادرة من منظمة الامم المتحدة.

واختيارنا لحالتي ميانمار وزيمبابوي من تجربة الإتحاد الأوروبي، يرجع الى اعتبارهما مثالين متميزين وبارزين، حاول الإتحاد الأوروبي من خلال سياسته فيهما، تحقيق الأهداف المتوخاة من هذه العقوبات، ومن هذه الأهداف، الهدف المعلن المتمثل بمنع انتهاكات حقوق الانسان وتعزيز الديمقراطية في كلتا الدولتين، وهدف خفي يتمثل بتعزيز دور الإتحاد الأوروبي في الساحة العالمية، وهو هدف جديد نسبياً في ممارسة العقوبات الدولية، وما يميز موقف الإتحاد الأوروبي هذا هو أنّه اتخذ قراراً من جانب واحد بفرضه عقوبات ذكية، فما يقف وراء العقوبات المفروضة من أهداف لا يقتصر على المعلن منها فقط، فالعقوبات التي فرضت على ميانمار لم يكن الدافع الأساسي لها إنجاز عملية الإصلاح في هذا البلد، وحماية حقوق الأقلية المسلمة في ذلك البلد، حيث كانت تلك التدابير فعالة جزئياً فقط، وبالمثل، ساعدت العقوبات زيمبابوي تفويض الدعم لروبرت موغابي، وتسهيل الاتفاق السياسي الوطني، والذي تضمن مشاركة المعارضة الزيمبابوية في الحكومة الجديدة، وهو ما يعني أنّنا في كلتا الحالتين، يمكن أن نلمس جدوى من هذه العقوبات، بالرغم من أنّ أهداف الإتحاد الأوروبي المعلن عنها لم تتحقق بالكامل.

وتبرز أهمية الدراسة من خلال ما تتناوله موضوعاتها، والتي تسلط الضوء على عدد من الشروط التي يشكل وجودها معرقلاً أو مسهلاً لفعالية العقوبات الذكية ومحققاً لأهدافها، وتشمل هذه الشروط البدء بمجموعة من التدابير ذات طبيعة خفيفة ومن ثم التصعيد ببطء، مدعوماً بتعاون منظم مركزي على المستوى الدولي، يصحبه عدم وجود دعم من قبل دول أخرى غير الدول الغربية أو المنظمات الإقليمية، فضلاً عن تأثير الشرعية التي تقرها الأمم المتحدة، والتي يمكن أن تسرع أكثر من قوة التدابير المفروضة، ويمكن على أساس هذا التحليل، وضع توصيات لتحسين استخدام العقوبات الذكية وتعزيز مسيرة استخدامها نحو الأفضل لتحقيق أفضل النتائج المرجوة، معتمدين في ذلك على أسلوب المنهج العلمي التحليلي – الاستقرائي، الذي يعتمد على الاستعراض العلمي للأفكار والتجارب التي تعلق بموضوع الدراسة، وتحليلها تحليلًا علمياً منطقياً على النحو الذي يحقق الهدف منه البحث.

وعلى ذلك فإنّ خطة البحث في موضوع تقييم تجربة الإتحاد الأوروبي في استخدام العقوبات الذكية وفعاليتها في حماية حقوق الانسان انقسمت الى مباحث ثلاث رئيسية، تقدمها

بحث تمهيدي جاء تحت عنوان أهمية اللجوء الى الجزاءات المستهدفة والحاجة له، وتناول المبحث الأول منها التعريف بالعقوبات الدولية المستهدفة، بينما استعرضنا في المبحث الثاني العقوبات المستهدفة التي فرضها الإتحاد الأوروبي، وفي المبحث الثالث سنبيّن فيه نجاعة العقوبات المستهدفة التي اتخذها الإتحاد الأوروبي في تحقيق الأهداف المعلنة. وفي خاتمة البحث نسلط الضوء على مجموعة من أهم الاستنتاجات والتوصيات التي خرجنا بها من هذه الدراسة.

مبحث تمهيدي: أهمية اللجوء الى الجزاءات الدولية المستهدفة

شكّلت العقوبات المستهدفة (الذكية) في الوقت الحاضر، واحدة من أدوات السياسة الخارجية الأوروبية الأكثر استخداما في إطار العلاقات المنظمة القانون الدولي، على عكس ما كان من استخدام العقوبات التقليدية، حيث تم إعتقاد العقوبات التقليدية خصوصا الاقتصادية منها من قبل المنظمات الدولية لاسيما الامم المتحدة United Nations لتسهيل تنفيذ أهدافها في حفظ الامن والسلم الدوليين، ويمارس مجلس الأمن الدولي Security Council بموجب ميثاق الامم المتحدة صلاحية فرض عقوبات إلزامية، إضافة الى غيرها من الوسائل القسرية الأخرى لتمكينها من إنجاز المهمة المناطة بها في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

وقد أصبح الإتحاد الأوروبي (European Union) نشطا على نحو متزايد في لجوئه الى العقوبات الذكية في العقدين الأخيرين⁽¹⁾، وممارسة عقوبات الإتحاد الأوروبي ملامح مختلفة منها: **أولاً:** أن يقرر الإتحاد الأوروبي وينفذ عقوباته المستهدفة بعيدا عن مقررات وولاية منظمة الأمم المتحدة ومقررات مجلس الأمن الدولي، ويشار إلى هذا النوع من الممارسة على أنه نوع من ممارسات الحكم الذاتي في الإتحاد الأوروبي، إذ لديه أي - الإتحاد الأوروبي - القدرة على إحداث التوافق بين دوله الذي يمكن من الوصول الى إقرار عدد من أنظمة الجزاءات المستهدفة الذكية، حتى في غياب قرارات مجلس الأمن، وبالتالي فإنّ في ذلك نوع من الاستقلالية في ممارسة العقوبات المستقلة الفعالة التي أصبحت أكثر تواترا وأكثر تطورا على مر السنين⁽²⁾. **ثانياً:** أن يطبق الإتحاد الأوروبي أنظمة الجزاءات التي يقرها مجلس الأمن الدولي، والتي يكون اتباعها إلزاميا على المستوى الدولي⁽³⁾، حيث يعمل الإتحاد الأوروبي هنا في الواقع كجهة منفذة لمقررات مجلس الأمن الدولي، في إطار حماية الأمن والسلم الدوليين، وواجب الإتحاد الأوروبي في تنفيذ عقوبات مجلس الأمن الدولي مشتق من الواجب الفردي المفروض على الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي، والذين هم أعضاء في الجمعية العامة للأمم المتحدة وعليهم واجب الامتثال والتنفيذ لمقررات مجلس الأمن، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ وجود أكثر من عضو دائم في مجلس الأمن الدولي ينتمي الى دول الإتحاد الأوروبي، يفرض التزاما مضاعفا على دول الإتحاد

بتنفيذ وإحترام مقررات المجلس، ولهذا الواقع ما يبرره على أساس من مسؤولية دول الإتحاد في منع أيّة تشوهات في السياسة الخارجية المشتركة للاتحاد، وكذلك اعتبارات ترتبط بفعالية تنفيذ مقررات مجلس الإتحاد الأوروبي ومجلس الأمن الدولي.

ثالثاً: إن الإتحاد الأوروبي كثيراً ما يكمل مقررات مجلس الأمن الدولي بفرض عقوبات تكميلية تتجاوز خطاب قرارات مجلس الأمن، وهي ظاهرة وصفت بـ"الطلاء الذهبي gold plating"⁽⁴⁾.

هذا في ضوء حقيقة وجود أكثر من 82% من الحالات التي سبق أن اتخذت الأمم المتحدة فيها عقوبات، اتخذت فيها بالمقابل جزاءات مستهدفة أخرى تكملها⁽⁵⁾، وفي الواقع، غالباً ما تكون العقوبات التي تقرها الامم المتحدة استجابة لدعوات من منظمات إقليمية، كما في حالة الإتحاد الأوروبي والاتحاد الأفريقي والجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا، والتي هي أصلاً لديها بالفعل عقوبات منفردة يمكن أن تفرضها أو سبق أن فرضتها على جهات أو دول أو منظمات محددة، وهي بذلك توفر أساساً لفرض عقوبات جماعية على نطاق أوسع فضلاً عن العقوبات الأحادية الجانب.

وهنا يمكن التساؤل حول مدى نجاح هذه التدابير والجزاءات في إلزام الدول المستهدفة في إحداث التغييرات السياسية المرجوة من وراء تلك التدابير، حيث يتبين تأثير العقوبات على القيادات المعنية والبلدان التي تحكمها، وتحلل ما إذا كانت النتائج تتفق مع التوقعات المسبقة، سواء لوحظت آثار غير مقصودة لتلك العقوبات أو بلغت آثارها حدوداً غير مقصودة، ومدى وكيفية تعامل الجهات المستهدفة مع العقوبات المقررة وهل تم تحقيق الأهداف المتوخاة من قبل الإتحاد الأوروبي، والعقوبات الذكية هي النوع الوحيد من الجزاءات التي تطبق ضد أهداف محددة يكون هدفها الأخير إضعاف سلطة الدولة المستهدفة، وبالتالي العمل على إعداد القوائم السوداء ضد الأفراد والكيانات تشارك في نشر أو تمويل الإرهاب أو ترتكب جرائم ضد الإنسانية، لهذا فإن تأثير وفعالية العقوبات الذكية في تحقيق الانسجام مع الأهداف المعلنة لنظم العقوبات المفروضة على الدول المستهدفة، يمكن أن يحمل في طياته الرغبة في إثبات رغبة الإتحاد الأوروبي في القدرة على التصرف الاستباقي ومنع الانتقادات اللاحقة، للحفاظ على استقرار أنماط السلوك في الشؤون السياسية الدولية، لردع من يريد الانخراط في الأعمال المحظورة من قبل الدولة المستهدفة أو حتى أطرافاً ثالثة، ويمكن أن يكون ذلك مدعاة لدعم المؤسسات الدولية، أو لتشجيع الثورات أو الانقلابات في الدولة المستهدفة أو لتهديئة الجماهير المحلية في ذات الوقت⁽⁶⁾.

وأهم ما يميّز لجوء الإتحاد الأوروبي للمفهوم الجديد من العقوبات المتمثل بالعقوبات "المستهدفة"، هو أنه يستبعد الحظر الاقتصادي الكامل الذي اتسعت تطبيقاته على الساحة الدولية حتى منتصف عام 1990⁽⁷⁾، ويمكن الإتحاد الأوروبي من تحسين سياساته الحالية في

تعزير فعالية العقوبات المفروضة ضد دول العالم الثالث، وتحديد الظروف التي تعرقل أو تسهّل فعالية هذه التدابير ووضع التوصيات لتذليل العقبات أمامه.

وذلك يمكن أن يتحقق عن طريق تحديد مفهوم العقوبات الذكية ويشرح الأفكار الجديدة التي أدخلها مفهوم العقوبات "المستهدفة" أو "الذكية"، ثم الشروع في توضيح الآليات التي يتم من خلالها تحقيق أهداف العقوبات المستهدفة المقصودة، وتسليط الضوء على التناقضات التي أفرزتها التجارب في العالم المعاصر.

لهذا يكون اختيارنا لموضوع الدراسة المتمثل ببيان أنظمة الجزاءات الانتقائية والمستهدفة الجارية ضد ميانمار وزيمبابوي، قائما على التركيز على حالة مثالية للدراسة يتبع فيها عدة معايير منها:

أولاً: أنها تتيح مرونة في المقارنة فيما بين العقوبات التي فرضها الإتحاد الأوروبي في ظل عدم وجود ولاية مجلس الأمن الدولي، والتدابير التي تطبق بعيدا عن مقررات الامم المتحدة، وهذا الموقف مثير للإهتمام بشكل خاص لأنّ المعتاد هو عدم ممارسة عقوبات مستقلة، وإنما فرض عقوبات مكملة للإجراءات التي تقرها الامم المتحدة⁽⁸⁾.

الثانية: واختيار الحالتين يتم بالتركيز على الملامح الأساسية لأنظمة الجزاءات المفروضة، وذلك لتحقيق مجموعتين مختلفتين من الأهداف تتمثلان بحماية حقوق الإنسان وتعزيز الديمقراطية - وهي أهداف "رائدة" للسياسة الخارجية الأوروبية - وتمثل هذه الحالات أيضا مراحل زمنية مختلفة، فواحدة منهما لا تزال تعمل على قدم وساق، في حين أنّ الأخرى انتهت أو توشك على الانتهاء.

ثالثاً: وأخيراً، فإنّ انتشار الجغرافي للعينة، إذ يضم دولا في أفريقيا وجنوب شرق آسيا، يستبعد الاعتراض الذي يمكن أن يثار بأنّ التيار الرئيسي للسياسة الخارجية في الإتحاد الأوروبي يركز على منطقة جغرافية معينة.

المبحث الأول: التعريف بالعقوبات الدولية المستهدفة

وسنوضح في هذا المبحث المقصود من العقوبات الدولية المستهدفة، وكيفية فرضها وأبرز صورها والتطبيقات العلمية لها، لنبيّن بعد ذلك الآثار المتوخاة من فرض العقوبات الدولية المستهدفة، وهو ما سنتولى بيانه في مطالب أربعة كالآتي:

المطلب الأول: تحديد المقصود بالعقوبات الدولية المستهدفة

عموما ليس لمصطلح "العقوبات المستهدفة" تعريف جامع مانع متفق عليه، سواء على مستوى الفقه أو حتى على مستوى الاتفاقيات والمواثيق الدولية، فقد يقصد به تحديدا عقوبات اقتصادية مثل "ضغط يمارس على الحكومة مفاده حظر أو تهديد بالحظر، فيما يتعلق بالتجارة الخارجية أو قطع العلاقات المالية"⁽⁹⁾. ومع ذلك، في العلاقات الدولية فإنّ

العقوبات لا تقتصر عادة على قطع العلاقات الاقتصادية ولكن يشمل أيضا تدابير أخرى لا تخلو من الأهمية، مثل العقوبات الدبلوماسية الدولية.

ويعرف بعض الكتاب العقوبات الذكية بأنها "التدابير التي تتخذها دولة بمفردها أو بالاشتراك مع دول أخرى في الرد على منهج أو سلوك غير مقبول صادر من دولة أخرى"⁽¹⁰⁾، وعليه فإن أي توجه لفرض عقوبات دولية يفترض مسبقا وجود خرق لقاعدة دولية، في الممارسة العملية الدولية، وعلى الرغم من أن فرض عقوبات هي في الواقع رد فعل على السلوك الذي يعبر عن اعتراض الدول على السياسات المتبعة في الدولة المستهدفة، حتى لو لم يكن ذلك بوسائل غير مشروعة، كما يقيس البعض ويصف العقوبات الذكية على أنها " ممارسة الضغط من قبل دولة واحدة أو تحالف من الدول، لإنتاج التغيير في الحياة السياسية في سلوك دولة أخرى أو مجموعة من الدول"⁽¹¹⁾.

وفي واقع الحال، فإن القيود المفروضة بموجب العقوبات المستهدفة تمثل ردة فعل الدول مفردة أو مجتمعة على أفعال غير مرغوب فيها للدولة المستهدفة، وهي موجهة نحو ممارسة الضغط عليها، وعادة ما يكون الهدف النهائي لها هو تغيير السلوك السياسي غير المرغوب فيه، الذي تنتهجه الدولة المستهدفة.

ومع ذلك، تثار إشكالية تحديد هذا الهدف باعتباره العنصر التعريفي للعقوبات، كما يجوز أن تمارس التدابير مع غيرها لتحقيق أهداف غير معلنة أخرى يمكن أن تؤخذ في الاعتبار، ومن أجل تفادي هذه الشكوك، يمكن أن يتم تعريف العقوبات الذكية على نطاق واسع بأنها "الضغط إقتصاديا بدوافع سياسية على دولة معينة ممثلة بأفراد محددين أو مؤسسات بعينها لحرمانها من المزايا والفوائد التي يمكن أن تحصل عليها في الظروف الاعتيادية، والتي تتم عادة بالاعتماد على طرق ووسائل انتقائية متنوعة تحت إطار سلسلة من الشروط التي تحددها الدولة المعنية أو الجماعة الدولية".

وأساس فرض هذه العقوبات نجده في إطار نصوص ميثاق الأمم المتحدة، في المادة 41 من هذا الميثاق، والمادة 42 منه، حيث أصدر مجلس الأمن العقوبات المنصوص عليها في تلك المواد والتي تتضمن حكما يسمح لمجلس الأمن الدولي فرض استخدام القوة من أجل الحفاظ على أو استعادة الدولية السلام والأمن، حيث تنص المادة 41 على ما يلي: "مجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء "الأمم المتحدة" تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وقفا جزئيا أو كليا و قطع العلاقات الدبلوماسية"⁽¹²⁾.

وهكذا، فإنّ الأساس القانوني لتمكين مجلس الأمن الدولي من تبني عقوبات (تقليدية أو مستهدفة) يرجع الى عموم معنى مصطلح "التدابير" الوارد في سياق نص المادة سابقة الذكر، فضلا عن ذلك، يمكن أن يشير ذلك إلى أية صيغة سلبية للتعامل مع الدولة المعنية لا تتضمن استخدام القوة المسلحة، والتدابير التي لا تتطلب استخدام القوة المسلحة لا يمكن أن نحددها في قائمة حصرية، ولكن يمكن أن تتحدد ملامح هذه التدابير الانتقائية، والتي من أبرزها قطع العلاقات الاقتصادية والاتصالات والعلاقات الدبلوماسية، وهي مجموعة متنوعة من التدابير المستخدمة بحيث تشكل عقوبات مستهدفة اتسع فرضها من قبل مجلس الأمن الدولي بشكل كبير في النصف الثاني من عام 1990 من القرن الماضي⁽¹³⁾.

بالإضافة إلى أنّ فرض أية عقوبات إلزامية من مجلس الأمن الدولي، يستلزم من كل دولة من الدول الأعضاء الالتزام بتنفيذها ويمتد هذا الالتزام على بقية الدول بوصفه التزاما دوليا، ولكن هذا لا يمنع من أن تقوم الدول فرادى والمنظمات الدولية بفرض عقوبات من جانب واحد، وهكذا يمكن التمييز بين ممارسة العقوبات بصورة انفرادية من قبل دول منفردة أو منظمات - مثل الإتحاد الأوروبي - بعيدا عن العقوبات الإلزامية التي يقرها مجلس الأمن الدولي، وبين أن يتم الجمع بين كلا النوعين من هذه الممارسات، فيمكن أن يفرض مجلس الأمن الدولي عقوبات على دولة ما، وفي نفس الوقت يمكن أن تكمل بعض الدول أو المنظمات معها بفرض تدابير إضافية أو تكميلية.

وأشار الإتحاد الأوروبي إلى فرض عقوبات تقليديا باسم "التدابير التقييدية" (measures negative)، أما مصطلح "العقوبات" يظهر بين قوسين ويتم استخدامه للدلالة على "التدابير التقييدية" القصيرة المدى، ورسميا يستخدم الإتحاد الأوروبي مصطلح "عقوبات" في إطار الاتصالات الخارجية والتي تتوافق مع التدابير في إطار السياسة الخارجية والأمنية المشتركة لدول الإتحاد (CFSP)، وقد اعتمدت بشكل روتيني واضح في شكل "القرار" المتضمن "موقف مشترك" لدول الإتحاد الأوروبي والذي تجسد فيما بعد بمعاهدة لشبونة⁽¹⁴⁾، ولا يشار الى مصطلح التدابير فيها على أنّها "عقوبات".

ومن هذه التدابير على سبيل المثال تخفيض المساعدات أو تعليق الأفضليات التجارية المعتمدة بموجب المادة 96 من اتفاق كوتونونو Cotonou والتي أسماها بـ "التدابير المناسبة appropriate measures"، في سياق سياسة الجوار الأوروبي، التي تحكم العلاقات بين الإتحاد الأوروبي وأوروبا الشرقية والقوقاز، شمال أفريقيا وبلاد الشام⁽¹⁵⁾.

وبغض النظر عن الاختلافات في الاستخدامات الاصطلاحية للعقوبات أو التدابير ومدى توافقها مع التعريف الأكاديمي للعقوبات، فإنّها تعتبر مصطلحات متناظرة في كثير من الأدبيات

الأكاديمية المتخصصة⁽¹⁶⁾، بالإضافة إلى أنّها تعتبر أو يمكن تصويرها دائماً على أنّها عقوبات من قبل الأطراف المستهدفة بها.

المطلب الثاني: كيفية فرض العقوبات الدولية المستهدفة

شهد المشهد العالمي للعقوبات تحولا عميقا في منتصف التسعينات من القرن الماضي، نتيجة لظهور مفهوم العقوبات المستهدفة - أو العقوبات "الذكية"، حيث يهدف هذا النمط الجديد من العقوبات إلى الضغط على القادة أو النخب بصفة محددة في الدول المستهدفة، ممن يعتبرون مسؤولين عن السلوك المرفوض فيها، وبالتالي فإنّها ترمي إلى توجيه الأذى تجاه الشخصيات المتنفذة والحاكمة ومن هم من مسانديهم، في حين أنّها تتجنب المساس بالسكان عموما، وهكذا في مثل هذه الطريقة تعمل العقوبات المستهدفة على أن لا تؤثر إلا ببعض الأفراد أو النخب القطاعات الاقتصادية بدلا من اقتصاد البلاد بأكمله.

وبالتالي فإنّ مفهوم العقوبات المستهدفة يستبعد الحظر التجاري الشامل نظرا لآثاره العشوائية السلبية الكثيرة، وبذلك نستلهم ايجابيات الفكرة التي تولدت من الكارثة الإنسانية الناجمة عن الحظر الشامل للأمم المتحدة المفروض على العراق في عام 1990⁽¹⁷⁾، وقد استغرق ظهور هذا الخط من التفكير المكان في أعقاب الحرب الباردة، عندما زادت الأمم المتحدة بشكل كبير نشاطها في مجال السلام والأمن الدوليين، وكان يطلق على عقد التسعينيات من القرن الماضي باسم "عقد العقوبات decade Sanctions" من قبل فقهاء وكتاب القانون الدولي في الولايات المتحدة، نظرا للإرتفاع في عدد من الأنظمة التي فرضت عليها العقوبات من قبل مجلس الأمن⁽¹⁸⁾. جزأ من الجهود التي يبذلها المجتمع الدولي لضبط فعالية أدواته، - وألية فعالة للأمم المتحدة - في التحول إلى استقرار البيئة الأمنية من بعد حقبة ما بعد الحرب الباردة، حيث تم فرض عقوبات محددة في وجود أكثر من خمسة عشر عاما، وكانت متبناة تماما من قبل كل من مجلس الأمن الدولي والاتحاد الأوروبي، فضلا عن أنّ عددا من الدول تبنت عقوبات فردية تجاه شخصيات أو مؤسسات أجنبية منذ منتصف التسعينات من القرن الماضي.

وينطبق الشيء نفسه على الإتحاد الأوروبي، الذي اشترك رسميا بتبني الفكرة بعد فترة وجيزة من اعتمادها من قبل مجلس الامن الدولي ابتداءً، كجزء من سياسة المجلس الأوروبي لاستراتيجية الأمن الشامل لكل دول الاتحاد، والتي تستند مبادئها الأساسية الى استخدام التدابير التقييدية⁽¹⁹⁾.

مع ذلك، فإنّ اللجوء إلى الحظر التجاري والاقتصادي استمر في الممارسة العملية، حيث تم تبنيه من قبل عدد من الدول الكبرى على المستوى الفردي، وعلى الأخص الولايات المتحدة وكندا واليابان، في حين أنّ الأمم المتحدة والاتحاد الأوروبي ودول مثل المملكة المتحدة قد تخلت

تماما استخدام الحظر التجاري الشامل، وذلك لأنّ قناعتها بأنّ ممارسة العقوبات المستهدفة يتوازي من حيث الآثار والوسائل مع الحظر الاقتصادي التقليدي، والذي لا تزال تطبقه الولايات المتحدة⁽²⁰⁾.

ومن مفهوم التدابير التي تقتصر على التدابير التقييدية الاقتصادية أو الحصار الإقتصادي، يمكن لنا أن نميز بين ثلاثة معايير مهمة للتدابير المستهدفة وهي:

— معيار شخصية العقوبات .

— معيار انتقائية العقوبات.

— معيار التقييدات الدبلوماسية.

— أما كونها عقوبات شخصية فتتمثل بالعقوبات التي تؤثر بشكل مباشر وحصري وواضح على أشخاص يمكن معرفة هويتهم واستهدافهم بصفة شخصية، وتتميز هذه العقوبات بوجود قائمة سوداء تضم أسماء الأفراد المستهدفين مع صفاتهم الوظيفية وانتماءاتهم الحزبية أو السياسية الخاصة بهم، وتواريخ ميلادهم، وتتمثل العقوبات الشخصية بحظر سفر الأفراد المدرج أسماؤهم في القائمة السوداء - أو بشكل أكثر تحديدا بمنع إصدار تأشيرات سفر لهم - وتجميد أصولهم المالية، أو عدم السماح لهم من عقد الحسابات المصرفية في الخارج.

والمقصود من كونها عقوبات انتقائية، حيث تؤثر العقوبات الذكية على قطاعات معينة من الاقتصاد، وتتكون هذه التدابير من فرض حظر جزئي - انتقائي، أو حظر تصدير أو استيراد سلع معينة مثل الأخشاب والنفط والأحجار الكريمة، والكاكاو، والأسلحة وبعض فئات المنتجات القيمة مثل السلع الفاخرة، وهناك أيضا أنواع شائعة من العقوبات الانتقائية مثل حظر الطيران المدني أو الرحلات الجوية، وهنا لابدّ من التذكير بأنّ تأثير العقوبات الانتقائية يكون أوسع نطاقا على الاقتصاد من العقوبات الشخصية، ومن أبرز صورها هي، العقوبات المالية، وهذا النوع مثاله فرض حظر على الاستثمار أو تجميد الأصول المالية أو تقييد الدفعات النقدية أو تجميد أصول الشركات المملوكة للدولة، وهي أيضا عقوبات انتقائية أيضا.

— أما التقييدات الدبلوماسية: فتتجسد في الشكل التقليدي للعقوبات الواردة في صراحة نص المادة 41 من ميثاق الأمم المتحدة، فتكون في أكثرها شدة بقطع العلاقات الدبلوماسية، بينما تكون في أكثر أشكالها اعتدالا فيتمثل بطرد الملحقين العسكريين، أو تعليق العضوية في منظمة دولية أو استدعاء السفراء أو الحدّ من الاتصالات الدبلوماسية.

هذا وإنّ قائمة صور "العقوبات المستهدفة" لا تزال مفتوحة لتضم أية تدابير يمكن أن تؤثر بوجه أو بآخر أو تصمم خصيصا لإستهداف للقيادات أو النخب، مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف الظروف من بلد إلى آخر.

ويمكن أن يجري باستمرار ابتكار أشكال جديدة من العقوبات المستهدفة، ولا يمكن الجزم حتى الآن حول فعالية - نسبية أو محددة - للعقوبات الذكية بالمقارنة بالخطر الاقتصادي الشامل، كما أنّ البحث في فرض عقوبات مستحدثة لا يزال ضعيفا، ونتيجة لإنتشار الوعي على المستوى الدولي في رفض فكرة فرض عقوبات محددة وانتقائية، ويرجع ذلك بشكل جزئي إلى أنّ أغلب الأدوات والأساليب الخاصة بالعقوبات الذكية لا تزال قيد التطوير، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فإنّ العقوبات الحالية المعمول بها في الوقت الحاضر يتم ضبطها كوسيلة من أجل دفع الدولة المستهدفة نحو تحسين أوضاعها، وقد أعرب بعض الكتاب عن شكوكهم حول جدوى العقوبات المستهدفة، بدعوى أنّها لا يمكن أن تتجنب تماما الإضرار الكبير بالسكان⁽²¹⁾.

بينما تشير بعض الدراسات إلى فعالية هذا النوع من العقوبات، وتشير إلى أنّ العقوبات المستهدفة هي أقل فعالية إلى حد ما من العقوبات الشاملة من ناحية جسامه الأضرار بالسكان⁽²²⁾، في حين يمسك البعض بدلا من ذلك العصا من الوسط، ويذهب إلى القول بأنّه صحيح أنّ العقوبات المستهدفة لا تؤثر على السكان بشكل كبير إلا أنّ فعاليتها غير قابلة للمقارنة مع العقوبات التقليدية⁽²³⁾، وعلى أية حال، بغض النظر عن الكفاءة النسبية للعقوبات المستهدفة في إحداث تغييرات في السياسة المرجو تبنيها من قبل الدولة المستهدفة، إلا أنّه من غير المرجح العودة إلى سياسة فرض عقوبات شاملة تستهدف الحظر الشامل بسبب عدم الشعبية الصارخة تجاه هذا النوع من التدابير⁽²⁴⁾.

المطلب الثالث: صور العقوبات المستهدفة

يمكن القول عموما بأنّ الطريقة التي ووظفت فيها العقوبات المستهدفة في العالم اليوم لم يتم التأكد من فعاليتها ونجاعتها يقينا بشكل كامل، لذا يحاول الأكاديميون رسم الكيفية التي يتوقعون فيها أن يتم العمل بهذه العقوبات على مستوى رصين وفعال، ولكن ذلك في ذات الوقت لم يتمكّن صناع القرار من التحقق من صحة أو عدم صحة هذه المقترحات والتأكد من صدق تلك التوقعات⁽²⁵⁾.

وجدير بالذكر هنا هو أنّ أول من وضع آلية موحدة بصدد بيان نجاعة العقوبات الدولية، هو الباحث في شؤون السلام العالمي جوهان غالتونغ التي طرحها في دراسته حول العقوبات التي فرضها مجلس الأمن الدولي ضد روديسيا الجنوبية في عام 1960⁽²⁶⁾، حيث يرسم فيها سلسلة من السيناريوهات المحتملة وردود الفعل المتوقعة من العقوبات، ويبيّن فيها بأنّ الضرر الاقتصادي الذي يمكن أن تنتجه العقوبات يمكن أن يولد السخط الشعبي، والذي سيمكّن من التأثير على النخبة الحاكمة، التي هي بدورها لابد أن تتوافق مع ضغوط والمطالب

الدول المعنية من أجل إعادة الشعب إلى المستوى السابق للرفاه الاقتصادي الذي كان يعيشه قبل فرض العقوبات، وهكذا، تواجه القيادة في الدولة المستهدفة اختيارين لا ثالث لهما، إما الاستسلام للإرادة الدولية أو الاطاحة بها من الداخل، ووفقاً لرأي غالتونغ، فإن صياغة الآليات والأدوات الخاصة بالعقوبات تعمل بالقياس على استهداف مقومات القوة السياسية والعسكرية للدولة المستهدفة، لأنّ كلها تهدف إلى "تفكيك الدولة المستهدفة سياسياً حتى تجعلها تتخلى عن السعي لتحقيق أهدافها غير المرغوبة"⁽²⁷⁾، وهذه النظرة مبنية أساساً على التوقع بأنّه كلما زاد الحظر والحرمان والعزلة الدولية، كلما زاد ذلك من قيمة هذه الإجراءات في تحقيق التفسخ والانهيار السياسي للدولة المستهدفة.

ولكن الفكرة الأساسية هنا، هي أنّ هناك حدوداً لمقدار الحظر والحرمان الذي يمكن أن يمارس ضد النظام الحاكم، إذ يمكن أن يصل تطبيق العقوبات إلى حد يمكن أن تقف عنده ممارستها، لأنّه بمجرد الوصول إلى هذا الحدّ (يمكن الوصول إلى انقسام في القيادة أو بين القيادة والشعب)، وهو ما يؤدي إلى تسريع وتيرة التفكك السياسي للنظام، لأنّها ستساعد على تسييره نحو الهاوية بسرعة كبيرة وسوف يؤدي بالنتيجة إلى الاستسلام أو الاستعداد للتفاوض⁽²⁸⁾.

وقد وصف غالتونغ هذا النظر بـ"نظرية ساذجة Naive theory" للعقوبات مبنية على أساس من الافتراضات غير الواقعية، التي يمكن أن يعتمدها الخلل في الواقع العملي بشكل كبير في الواقع، وبالفعل فقد انهارت هذه النظرية الساذجة بسرعة، بعد الفشل المتكرر للعقوبات الدولية في إجبار القيادات المستهدفة لتغيير المسار السياسي الذي تتبناه، وبالتالي فقد مثل ظهور العقوبات الدولية المستهدفة بالكاد خروجاً على منطق السببية السابق بيانه، حيث أنّ الضرر الذي تنتجه العقوبات يتم تركيزه الآن على القيادة المسؤولة أو النخب الحاكمة التي تدعمهم، وبالتالي فإنّ فرض العقوبات المستهدفة سيبدل منطق النظرية الساذجة - سابق الذكر - ويقصرها على المستوى الفردي أو النخبية⁽²⁹⁾.

و عليه لم يعد ينظر إلى تلك النظرية الساذجة على اعتبارها السبيل الوحيد الممكن الذي يمكن أن يحقق الهدف من العقوبات، والمتعلق بامثال الدولة المستهدفة للإرادة الدولية، وبالتالي فإنّ امكانية فرض عقوبات تكون واردة في سبيل تحقيق الأهداف المعلنة، أو أنّها على الأقل تسهم في تحقيق الامثال المقصود، وذلك ضمن إطار مجموعة متنوعة من الطرق والاساليب القسرية الانتقائية، التي هي - لحدّ الآن - لم يتم تصنيفها وحصنها بشكل كامل.

كما يلاحظ بعض الكتاب المتخصصون بأنّ "هناك العديد من الأسباب المنطقية التي يمكن أن تستخدم لابتكار مجموعة متنوعة العقوبات على المستوى النظري"⁽³⁰⁾، ويفترض البعض الآخر بأنّ بعض حالات تغيير النظام السياسي، يمكن أن تعتبر تجارب متميزة يحتذى

بها، مثل زعزعة حكم الجنرال رفائيل تروخيو في الجمهورية الدومينيكية في وقت مبكر من عام 1960، حيث ساهمت العقوبات المفروضة في تقويض القاعدة المالية والسياسية للنظام الحاكم، وشجّع المعارضة على التحرك وتحقيق نتائج ايجابية في ذلك البلد⁽³¹⁾.

وجدير بالذكر هنا بأنّ فعالية العقوبات المفروضة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالغرض من فرض هذه العقوبات، فيمكن أن تكون العقوبات موجهة لإضعاف الإمكانيات الاقتصادية والعسكرية للدولة المستهدفة، وهنا تكون للعقوبات الدولية قيمة قوية على أرض الواقع، لأنّها ستكون أقصى تعبير فعلي عن الرفض للسياسات التي يتبناها النظام السياسي للدولة المستهدفة⁽³²⁾.

ويعترف بعض الكتاب بأنّ الامتثال للإرادة الدولية ليس دائماً الهدف الأساسي من نظام العقوبات، بل قد لا يمكن تمييزه من بين الأهداف المعلنة بسهولة⁽³³⁾، وأنّ أهمية الأهداف المتبناة من قبل الدول يمكن أن تختلف بحسب نوع العقوبات ومدى متابعتها والالتزام بها، الأمر الذي قد يختلف ويتغير بمرور الزمن⁽³⁴⁾، وقد تكون الأهداف الحقيقية مخفية وراء الخطاب العام لصانعي السياسة⁽³⁵⁾، وبالتالي لا يمكن ببساطة أن نستنتج فعالية العقوبات من عدمها بالرجوع الى درجة امتثال الدولة المستهدفة لها.

ومع ذلك، فإنّ معظم الأدبيات الأكاديمية المتخصصة في هذا المجال تستمر في تقييم العقوبات على أساس من قدرتها على إجبار الدول المستهدفة في رسم صورة غير مكتملة للنتائج المتوخاة، ويعتمد هذا المعيار التقليدي " للنجاح " على عدة أسباب، منها:

أولاً/ضعف الطرق القياسية لتقييم مدى فاعلية العقوبات، في الوقت الذي لا توجد طرق معيارية لتقييم دور وفعالية كل تدبير أو اجراء، والواقع أنّ هذا المسعى لا يزال في مراحله الأولى، وينبغي أن توضع في سياق التحقيق العلمي وعمل البحوث الموجهة في هذا الصدد قبل أن يتم تطبيقها على السياسات.

ثانياً/لا تزال فاعلية العقوبات على تحقيق الامتثال المطلوب ليست على درجة عالية من الوضوح وهذه المسألة مثيرة للجدل، سواء في الأوساط العلمية أو حتى النقاشات العامة.

المطلب الرابع: الآثار المتوخاة من العقوبات الدولية المستهدفة

تشير الدلائل العملية على أنّ الحسابات التي قامت على أساس ما جاءت به النظرية الساذجة – سابقة الذكر- كانت خاطئة بالفعل، لاسيما تلك التي تم تبنيها خلال فترة الحرب الباردة، ففي حالت فرض الأمم المتحدة العديد من عقوبات ضد روديسيا الجنوبية مثلاً، يلاحظ بأنّ:

أولاً، لم تؤد العقوبات إلى إصابة النظام بالشلل تماماً، ولم تؤثر في خراب مقوماته الأساسية، إذ كثيراً ما تتكيف البلدان المستهدفة مع الظروف الاقتصادية الجديدة، من خلال إيجاد مصادر بديلة للدخل أو اللجوء إلى السوق السوداء.

وثانياً، غالباً ما يتم ترجمة السخط الشعبي الناتج عن العقوبات إلى وسيلة لتضخيم أوجه العداء للدول المؤيدة للعقوبات بدلاً من القيادة المحلية، وتنتج حالة عكسية على نحو ما يسمى - تحشيد الجهود - لمقاومة التأثير، حيث يمكن استغلال هذه الحالة بطريقة يمكن أن توحد الجماهير وراء النظام رداً على ما ينظر إليها على أنها هجوم أجنبي⁽³⁶⁾.

وثالثاً، فإنه يمكن أن يعتبر فرض عقوبات شاملة مدعاة لنشوء آثار "ضارة" أو نتائج عكسية للأهداف المقصودة، فانخفاض مجالات النشاط الاقتصادي في الدولة المستهدفة يمكن أن يؤدي إلى:

- 1- إفقار الطبقات الدنيا ويضعف الطبقة الوسطى، في حين أن النظام سيحصن النخب التي تدعمه من خلال منحهم العطايا والامتيازات والمكافآت.
 - 2- وفي مواجهة احتمالية تجنب العيش في البلد المحاصر على نحو متزايد، غالباً ما تختار النخبة المثقفة والكفاءات العلمية إلى الهجرة، وهو ما يعني فقدان تأثير شريحة مهمة من شرائح المجتمع يمكن أن يكون لها أثر في التغيير.
 - 3- سيجد مجتمع الأعمال بذات الوقت صعوبة أكبر من أي وقت مضى في أن يعمل في إطار قانوني، نتيجة لما تؤديه العقوبات من تجريم للنشاط للتجاري الدولي⁽³⁷⁾.
 - 4- فضلاً عن أن العقوبات تصلح من حيث الأساس للتلاعب بها من قبل القادة والقيادة، وتمكّنهم من أن يستخدموها بشكل مستمر ومتواصل كذريعة لهم لزيادة القمع وتشديد سيطرتهم على شعوبهم وتقييد وسائل الإعلام، لأنها تسمح لهم باحتكار الخطاب، وتقديم العقوبات على أنها تدابير ظالمة مسؤولة عن كل المصاعب والمصائب التي يواجهها الناس.
- رابعاً، وأخيراً، فإنّ إدامة العقوبات ستعزل الدولة المستهدفة عن بقية العالم، الأمر الذي يخيب آمال أغلب الشرائح الفاعلة في المجتمع، والتي من شأنها أن تستفيد من تعزيز التعرّض الدولي، وهم النخبة من رجال الأعمال ومجموعات المجتمع المدني، وحتى العناصر ذات التوجهات الإصلاحية من رجالات المعارضة السياسية من خارج وداخل الحكومة⁽³⁸⁾.
- والأصل هنا هو وجوب أن يتم تصميم العقوبات الذكية بالشكل الدقيق، لكي تستهدف على وجه التحديد تصحيح هذه الآثار الوخيمة، حيث لا يفترض بها أن تؤثر على الاقتصاد ككل، وليس من المتوقع أن تلقى على كاهلها عواقب إنسانية مهمة من قبيل إفقار السكان والمجتمع، فبواسطة الاستهداف الحصري المركز على أعضاء القيادة في السلطة الحاكمة والنخبة ممن يمكن تحميلهم المسؤولية عن الأخطاء، بحيث تستطيع الدول التي تتبنى هذه العقوبات إيصال إشارة إلى المواطنين بأنهم ليسوا المستهدفين، ولا تسعى إلى إلحاق الضرر العام بهم من خلال فرض هذه العقوبات.

ومع ذلك، فإنّ ميزة أنواع التدابير التي تعتبر " عقوبات مستهدفة" في الواقع هي أنّها عادة ما تقع بدرجات مختلفة من "الفعالية"؛ فعلى سبيل المثال، يكون الحظر على استيراد وتصدير النفط مثلاً أصعب أثراً بكثير على اقتصاد الدولة المستهدفة من الحظر على الأسلحة، وهكذا، كما إنّ ترتيب سلسلة متصلة من التدابير المحددة، كما في حظر تأشيرات الدخول من شأنه أن يشكّل مقياساً أكثر تمييزاً، في حين أنّ العقوبات التي تؤثر على النقل أو القطاع المالي تكون فيها عواقب أوسع⁽³⁹⁾.

ومن وجهة نظرنا فإنّه يعد من قبيل المرونة السياسية أن توفر العقوبات المستهدفة مزايا جذابة لا يمكن غض الطرف عنها، وأهم هذه المزايا هي :

- 1- إمكانية التشكيل والتنوع في فرض هذه التدابير .
- 2- إمكانية تعديل العقوبات المستهدفة بالتخفيف أو التدرج في تشديد فرض التدابير بشكل موازي للتغيرات في سلوك الدولة المستهدفة، وهو الخيار الذي لم يكن متاحاً مع الحظر الاقتصادي الشامل.
- 3- تمثّل العقوبات المستهدفة الحالية تحديات جديدة للدول التي تتبناها، لأنّها تدابير انتقائية - حرفية محددة كالتّي تركز على المساس بأشخاص أو كيانات محددة بذاتها، وهو ما يستوجب أن تركز جهوداً كبيراً للاستخبارات لتوفير المعلومات الدقيقة من المصادر الموثوقة بكل ما يتصل بأنشطة هؤلاء الأفراد والكيانات، لكي يتم استهدافها بما يحقق الأهداف المطلوبة.

المبحث الثاني:العقوبات المستهدفة التي فرضها الإتحاد الأوروبي

ونستعرض في هذا المبحث حالتين من العقوبات التي فرضها الإتحاد الأوروبي على دولتي ميانمار وزيمبابوي، ويرجع اختيارنا لهاتين الحالتين كونهما تجربتين بارزتين لفرض عقوبات إلزامية من جانب واحد، دون أن يتبناها مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، فهي عقوبات كان الهدف منها إما تشجيع الممارسة الديمقراطية وتقويض الحكم الاستبدادي كما في دولة زيمبابوي، أو على النقيض من ذلك نرى الهدف من العقوبات المفروضة على ميانمار كان هدفها حماية حقوق الانسان، والحال في كلتا الدولتين لم يكن إلّا شأناً داخلياً لم يكدر يرقى إلى مستوى تهديد للسلم والأمن الدوليين كي يتبنى مجلس الأمن الدولي إجراءات وتدابير ضدهما، وتكتسب التدابير المستقلة للإتحاد الأوروبي اهتمام الفقهاء⁽⁴⁰⁾، سيتم التركيز بشكل خاص على آثار عقوبات الإتحاد الأوروبي على وجه التحديد، وكما يلي:

المطلب الاول:العقوبات المستهدفة المفروضة من الإتحاد الأوروبي على دولة ميانمار

وسنوضح في هذا المطلب ملخص للعقوبات المستهدفة المفروضة، والخلفية والدافع الذي يقف وراء فرضها، وتأثيرها في تحقيق الأهداف المرجوة، وذلك في فروع ثلاثة كما يأتي :

الفرع الأول: ملخص عقوبات

صعد الإتحاد الأوروبي من إجراءاته واتخذ حزمة من التدابير التقييدية والانتقائية ضد دولة ميانمار، ووفقاً للقرار الخاص بفرض حزمة العقوبات الصادر عام 2010⁽⁴¹⁾، فقد شملت العقوبات حزمة التدابير التالية:

1. فرض حظر على الأسلحة والمعدات العسكرية؛
2. تعليق المساعدات الإنسانية (على أن يسمح باستثناء المشاريع التي تدعم حقوق الإنسان والديمقراطية والحكم الرشيد ومنع الصراعات، وبناء قدرات المجتمع المدني والصحة والتعليم والتخفيف من حدة الفقر وحماية البيئة)؛
3. حظر تأشيرات السفر وتجميد أصول أعضاء المجلس العسكري وكبار العسكريين من الضباط وأعضاء السلطات المتنفذة؛
4. حظر الاستثمار الأجنبي والقروض الخارجية، بما في ذلك استمرار المشاركة في المؤسسات المملوكة للدولة، وفرض حظر على إقامة مشاريع مشتركة.
5. تعليق رفيع المستوى للزيارات الحكومية الثنائية؛
6. فرض حظر على المرافقين من الأفراد أو الملحقين العسكريين في البعثات الدبلوماسية في الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي.
7. فرض حظر على تصدير المعدات والتكنولوجيا، وتوفير المساعدة التقنية أو المساعدات المالية الموجهة للشركات التي تعمل في قطع الأشجار والأخشاب المعالجة، وتعددين المعادن والأحجار الكريمة وشبه الكريمة.
8. فرض حظر على استيراد جذوع الأشجار ومنتجات الأخشاب والمعادن الثمينة والحجارة شبه الثمينة.

الفرع الثاني: الخلفية والدافع لفرض عقوبات

اعتمدت العقوبات بسبب مشاكل جادة تمثل انتهاكات خطيرة في مجال حقوق الإنسان خاصة فيما تتعرض له الأقلية المسلمة من اضطهاد وإبادة جماعية ومعاناة إنسانية، وغياب تقدم جوهرى نحو عملية الديمقراطية الشاملة في البلاد⁽⁴²⁾، وذلك بعد أن بدأ فشل المجلس العسكري الحاكم في فرض السلام والأمن الأهلي والمجتمعي في الدولة والسير بعملية التنمية في البلاد، وبعد حصول انتهاكات حقوق الإنسان في عام 2000 وما بعده، تم توسيع حظر التأشيرات، وفرض تجميد الأصول المملوكة للأفراد المدرجة أسماؤهم على القائمة السوداء، مع زيادة توسيع القائمة السوداء التي تلت ذلك في سنوات متتالية⁽⁴³⁾، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن فرض الإقامة الجبرية على أونغ سان سو كي، زعيمة الرابطة الوطنية للديمقراطية التي سبق أن فازت بانتخابات جرت عام 1990، وقد حثت الإتحاد الأوروبي

سلطات ميانمار لإطلاق سراحها، والتوقف عن مضايقة الرابطة الوطنية للديمقراطية والسماح للحوار المفتوح في المؤتمر الوطني بشأن صياغة دستور، وفرض الإجراءات التالية:

- 1- توسيع حظر التأشيرات لتشمل أعضاء من الرتب العسكرية الدنيا؛
- 2- حظر تقديم قروض إلى ميانمار من المؤسسات المالية الدولية المؤسسات.
- 3- الحظر على الشركات والمؤسسات المسجلة في الإتحاد الأوروبي ومنع تمويل مثل القروض والأسهم المتاحة لتسمية الشركات المملوكة للدولة البورمية.
- 4- حظر على الشركات الأوروبية من الاستثمار في بعض الشركات المملوكة للدولة في ميانمار وإستثناء الاستثمارات القائمة، من التي بدأت قبل فرض حظر الاستثمار بفترات طويلة،
- 5- منع تمديد عمليات تصدير التأمين للشركات الأوروبية وممارسة الأعمال التجارية في أو مع ميانمار⁽⁴⁴⁾.

وقد تم في عام 2006 تعزيز حزمة العقوبات، كما تم تمديد حظر الاستثمار للمشاركة في الشركات المملوكة للدولة، على الرغم من الإبقاء على إعفاء الاتفاقات المبرمة قبل أكتوبر 2004 من الحظر.

وذلك كرد فعل على قمع المظاهرات المؤيدة للديمقراطية التي بدأت في خريف عام 2007 - في "ثورة الزعفران 'Saffron Revolution' " - وحينها اتخذ الإتحاد الأوروبي تدابير تستهدف على وجه التحديد الصناعات التي تقوم بها المشاريع المملوكة للدولة وشمل الحظر:

- 1- تصدير المعدات والتكنولوجيا، وتوفير المساعدة التقنية أو المالية الموجهة للمؤسسات التي تعمل في قطع الأشجار ومعالجة الأخشاب واستخراج المعادن والأحجار الكريمة وشبه الكريمة.
- 2- استيراد جذوع الأشجار ومنتجات الأخشاب والمعادن والأحجار الكريمة وشبه الكريمة.
- 3- إنشاء مشاريع مشتركة مع الشركات المدرجة في القائمة السوداء أو فروعها.

والأسباب التي أدت إلى فرض العقوبات كانت تعود في جُلّها إلى فشل السلطات للسماح بانتقال ديمقراطي الى الحكم المدني، واحتجاز أونغ سان سو كوي وانتهاكات حقوق الإنسان ومضايقة المعارضة والقيود المفروضة على أنشطة المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية. ومع ذلك، فإنّ القرار أوجد فسحة يمكن فيها رفع أو تخفيف العقوبات إذا ما استجدت ظروف وتطورات ايجابية، يمكن أن تخفف من العقوبات الكثيرة المنصوص عليها في مقررات الإتحاد الأوروبي⁽⁴⁵⁾:

وذلك في حال وجود تحسن كبير في الوضع السياسي العام في ميانمار، وذلك عن طريق تعليق هذه التدابير التقييدية، ومن ثم البدء باستئناف تدريجي للعلاقات الدبلوماسية وعلاقات التعاون وبحسب التطورات الحاصلة.

ثمّ اعتمد الإتحاد الأوروبي بعد ذلك على الإلغاء التدريجي للعقوبات وجاء ذلك في ثلاث مراحل:

- ففي المرحلة الأولى تم التخفيف فيها من التدابير في 2010 و 2011،
- ثمّ في الثانية تمّ وقف تنفيذ العقوبات في عام 2012،
- وفي المرحلة الثالثة فقد رفعت العقوبات في عام 2013، بإستثناء الحظر المفروض على الأسلحة.⁽⁴⁶⁾

فقد حدثت بالفعل تغييرات كبيرة في المشهد السياسي في ميانمار دفعت الإتحاد الأوروبي للتخلص التدريجي من عقوباتها تماما تقريبا في غضون فترة سنتين، حيث دشنت الحكومة المدنية في عام 2011 سلسلة من الإصلاحات بما في ذلك:

- 1- الإفراج عن السجناء السياسيين،
- 2- وإضفاء الشرعية على النقابات العمالية والأحزاب السياسية،
- 3- ومنح حرية التجمع والتظاهر السلمي،
- 4- تخفيف الرقابة على الإعلام إلى حد كبير،
- 5- السماح بتسجيل الرابطة الوطنية للديمقراطية وأحزاب المعارضة الأخرى في الانتخابات التي أجريت في أبريل 2012، والتي فازت فيها الرابطة فوزا ساحقا.
- 6- الإفراج عن أونغ سان سو كي، ورفع الإقامة الجبرية المفروضة عليها في عام 2010، وباتت واحدا من مرشحي الرابطة الوطنية لدخول البرلمان.

ولذلك وردّا على التطورات الإيجابية في ميانمار، علّق الإتحاد الأوروبي حظر التأشيرات ضد أعضاء مجلس الوزراء لأول مرة وغيرهم من كبار المسؤولين في عام 2011؛ ثم ألغيت جميع العقوبات المقررة على العقود بإستثناء الحظر المفروض على الأسلحة في عام 2012⁽⁴⁷⁾، ورافق ذلك أيضا تعليق العقوبات والبدء بتدابير الأخرى، مثل زيادة مساعدات التنمية وتعزيز الحوار الثنائي بين سلطات الإتحاد الأوروبي مع الحكومة في ميانمار بشأن تمويل قطاعات محددة في 2013⁽⁴⁸⁾، وقد تضاعف حجم المساعدات التي يقدمها الإتحاد الأوروبي وتمديد نطاق مساعداتها لتحسين قدرات الحكومة، وتشجيع الإصلاحات الديمقراطية والتنمية الشاملة وعملية السلام وغيرها من المساعدات⁽⁴⁹⁾.

الفرع الثالث: تأثير العقوبات المستهدفة

ويمكن أن نتلمس تأثير هذه العقوبات في النواحي الآتية:

- 1- حظر توريد الأسلحة: من حيث المبدأ يمكن القول بفشل الحظر على الأسلحة في منع وصول حكومة ميانمار للأسلحة، لأنّها كانت قادرة على العثور على موردين آخرين، حيث كانت

الصين المورد المهيمن طوال العقدين الماضيين، فضلا عن قدرة الحكومة على استيراد الأسلحة من روسيا، أوكرانيا و صربيا والهند وكوريا الشمالية⁽⁵⁰⁾.

2- تجارة الأحجار الكريمة والأخشاب: حيث كان الحظر المفروض على الأحجار الكريمة والأخشاب بعض التأثير، بسبب الحظر التجاري الأمريكي وتعليق الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي للأفضليات التجارية الممنوحة في هذه التجارة، ونتيجة الحظر فقد تضررت الصناعات المحلية باستثناء قطاع الاستخراج نفسها، ولكن لم يوقف الحصار تجارة الأحجار الكريمة، حيث كان تحويلها يتم عن طريق تايلاند من خلال وسطاء تايلانديين .

3- عقوبات تعليق الأفضليات التجارية: كان لتعليق الإتحاد الأوروبي للأفضليات التجارية في حد ذاته سببا في حصول اضطراب معين للاقتصاد البورمي، حيث تدنت قدرة الشركات البورمية على العمل على نطاق واسع بسبب هذا التعليق⁽⁵¹⁾، حيث أدى ذلك إلى إنخفاض في صناعة الغزل والنسيج، بسبب فرض الحظر التجاري الأمريكي مما تسبب بإغلاق عدد من مصانع الملابس⁽⁵²⁾.

ومع ذلك، كان الحرمان من الأفضليات التجارية في إطار مبدأ 'كل شيء ما عدا الأسلحة' مخطط خص واحدا من التدابير التي تؤثر على الاقتصاد عموما، ولكنه نتج عنه ضمنا معاقبة السكان عموما.

ويرى الخبير في شؤون ميانمار جيرهارد ويل⁽⁵³⁾، بأنّ العقوبات لعبت دورا سلبيا تمثل بـ:

1- تعزيز سلطة الجيش في الدولة من خلال المجلس العسكري، لأنّه استغل فكرة حماية البلاد من النفوذ الخارجي.

2- ساهمت العقوبات في إضعاف جهود جميع المهتمين في توثيق التعاون مع الدول الأجنبية، من قبيل أصحاب المشاريع الخاصة والعلماء والنخبة المثقفة من الذين اقتصروا بأنّ تحديث البلاد يرتبط بشكل ضروري بإنشاء تبادل مكثف مع البلدان الصناعية.

3- سوء الإدارة الاقتصادية للبلاد التي تولاهها المجلس العسكري مما ضاعف من آثار العقوبات، في حين أنّ الأوضاع الاقتصادية للنظام الحاكم لم تتأثر داخل البلاد بدرجة ملحوظة.

4- انتشار المحسوبية وصور الفساد الاداري والمالي والهيمنة على قطاعات كبيرة، مما يشكل عقبة رئيسية أمام عمل الشركات الصغيرة والمتوسطة.

فضلا عما تقدم، فإنّه لطالما اعتبرت العقوبات ضد ميانمار عاجزة عن إحداث تغيير وتحسن على مستوى عال، فقد اعترف مسؤول من وزارة الخارجية والكومنولث في المملكة المتحدة في جلسة استماع في مجلس اللوردات في عام 2006 بأنّ العقوبات كانت "لا تعمل بشكل مجدي للغاية"، وأنها "من غير المرجح أن تسهم إحداث التغيير المنشود من وراء عقوبات

الإتحاد الأوروبي⁽⁵⁴⁾، وقد أكد ذلك الدبلوماسي البريطاني السابق والرئيس الحالي لشبكة ميانمار، ديريك تونكين، والذي بيّن بأنّ التدابير المطبقة "لم يكن لها تأثير ملموس في إقناع المجلس العسكري في بورما لتخفيف سياسته القمعية"⁽⁵⁵⁾.

وهذا الطرح يتماشى مع الدراسات التي وجدت بأنّ فرض عقوبات له تداعيات سلبية على الديمقراطية، بسبب الصعوبات الاقتصادية العامة التي تسببها، بحيث يمكن أن تكون بمثابة ذريعة للنظام، تستهدف ترسيخ الحكم الاستبدادي من خلال تقييد الحريات السياسية والقمع المتزايد⁽⁵⁶⁾، بينما أدى الجمود الطويل في العلاقات مع ميانمار إلى تنشيط مصالح الصين، حيث أدت العزلة إلى الاعتماد المتزايد على الاستثمارات الصينية - وكذلك الاستثمارات الواردة من الهند وتايلاند - والتي أضحت تبدو أكثر غزارة في البلاد.

ونتيجة لهذه العقوبات، فقد شرع قادة الجيش في ميانمار في تبني برنامج إصلاح كافي لتشجيع اهتمام الغرب الاقتصادي وإعادة الانخراط في السياسة الدولية⁽⁵⁷⁾، والعمل على تيسير الانتقال المركزي للسلطات، والانتقال إلى حكومة مدنية قادرة على تأمين نفسها بعيداً عن المجلس العسكري، وقد حدد الدستور دور المجلس العسكري في الحياة السياسية، وضمن احتفاظ 25٪ من المقاعد البرلمانية للجيش، لترسيخ قوة الجيش في الحياة السياسية، وبخاصة أنّ الدستور لا يمكن تعديله إلا من قبل الأغلبية العظمى التي تزيد على 75٪ من الأصوات.

وعلاوة على ذلك، فإنّ الدستور ضمن إفلات القيادات العسكرية السابقة من المحاسبة لأنّه ينص على منع أي إجراءات وعدم جواز إقامة أية دعوى ضد أي عضو سابق في المجلس العسكري⁽⁵⁸⁾، الأمر الذي أثمر الى تخفيف العقوبات تدريجياً بعد زيادة التعاون مع المعارضة في وضع الانتقال - خاصة بعد وافقت الرابطة في عام 2011 على المشاركة في العملية السياسية، مع الحفاظ على استقلالية الجيش، وهو ما نتج عنه رد بفعل إيجابي للاتحاد الأوروبي لعملية الإصلاح، كجزء من الاستحسان الدولي يعززه دعم الرابطة في ميانمار 2014، وهو ما شجع الإصلاحيين لتعزيز برنامجهم في مواجهة المعارضة الداخلية⁽⁵⁹⁾.

المطلب الثاني: العقوبات المفروضة من الإتحاد الأوروبي على دولة زيمبابوي

وسنفضّل في دراسة العقوبات المستهدفة المفروضة من الإتحاد الأوروبي على زيمبابوي في

فروع ثلاثة كالآتي:

الفرع الأول: ملخص عقوبات

زيمبابوي دولة عضو في مجموعة أفريقيا والكاربي والمحيط الهادئ (ACP)، تتمتع بعلاقة وثيقة مع الإتحاد الأوروبي، تعززت باتفاقية الشراكة الموقعة في كوتونو، والعقوبات المفروضة على زيمبابوي من قبل الإتحاد الأوروبي تتعلق باثنين من الأطر القانونية المختلفة، واحد منهما هو اتفاقية الشراكة مع الإتحاد الأوروبي ACP، والتي بموجبها بدأت علاقات التعاون تتطور،

وتطبيقاً للمادة 96 من الاتفاقية والتي تسمح لأي طرف من الأطراف للتنديد بحالة مخالفة الطرف الآخر لواحد من العناصر الأساسية للاتفاق، وأهمها احترام حقوق الإنسان والمبادئ الديمقراطية وسيادة القانون.

أما الإطار الآخر فتم باتخاذ جملة من الإجراءات في إطار السياسة الأوروبية الأمنية CFSP، حيث تم اعتماد مجموعة من التدابير في وقت واحد في 18 فبراير 2002، ونشرت في نفس العدد من الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، وبالتالي فقد فرضت حزمة من العقوبات المستهدفة قبل أن يتم التخلص منها بصفة تدريجية⁽⁶⁰⁾، حيث شملت عقوبات الإتحاد الأوروبي ضد زيمبابوي:

1- حظراً على الأسلحة وحظراً على المعدات العسكرية غير الفتاكة، وحظر المساعدة التقنية أو المالية المتعلقة بالأنشطة العسكرية؛

2- حظر السفر وتجميد الأصول المالية لأعضاء الحكومة والأشخاص والكيانات المرتبطة بها، وكذلك الأشخاص الذين ساهموا بتقويض أنشطة حماية حقوق الإنسان والديمقراطية وسيادة القانون - في الأصل، وحظر تطبيقها على 20 شخصاً، ولكن في وقت لاحق تمتد إلى 163 شخصاً و31 كياناً.

3- تعليق تطبيق اتفاق كوتونو في إطار المادة 96، وهذا الإجراء جمّد دعم الميزانية وأنهى دعم صندوق التنمية الأوروبي لمشاريع التنمية تحت أحكام المواد 9 و10 من الاتفاقية، باستثناء الدعم المباشر للمشاريع الخاصة بالتنمية العامة للسكان⁽⁶¹⁾.

الفرع الثاني: الخلفية والدافع لفرض عقوبات مستهدفة

فرضت عقوبات على زعماء زيمبابوي في عام 2002، عقب الأزمة التي بدأها الرئيس روبرت موغابي في الإصلاح الزراعي في عام 2000، والتي أدت إلى مصادرة الأراضي من المزارعين البيض وكان يرافقها موجة من سياسة العنف والتخويف ضد المعارضة، وقد بدأت حملة المصادرة على خلفية تراجع التأييد لحزب الرئيس موغابي، والذي شرّعت هذه السياسة كمحاولة لتوسيع قاعدة قوته بهدف الفوز في الانتخابات البرلمانية المقبلة⁽⁶²⁾.

وقد تم إطلاق مشاورات من قبل المفوضية الأوروبية بهذا الصدد، وتمّ اتخاذ قرار بتعليق المعونات في يناير 2002، بعد أن رفضت السلطات الزيمبابوية دخول فريق من مراقبي الانتخابات التابع للاتحاد الأوروبي عشية الانتخابات التي جرت في زيمبابوي عام 2002، وقد انتقل الإتحاد الأوروبي بسرعة من الحوار السياسي بموجب المادة 8 من اتفاقية كوتونو الى المادة 96، وقد أفضت هذه المشاورات التي أقيمت بصفة استثنائية وبسرعة⁽⁶³⁾، إلى اعتماد مواز لأحكام المادة 96 وذلك بتعليق المساعدات وقرار نظام العقوبات الخاص بالاتحاد الأوروبي في نفس التاريخ – والذي وافق 18 فبراير 2002.

وعلى الفور بعد تعليق المساعدات، فرض الإتحاد الأوروبي حظرا على توريد الأسلحة إلى جانب حظر التأشيرات وتجميد الأصول، في واحدة من أطول القوائم السوداء كان الإتحاد الأوروبي قد أصدرها على الإطلاق، وتضم 172 من الأفراد والكيانات⁽⁶⁴⁾، وذلك بالتوازي مع نشوء أزمة سياسية، وأزمة اقتصادية كشفت من أبعاد الكارثة، وتعزى أهم أسبابها إلى الفساد وسوء إدارة الاقتصاد، حيث أصيب الاقتصاد بأسرع معدل انكماش اقتصادي في العالم مع أعلى معدل سنوي للتضخم في العالم، وزادت معدلات البطالة من 70٪ فما فوق⁽⁶⁵⁾، وتفاقت أزمة الغذاء بسبب الجفاف وتواصل تدهور الاقتصاد نتيجة نقص المساعدات الإنسانية.

وقد أدى حضور الرئيس موجابي إلى القمة الفرنسية الأفريقية من فبراير 2003 إلى التسبب بتهيج أوروبي كبير⁽⁶⁶⁾، إذ سبق أن حظر الإتحاد الأوروبي مشاركة موجابي في القمة، وهو ما دفع إلى إلغاء اجتماعات قمة دول أوروبا وأفريقيا المخطط انعقاده عام 2003، وعندما انعقدت القمة في عام 2007، امتنع رئيس الوزراء البريطاني جوردون براون من الحضور، احتجاجا على وجود الرئيس موجابي.

وقد لعبت الجماعة الإنمائية للجنوب الأفريقي (The Southern African Development Community (SADC)) دورا محوريا في الضغط على زيمبابوي ليتوافق مع المعايير الانتخابية الجديدة التي أقرتها المنظمة في الانتخابات البرلمانية لعام 2005، وبالتالي الاعتراف بوجود قصور الديمقراطية في البلاد، وبعد فوز المعارضة في الانتخابات الرئاسية والبرلمانية في أبريل 2008، توسطت SADC للتوصل إلى اتفاق بين المعارضة ونظام موغابي، الذي رفض بدوره التخلي عن الحكم.

وأدت هذه الوساطة إلى دخول ثلاثة أحزاب في تشكيلة حكومة وحدة وطنية في فبراير 2009، حيث تقاسم الرئيس موغابي السلطة مع رئيس الوزراء مورجان تسفانجييرا ونائب الرئيس آرثر موتامبارا، وهما من أحزاب المعارضة.

ثم بدأ الإتحاد الأوروبي عملية إعادة الحوار، الذي ينطوي على تقديم حزمة مساعدات حوالي 90 مليون يورو في السنة، يتم تقديمها من خلال المنظمات غير الحكومية ووكالات الأمم المتحدة، والذي يمكن أن يفضي إلى دعم الانتعاش الاقتصادي في البلاد، وتعزيز الجهود التي تبذلها حكومة الوحدة الوطنية لتنفيذ برنامجها الحكومي، وبخاصة إقرار تعديلات على تطبيق نص المادة 96، والتي تم تعليقها فيما بعد لتمكين الإتحاد الأوروبي من دعم المشاريع التنموية لمواصلة تنفيذ برنامج العمل العالمي⁽⁶⁷⁾.

ومن ثم فقد أجرى الإتحاد الأوروبي عملية تخلص تدريجي من العقوبات الأوروبية على وفق المراجعات الدورية للعقوبات في فبراير 2011، حيث قرر الإتحاد الأوروبي رفع 35 شخصا من

القائمة السوداء في تصريح واضح بالاعتراف بـ "التقدم الكبير المحرز في معالجة الأزمات الاقتصادية وتحسين تقديم الخدمات الاجتماعية الأساسية في البلاد"⁽⁶⁸⁾.

ومع ذلك، فقد صرح مجلس الإتحاد الأوروبي بأنه لم يكن هناك تقدم كافي لتبرير تغيير أكثر في جوهر سياستها نحو زيمبابوي، وهكذا، اعتبر 163 من الأفراد و31 من الشركات بأنها ما تزال على صلة انتهاكات حقوق الإنسان وتقويض الديمقراطية أو إساءة استعمال سيادة القانون، وبالتالي لابد من إبقائهم ضمن القائمة السوداء⁽⁶⁹⁾، وجاء الإنجاز الكبير في الاستفتاء الذي أجري في مارس 2013، والذي يعتبر ذا مصداقية من قبل الإتحاد الأوروبي، عندما قرر الشعب بأغلبية ساحقة الموافقة على الدستور الجديد والذي يوسع من الحريات المدنية، ويقرّ مبدأ تقاسم السلطة.

وفي أعقاب إجراء الاستفتاء الدستوري الناجح، رفع مجلس الإتحاد الأوروبي العقوبات على معظم الأفراد والكيانات من القائمة السوداء؛ ومع ذلك، بقي موغابي وتسعة أفراد آخرين على القائمة السوداء، فضلا عن كيانيين آخرين، مع الاعتراف بنفس الوقت بالتقدم المحرز على مستوى تنفيذ الإصلاحات السياسية وإن كان بصورة بطيئة.

الفرع الثالث: تأثير العقوبات الدولية المستهدفة

ويمكن أن نتلمس تأثير العقوبات في الجوانب الآتية:

1- **فعالية تجميد الأصول:** إتسمت إجراءات الإتحاد الأوروبي الخاصة بتجميد الأصول بالبطء في تنفيذها، مما أعطى أغلب الأفراد والكيانات الذين أدرجت أسماؤهم في القائمة السوداء وقتا كافيا للتحرك، ونقل أموالهم من الحسابات الأوروبية قبل تجميدها وحظر انتقالها.

2- **حظر التأشيرات:** وجهت انتقادات كثيرة في إجراءات تنفيذ حظر التأشيرات مما أدى إلى جعلها إجراءات غير فعالة في التنفيذ، لا سيما في ضوء الاستثناءات الممنوحة من قبل فرنسا وإيطاليا للسماح لموجابي من السفر إليها بعد فترة قريبة من اعتماد العقوبات⁽⁷⁰⁾.

3- **إعادة توجيه المساعدات:** من الناحية الاقتصادية، فإن أي آثار للعقوبات تكون سببا في التدهور الاقتصادي الشديد الذي عانت منه البلاد منذ بداية الأزمة، ومع الاعتراف بأن الوضع الاقتصادي المتردي هو نتيجة لسوء إدارة الحكومة لجوانب الاقتصاد الكلي والفساد، وخصوصا اختلال الزراعة، فضلا عن أنّ العقوبات المستهدفة قيّدت قدرة الشركات والأفراد في زيمبابوي للوصول إلى منح الائتمان⁽⁷¹⁾.

ومع ذلك، فإنّه في ظل حالة الاقتصاد الكارثية ومناخ الاستثمار المتقلب، فمن المشكوك فيه أن يتمكن مجتمع الأعمال في زيمبابوي من تأمين التمويل من الخارج حتى في حالة عدم وجود عقوبات.

4- حظر توريد الأسلحة: إمتثل كافة أعضاء الإتحاد الأوروبي لحظر توريد الأسلحة، ولكن مع ذلك، فإنّ الحظر من جانب واحد على توريد الأسلحة لا يكاد يحدث فرقا في الحدّ من سهولة الحصول على الأسلحة إلى النظام في زيمبابوي، من خلال شبكات تجارة وتهريب السلاح الأفريقية المختلفة، وأيضا من خلال الروابط المتنامية للصين مع زيمبابوي، والتي امتدت إلى تجارة الأسلحة، حيث جاءت معظم واردات السلاح في زيمبابوي من الصين.

المبحث الثالث: نجاعة العقوبات المستهدفة التي اتخذها الإتحاد الأوروبي في تحقيق الأهداف المعلنة

وتظهر نجاعة العقوبات المستهدفة التي اتخذها الإتحاد الأوروبي في تحقيق الأهداف المعلنة، من خلال النظر في تفسير الإتحاد الأوروبي للعقوبات المستهدفة، ومن ثمّ بيان شرعية قرارات الأمم المتحدة، ودعم الولايات المتحدة، ولنتولى تحديد مقياس فعالية العقوبات المستهدفة من خلال التعاون على المستوى الدولي، وذلك في مطالب ثلاث، كما يلي:

المطلب الأول: تفسير دول الإتحاد الأوروبي للعقوبات المستهدفة

تفسّر دول الإتحاد الأوروبي المقصود من العقوبات المستهدفة هو أنّها تدابير وليست عقوبات، إذ لطالما تميزت العقوبات المستهدفة المفروضة من قبل الإتحاد الأوروبي بأنّها عقوبات يغلب عليها الطابع غير الاقتصادي، فالعقوبات التي فرضها الإتحاد الأوروبي في معظمها اقتصر على إصدار القوائم السوداء التي يحظر فيها على بعض الأفراد من السفر إلى الأراضي الأوروبية، أو من فتح حسابات مصرفية في البنوك الأوروبية، ويرافقه بشكل روتيني حظر على الأسلحة.

وعقوبات الإتحاد الأوروبي هنا تعكس ممارسات الأمم المتحدة، والتي هي مزيج من حظر الأسلحة وحظر التأشيرات وتجميد الأصول، كما هو المعيار في أنظمة الحظر التي تقرها الأمم المتحدة⁽⁷²⁾.

وإضافة إلى قائمة العقوبات التي تم استعراضها، توجد عقوبات مالية وفرض حظر على توريد السلع الأساسية تلك التي تظهر في أغلب حالات فرض العقوبات، لأنّها تخلق فرص متميزة لزعزعة القيادة السياسية وتستهدف قطاعات اقتصادية تدعمها، وبالتالي فإنّ العقوبات المالية والحظر على هذه القطاعات المحددة يمكن أن تقوض سلطة الدولة وتجبرها على تغيير سلوكها غير المرغوب فيه، وهذا يتماشى مع الطروحات التي تنادي بالاعتماد على العقوبات المستهدفة⁽⁷³⁾.

وقد أثبتت كثير من الدراسات المتخصصة بأنّ العقوبات المستهدفة أو الحظر الانتقائي، يمكن أن يعدّ أداة قوية كلما كان يستهدف السلع التي تورّد عائدات كبيرة للدولة المستهدفة

(مثل النفط أو الألماس) بدلا من السعي لحرمان قادتها من الحصول على امتيازات (مثل فرض حظر على السلع الكمالية).

وبالرغم من أننا نقرّ بفعالية العقوبات المالية والحظر الانتقائي على توريد السلع، فإنّ مجرد اعتماد هذه التدابير يكون غير كاف لضمان الوصول إلى النتائج المرجوة، ففرض عقوبات ذكية لكي يكون فعالا، يجب أن فيه يتمّ بذل جهود كبيرة في رصد وجمع المعلومات التي تبين التزام أو تردد الدولة المستهدفة، حيث أنّ تنفيذ العقوبات المالية يتطلب التصميم الدقيق لها، على أساس تكثيف استخدام الموارد وديمومة عمليات البحث والتقصي والإنفاذ الإستباقي للإجراءات.

هذه النتيجة على خلاف - إلى حد ما - مع ممارسة الإتحاد الأوروبي من اللجوء في الغالب إلى حظر تأشيرات السفر والحظر على الأسلحة، ومع أنّ هذه التدابير كان لها أثرها الفعال في مواجهة الأفراد المستهدفين، إلا أنّها غالبا ما تفشل في إحباط محاولاتهم على اختراقها والتغلب عليها، من خلال الحصول على الإيرادات من مصادر بديلة، واتباع سياسات مضادة غير فعالة أصلا، كأن يتم في بعض الأحيان إقرار حظر تأشيرة الدخول على أشخاص هم أصلا غير راغبين أو غير قادرين على دخول دول الإتحاد الأوروبي⁽⁷⁴⁾.

ويشمل الحظر حتى في حالة تبني التدابير الانتقائية المستهدفة على الأرجح إلحاق الضرر بالسكان المدنيين، كما يتضح من تراجع تجارة الأحجار الكريمة في ميانمار⁽⁷⁵⁾، ومع ذلك، تحول الإتحاد الأوروبي لحظر توريد سلعة وفرض عقوبات مالية يجب أن يكون أقوى وبنفس الوقت هي جزء من اجراءات أوسع، يمكن أن تفرض من خلال ممارسة الأمم المتحدة، فضلا على تركيز وتجميع العقوبات المستهدفة، وتوسيع قاعدة التدابير قصيرة الأجل⁽⁷⁶⁾.

المطلب الثاني: شرعية قرارات الأمم المتحدة ودعم الولايات المتحدة

تعدّ الشرعية التي تكسبها قرارات الأمم المتحدة أو مجلس الأمن الدولي، المفتاح لتعزيز العقوبات التي يقرها الإتحاد الأوروبي في كثير من الأحيان، ولكن ليس دائما، فقد يكون فرض عقوبات من قبل الإتحاد الأوروبي تابعا لقرار تتبناه الولايات المتحدة، ومن الصعب بمكان عزل أهمية العقوبات الأمريكية المتزامنة، نظرا لأنّها موجودة في أغلب تجارب فرض العقوبات التي قرّرها الإتحاد الأوروبي، إلا في استثناء مشهور واحد جرى في فترة قصيرة تجاه دولة أوزبكستان، حيث كان الإتحاد الأوروبي الوحيد الذي فرض عقوبات ردا على مجزرة أنديجان عام 2005⁽⁷⁷⁾.

وفي الواقع فإنّ التعاون عبر الأطلسي في فرض عقوبات مشددة جرى - في معظم العقوبات التي فرضها الإتحاد الأوروبي - في وقت واحد تقريبا، تبعا لعقوبات سبق فرضها من قبل الولايات

المتحدة الأمريكية، كما هو الحال في العقوبات التي فرضها الإتحاد الأوروبي في مواجهة روسيا البيضاء وزيمبابوي أو ميانمار.

وعلى النقيض من ذلك، عندما يفرض الإتحاد الأوروبي القيود دون تفويض من الأمم المتحدة، فإنه سيصبح عزمها هذا ضحية للضغوط التعويضية بعد بضع سنوات، إذ سرعان ما ستثقل كاهله العقوبات، مما يجعل الإتحاد الأوروبي أكثر قابلية للتسوية ولتقديم تنازلات دون المستوى الأمثل في صالح استعادة التعاون.

فبعد عقد من العقوبات في زيمبابوي وعقدين من الزمن في ميانمار، أصبح الإتحاد الأوروبي لاعبا هامشيا في المشهد السياسي في كلا البلدين، وانعكس ذلك على تأثير مؤسسات الإتحاد الأوروبي، وليس أقلها شأنها المفوضية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وعلى سبيل المثال، كان توقيع هراري اللازم لبدء سريان الاتفاق السياسي العالمي والتفاوض على المستوى الإقليمي في ميانمار⁽⁷⁸⁾، حيث كان إرهاب الإتحاد الأوروبي واضحا من العقوبات، بحيث خلقت العقوبات حالة ما يسمى "الوضع الفخ Trap situation" الذي حرم الإتحاد الأوروبي من فعالية الضغط لتحقيق أهدافه، بحيث إجتهد الإتحاد الأوروبي في البحث عن أية ذريعة مناسبة لرفع أو تخفيف العقوبات، مثلما مثلت عملية الإصلاح في ميانمار والتحول الحكومي في زيمبابوي بمثابة الإغاثة وحفظ ماء الوجه للإتحاد الأوروبي لرفع العقوبات، أو أنها على الأقل سهّلت الإلغاء التدريجي للتدابير التي اتخذها الإتحاد الأوروبي في سبيل تسيير السياسة الخارجية والأمنية المشتركة لدوله.

المطلب الثالث: مقياس فعالية العقوبات المستهدفة بالنظر الى التعاون على المستوى الدولي

ثمة نمط شائع في عينة البحث هنا، هو عدم وجود تأييد يدعم فرض عقوبات من الدول والمنظمات غير الغربية، والتي قوّضت بشدة نفوذ الإتحاد الأوروبي، لا سيما الدول المجاورة المعنية في الدولة المستهدفة، لا سيما من الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن الخمسة، وهم كل من روسيا والصين.

فمثلا طالبت رابطة الاسيان مرارا وتكرارا برفع العقوبات عن ميانمار، في حين طلبت الجماعة الجنوب أفريقية الإنمائية (SADC) بوضع حد للعقوبات على زيمبابوي مرارا وتكرارا، وأدّت إدانة ميانمار إلى توترات خطيرة بين الإتحاد الأوروبي والآسيوي، بما في ذلك إلغاء الاجتماعات الوزارية لعام 1997 احتجاجا على قبول ميانمار ضمن دول مجموعة الآسيان.

وبالمثل، تمّ تقديم الدعم لنظام موغابي من قبل دول الجوار لزيمبابوي، مما أفشل محاولات الإتحاد الأوروبي لحشد أكبر دعم لفرض عقوبات على زيمبابوي، فضلا عن أنّ بعض

القوى الأفريقية مثل نيجيريا وجنوب أفريقيا انتقدت أصلا فرض عقوبات من قبل الإتحاد الأوروبي⁽⁷⁹⁾.

وفي الواقع، فقد أصبحت القيادات المستهدفة أكثر استيعابا للواقع بعد أن لمسوا تأكل العقوبات بسبب دعم الجيران، مما قاد إلى تغيير تدريجي للموقف وجها لوجه مع الإتحاد الأوروبي مما أضعف قدرته على لعب أدوار مهمة في صناعة التغيير المنشود، وسهّل وسائل الخروج من الجمود، فضلا عن ذلك فإنه مع مرور الوقت فقد أرهقت العقوبات المقررة الجيران أيضا، لذا تحركت رابطة الآسيان في اتجاه الضغط نحو التخفيف وتسريع عملية الإصلاحات⁽⁸⁰⁾، وقد أدانت آسيان بشدة أعمال القمع التي ترتكها حكومة ميانمار العسكرية ردا على انتفاضة " ثورة الزعفران " في سبتمبر 2007⁽⁸¹⁾.

وكذا الحال بحلول عام 2006، فقد أظهرت جماعة الجنوب الإفريقي للتنمية (SADC) المزيد من علامات الإحباط تجاه الأزمة الاقتصادية المستمرة في زيمبابوي، وما تبعها من موجات هائلة من خروج اللاجئين الفارين من البلاد، في حين انتقد علنا موجابي في زامبيا 2007⁽⁸²⁾. ومن الناحية الاقتصادية فإن تأثير القوى الإقليمية الاقتصادي أكثر أهمية مما هو عليه سياسيا، كما يتضح من دعم جنوب أفريقيا لزيمبابوي من خلال توفير الطاقة، فالفراغ الذي ينشأ عن مقاطعة الإتحاد الأوروبي وقطع الروابط التجارية يمكن أن يمتلئ دائما بالبدائل غير الغربية.

وهذا المأزق الذي طال أمده في أنظمة الجزاءات المستهدفة يمكن أن يعزى إلى عدم قدرة القوى الغربية لعزل الدول المستهدفة تماما؛ بدلا من ذلك، فإن مقاطعتها سيدفع البلدان الغنية بالموارد الى أحضان الموردين البديل، وخصوصا من الحريصين جدا على احتضانها، كما فعلت الصين مع ميانمار وزيمبابوي.

ولما كان المقصود من فرض عقوبات حرمان الدولة المستهدفة من البضائع الأساسية أو على الأقل حرمانها من الحصول على التكنولوجيات والمساعدات والقروض الاستثمارية، فإن العلاقات التجارية أصبحت متاحة في مكان آخر من العالم، ففي الوقت الذي لا يزال فيه الغرب يحتفظ بالسيطرة على بعض الامتيازات والتكنولوجيا، فإنه لم يعد يحمل الاحتكار لوحده، فمن بين أعضاء مجلس الأمن الخمس الدائمة العضوية لا تفضل روسيا الجزاءات إلا عندما يتم تبنيها من قبل مجلس الأمن الدولي، وهي ترفض ممارساتها من جانب واحد، بقدر ما تميز عقوبات أحادية الجانب خارج إطار مجلس الأمن الدولي بأنها "خطر على السلام والاستقرار في العالم"⁽⁸³⁾.

وتبرز الصين استعدادا متزايدا للموافقة على أنظمة العقوبات التي تقرها الأمم المتحدة، في حين أنها تستفيد اقتصاديا من العزلة النسبية للدول المستهدفة من الجزاءات الأحادية

الجانب⁽⁸⁴⁾، فقد حافظت الصين منذ فترة طويلة على المعارضة الخطابية داخل أروقة مجلس الأمن، وذلك في استخدام العقوبات من جانب واحد في العلاقات الدولية، مبررة ذلك برد فعل ذاتي من نفور التجربة التاريخية التي عاشتها، والتي جعلتها كهدف للعقوبات المتمثلة باستمرار حظر الأسلحة من الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي على الصين، فضلا عن أنّ الصين لا تصوّت لصالح العقوبات التي تتحدى طموحاتها في الخارج، وتستخدم حق الفيتو لحماية مصالحها الاجتماعية والسياسية المستقرة⁽⁸⁵⁾، فبكين مثلا لم تمنع فرض عقوبات على السودان بشأن دارفور، ولكنها مع ذلك اعترضت في عام 2008 على مشروع القرار الذي تقدمت به بريطانيا وفرنسا، والذي يدين القيادة في زيمبابوي على أساس الأنشطة التي " تقوض الديمقراطية، وقمع حقوق الإنسان وعدم احترام سيادة القانون".

وفي مثال أكثر وضوحا، في هذا الصدد لم تتوان الصين في أن تستخدم حق النقض لحماية مصالحها المباشرة، جنبا إلى جنب مع روسيا، من العقوبات المقترحة ضد ميانمار في عام 2007، والتي كانت لتؤثر على الجهود الصينية لزيادة مشاركتها في ميانمار، وبخاصة في الصناعات الاستخراجية، وقد حذت الهند حذوها أيضا، كما أصبح النفوذ الصيني يزداد وتيرة في زيمبابوي فهي الآن مستثمر رئيس في صناعة التعدين في زيمبابوي وهي المانح الأول للمساعدات المخصصة للتنمية، بعد افتتاح حقول الماس مارانج، تم بناء المطار بتمويل صيني لتمكين استغلالها على الوجه الأمثل.⁽⁸⁶⁾

خاتمة

في خاتمة هذه الدراسة نستطيع أن نطرح مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التي نرى في التركيز عليها وتبنيها فائدة علمية وعملية، وعلى النحو الآتي:

أولا/ الاستنتاجات :

- 1- تعدّ العقوبات الذكية أو المستهدفة هي البديل عن فرض تدابير شاملة من قبيل العقوبات التقليدية، والتي تعرف التطبيق على جوانب مختلفة من القطاعات السياسية والاقتصادية والمالية والتعليمية والصحية والثقافية والفنية والعسكرية، وذلك على نطاق واسع.
- 2- تمسّ العقوبات التقليدية كل قطاعات المجتمع والدولة بالشلل والعجز الكبير، وقد استفاد العالم من تجربة الحظر الذي فرض على العراق عقب غزوه الكويت عام 1990 وأثارها الانسانية الوخيمة، واتجه إلى حل بديل أفضل لا يمكن أن تصيب آثاره إلا فئات محددة من الدولة المستهدفة، سواء كانوا أفرادا أو مؤسسات، لأنّ الاستمرار بفرض العقوبات الشاملة سيؤدي بالعكس إلى آثار وخيمة في مجال حقوق الانسان، ويساعد الدكتاتوريات القائمة في تعزيز نفوذها عندما تستغل تلك الأنظمة حالة الغضب الشعبي من الحصار الشامل مثلا، وتوجهه نحو الخارج الذي ستصوره على أنّه سبب الانتهاكات.

3- إن من صور العقوبات الدولية المستهدفة هي العقوبات الإقتصادية والمالية، التي يجب أن تكون مرافقة لتدابير أو عقوبات محددة على أساس إعداد القائمة السوداء وحظر تأشيرات الدخول والحظر على استيراد أو توريد الأسلحة، فهي ستكون أكثر فعالية، وضمان سرعة الإستجابة للمطالب الدولية، وتمنع الأزمات الحاصلة في مجال حقوق الانسان أو نفي الديمقراطية التي يمكن أن تنتج عن العقوبات الشاملة.

4- أن العقوبات المستهدفة مصممة لتؤثر على نقاط الضعف التي تم تحديدها حسب التقييمات المسبقة للقيادة المستهدفة في الدولة المعنية، وتركيز تأثيرها نحو السياق الاقتصادي والاجتماعي الذي يستمد منه النظام الحاكم الدعم، مع الإستمرار برصد تأثير العقوبات والإبلاغ الدوري لأي تعديلات تطراً لتحسين الأداء، وتبني مبدأ الصقل والتشذيب المستمر لحالات الإستهداف وتقليل الآثار الإنسانية الضارة.

5- إن نجاعة وفعالية العقوبات الدولية المستهدفة، تتوقف على مقدار تعزيز القدرات الدولية من خلال وضع المراقبة والاستشارة الدائمة للخبراء، لتكون هناك محاكاة للممارسة الناجحة للأمم المتحدة، ليتم استهداف النخب والشخصيات التي تؤثر في اتخاذ القرار في الدول المستهدفة والشروع من تحقيق الأهداف المرجوة.

ثانياً/التوصيات:

يمكن هنا أن نقدم مقترحات وتوصيات لتحسين عملية اللجوء الى العقوبات الذكية وتدفع بها إلى الأمام ومن هذه التوصيات:

1- عندما يتم فرض التدابير والعقوبات الذكية، على نطاق واسع ستكون أكثر فعالية، وأكثر ضماناً لسرعة تحقيق الأهداف المرجوة لأنّ العقوبات الذكية بعيداً عن حالة 'العقوبات التقليدية'، والسبب في ذلك يعزى إلى أنّ العقوبات الذكية في الأصل تكون مصممة لتؤثر بشكل كبير على نقاط الضعف في الدولة المستهدفة، وتشمل الجهات السيادية ورموز النظام السياسي والفعاليات الاقتصادية المؤثرة، والتي يتم تحديدها في التقييمات المسبقة للشخصيات القيادية المستهدفة، والسياق الاقتصادي والاجتماعي الذي يستمد نظام الحكم السياسي في الدولة المعنية منه الدعم.

2- الاستمرار في رصد ومتابعة والإبلاغ عن تأثير العقوبات الذكية، والتحديث الدوري لها وتبني أية تعديلات ضرورية لتحسين الأداء، واعتماد الصقل الدائم لحالات الاستهداف وتقليل الآثار الإنسانية إلى أقصى حدّ ممكن، ولتحقيق هذه الغاية، ينبغي تعزيز القدرات من خلال وضع الخبراء " لإستراتيجيات واضحة لفرض العقوبات الذكية ومحاكاة الممارسة الناجحة للأمم المتحدة في هذا الصدد".

3- القيام بحملة توعية عامة ينبغي أن تضمن فهم الجمهور عن طريق وسائل الإعلام حول طبيعة هذه العقوبات الذكية والهدف منها، وتدريب وتعليم المراقبين ليسهموا في عملية تبديد المفاهيم الخاطئة في هذا الصدد وتطور القوالب النمطية للعقوبات التقليدية.

الهوامش:

(1) C. Portela: The EU's Use of 'Targeted' Sanctions, Evaluating effectiveness, ISBN 978-94-6138-379-2 Available for free downloading from the CEPS website (<http://www.ceps.eu>)© CEPS 2014, No. 391 / March 2014.p- 2 etc.

(2) ومثال هذا النوع من العقوبات ما فرضه الإتحاد الأوروبي من عقوبات على دولتي ميانمار وزيمبابوي، محل الدراسة.

(3) ومثال هذا النوع من العقوبات ما فرضه الإتحاد الأوروبي من عقوبات مكتملة لعقوبات مجلس الأمن الدولي كما في العقوبات المفروضة على إيران وكوريا الشمالية، واللذان تخرجان عن نطاق الدراسة لأنَّ سبب فرض العقوبات عليهما كان بسبب الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، فكلاهما يسعى الى امتلاك السلاح النووي، على عكس العقوبات المفروضة على ميانمار وزيمبابوي.

(4) Taylor, B.: Sanctions as Grand Strategy, Adelphi Paper No. 411, International Institute for Strategic Studies, London: Routledge. (2010).

(5) Biersteker, T., S. E. Eckert and M. Tourinho, "Designing United Nations Targeted Sanctions: Findings from the Targeted Sanctions Consortium (TSC)", August (2012).

(6) Barber, J.: "Economic sanctions as a policy instrument", International Affairs, (1979) Vol. 55, No. 3, pp. 367-384. & Lindsay, J. M.: "Trade sanctions as policy instruments: A re-examination", International Studies Quarterly (1986), Vol. 30, No. 2, pp. 153-73.

(7) وتعدّ أبرز تجربة خاضها العالم في هذا الصدد قرار مجلس الأمن الدولي الصادر رقم 661 في 6/أب - أغسطس عام 1990 والذي تم بموجبه فرض حصار اقتصادي شامل على العراق. عقب غزوه الكويت لإجباره على الانسحاب منها في عام 1990 من القرن الماضي.

(8) Taylor, B. (2010), article precite.

(9) Hufbauer, G. C., J. J. Schott, K. A. Elliott and B. Oegg Economic Sanctions Reconsidered, 3rd ed., Washington, D.C.: Peterson Institute for International Economics (2007).

(10) Combacau, C.: "Sanctions", in R. Bernhardt (ed), Encyclopedia of Public International Law, Amsterdam: North-Holland. (1992), p-313.

(11) Koutrakos, P. Trade, Foreign Policy and Defence in EU Constitutional Law: The Legal Regulation of Sanctions, Exports of Dual-use Goods and Armaments, Oxford: Hart Publishing. (2001), p- 49.

(12) وتنص المادة 42 على أنه " إذا رأى مجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة 41 لا تفي بالغرض أو ثبت أنها لم تف به، جاز له أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية من الأعمال ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي أو لإعادته إلى نصابه. ويجوز أن تتناول هذه الأعمال المظاهرات والحصار والعمليات الأخرى بطريق القوات الجوية أو البحرية أو البرية التابعة لأعضاء "الأمم المتحدة".

(13) وهنا استخدمت العقوبات الاقتصادية كوسيلة للضغط على العراق للانسحاب من الكويت، ابان غزو العراق للكويت في أب 1990 من القرن الماضي، وأدت هذه العقوبات الى إحداث أزمات اقتصادية وانسانية واجتماعية ذات اثار وخيمة على السكان آنذاك.

(14) معاهدة لشبونة هي معاهدة تهدف إلى إصلاح مؤسسات الإتحاد الأوروبي وعملية صنع القرار فيه، وتحل محل الدستور الأوروبي الذي رفضه المواطنون في فرنسا وهولندا سابقاً عام 2005. فقد وقع قادة الاتحاد الأوروبي 27 أو ممثلون عنهم هذه المعاهدة يوم 13 كانون الأول 2007 في العاصمة البرتغالية لشبونة، على أن يتم التصديق عليها في كل دولة أوروبية على حدة ... للمزيد من الاطلاع على هذه الاتفاقية ينظر الموقع الالكتروني :

<http://eeas.europa.eu>

- (15) تم توقيع اتفاق الشراكة في كوتونو بتاريخ مارس 2000، بين مجموعة دول أفريقيا ودول الكاريبي ومجموعة الهاديء والاتحاد الأوروبي ... للمزيد ينظر : <http://www.eeni.org/Africa-Europe-EU-Cotonou-Agreement.shtml>
- (16) Kryvoi, Y.: "Why European Union Trade Sanctions Do Not Work", *Minnesota Journal of International Law*, (2008) Vol. 12, No. 2), pp. 209–246. & Zimelis, A., "Conditionality and the EU-ACP partnership: A misguided approach to development?" *Australian Journal of Political Science*, (2011) Vol. 46, No. 3, pp. 389–406. & Portela, C., and J. Orbie, "Sanctions under the EU Generalised System of Preferences and foreign policy: Coherence by accident?" *Contemporary Politics*, (2014) Vol. 20, No. 1.
- (17) Mueller, J., and K. Mueller (1999), "Sanctions of Mass Destruction", *Foreign Affairs*, Vol. 78, No. 3, pp. 43–53.
- (18) Cortright, D., and G. A. Lopez,:*The Sanctions Decade: Assessing UN Strategies in the 1990s*, Boulder: Lynne Rienner. (2000).
- (19) Council of the European Union, *Basic Principles of on the Use of Restrictive Measures (Sanctions)*, 10198/1/04 REV 1, Brussels, 7 June. (2004)
- (20) Biersteker, T., S. E. Eckert and M. Tourinho, "Designing United Nations Targeted Sanctions: Findings from the Targeted Sanctions Consortium (TSC)", August, (2012).
- (21) Tostensen, A., and B. Bull: "Are smart sanctions feasible?" *World Politics*, (2002) Vol. 54, No. 3, pp. 373–403.
- (22) Hufbauer, G. C., J. J. Schott, K. A. Elliott and B. Oegg: *Economic Sanctions Reconsidered*, 3rd ed., Washington, D.C.: Peterson Institute for International Economics. (2007), & Drezner, D. W.: "Sanctions sometimes smart: Targeted sanctions in theory and practice", *International Studies Review*, (2011), Vol. 13, No. 1, pp. 96–108.
- (23) Biersteker, T., S. E. Eckert & M. Tourinho (2012), op cit.
- (24) Cosgrove, E. : "The Efficacy of Sanctions", *International Security Policy Paper No. 82*, International Security Information Service., (2002).
- (25) Baldwin, D. A., and R. A. Pape, "Evaluating economic sanctions", *International Security* (1998), Vol. 23, No. 2, pp. 189–198.
- (26) Galtung, J.: "On the effects of international economic sanctions, with examples from the case of Rhodesia", *World Politics*, (1967) Vol. 19, No. 3, pp. 378–416.
- (27) Galtung, J.: article precite, p – 386.
- (28) Galtung, J.: *ibid*, p – 388.
- (29) Brzoska, M.: "From dumb to smart? Recent reforms of UN sanctions", *Global Governance*, (2003) Vol. 9, No. 4, pp. 519–535.
- (30) Baldwin, D. A., and R. A. Pape, (1998), p -193.
- (31) Kirshner, J.: "Economic sanctions: The state of the art", *Security Studies*, (2002), Vol. 11, No. 4, pp. 160–179.
- (32) Elliott, K. A.: "Assessing UN sanctions after the cold war: New and evolving standards of measurement", *International Journal*, (2010) Vol. 65, No. 1, pp. 85–97.
- (33) Lindsay, J. M. : "Trade sanctions as policy instruments: A re-examination", *International Studies Quarterly*, (1986), Vol. 30, No. 2, pp. 153–73.
- (34) Barber, J.(1979): article precite.
- (35) Elliott, K. A.:article precite, p – 86.
- (36) Galtung, J(1967):. article precite.
- (37) Schlichte, K.: "The Post-Crisis consequences of Sanctions", paper presented at the seminar "Sanctions and the Political Economy of Crisis", International Peace Academy, Paris, November 22-23. (2001)
- (38) Will, G.: "Wege aus der Isolation: Birmas nationaler und internationaler Aussöhnungsprozess", *SWP-Studie No. 36*, Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International Politics and Security, August. (2003),
- (39) Biersteker, T., S. E. Eckert & M. Tourinho (2012), op cit. .
- (40) Portela, C.: *European Union Sanctions and Foreign Policy: When and Why Do They Work?* London: Routledge. (2010)
- (41) (CFSP/ 232/2010)
- (42) (CFSP/ 232/2010)
- (43) Portela, C. (2010), op cit.
- (44) Will, G. (2003), op cit.
- (45) CFSP/ 318/2006 .
- (46) (CFSP 0.2/ 184/2013) .

- (47) Bunte, M., and C. Portela: “Myanmar: The beginning of reforms and the end of sanctions”, GIGA Focus International, 03/2012, German Institute of Global and Area Studies. (2012)
- (48) Council Conclusions on Burma/Myanmar, 3142nd Foreign Affairs Council meeting, Brussels, 23 January. (2012)
- (49) portela: “Hard Choices on Myanmar still lie ahead for the EU”, Europe’s World 24, Autumn 2013.
- (50) SIPRI Arms Transfers Database (2013), available at: <http://portal.sipri.org/publications/pages/transfer/trade-register>
- (51) C. Portela (2014):op cit , p- .31 etc.
- (52) Steinberg, D.: “The US, China and Burma/Myanmar”, in C. Li and W. Hofmeister (eds), Myanmar. Prospect for Change, Singapore: Select Publishing. (2010).
- (53) Will, G. (2003), op cit.p - 17.
- (54) C. Portela (2014):op cit , p-11 etc.
- (55) Tonkin, D.: “Burma (Myanmar): A Case Study”, evidence submitted to the House of Lords (UK), Select Committee on Economic Affairs(2006), SC/05-06/EA28.p – 3.
- (56) Peksen, D. “Better or Worse? The Effect of Economic Sanctions on Human Rights”, Journal of Peace Research, (2009), Vol. 46, No. 1, pp. 59–77. & Peksen, D., and A. C. Drury “Coercive or corrosive: The negative impact of economic sanctions on democracy”, International Interactions, (2010), Vol. 36, No. 3, pp. 240–64.
- (57) Renshaw, C. S.: “Democratic transformation and regional institutions: The case of Myanmar and ASEAN”, Journal of Current Southeast Asian Affairs, German Institute of Global and Area Studies, (2013), Vol. 32, No. 1, pp. 29–54.
- (58) Gaens, B. “Political Change in Myanmar: Filtering the Murky Waters of ‘Disciplined Democracy’”, FIIA Working Paper No. 78, Finnish Institute of International Affairs, February. (2013).
- (59) Renshaw, C. S. 2013: article precitee.
- (60) (CFSP/101/2011) .
- (61) Darracq, V.: “Quelle politique pour l’UE au Zimbabwe aujourd’hui?” Occasional Paper No. 87, European Union Institute for Security Studies, 7 December. (2010).
- (62) C. Portela (2014):op cit , p- 15 etc.
- (63) (CFSP / 145/2002 المرکز المشترك)
- (64) (CFSP / 605/2008 قرارات المجلس)
- (65) Weiland, H.: “EU Sanctions against Zimbabwe: A Predictable Own Goal?” in M. Holland (ed), The Common Foreign and Security Policy: The First Ten Years, 2nd ed., London: Continuum. (2004), p – 129.
- (66) Weiland, H. (2004), ibid, p- 139.
- (67) C. Portela (2014):op cit , p- 17 etc.
- (68) Ashton, C.: Declaration by the High Representative Catherine Ashton on Behalf of the European Union on Zimbabwe, 6567/11, Brussels, 15 February. (2011)
- (69) (CFSP/101/2011) (
- (70) C. Portela (2014):op cit , p-17.
- (71) Sims, B. M., S. Masamvu and H. Mirell, “Restrictive Measures and Zimbabwe: Political Implications, Economic Impact and a Way Forward”, IDASA: An African Democracy Institute, (2010)
- (72) Carisch, E., and L. Rickard-Martin: “Global Threats and the Role of United Nations Sanctions”, International Policy Analysis – FES New York, Friedrich Ebert Stiftung, December. (2011)
- (73) Biersteker, T., S. E. Eckert and M. Tourinho, (2012): op cit.
- (74) Sims, B. M., S. Masamvu and H. Mirell: article precitee.
- (75) Moret, E.: “Humanitarian Impacts of Economic Sanctions on Iran and Syria”, European Security 23(2). (2014)
- (76) Carisch, E., and L. Rickard-Martin (2012):op cit.
- (77) Portela, C. (2010), op cit.
- (78) Marangoni, A.-C.: “Renewing Appropriate Measures against Zimbabwe in 2012: Articulating Foreign Policy, Development and Trade Objectives”, paper presented at the European Union Studies Association (EUSA) Conference, Baltimore, May. (2013)
- (79) Smith, K. E.: “The Limits of Proactive Cosmopolitanism: The EU and Burma, Cuba and Zimbabwe”, in O. Elgstöm and M. Smith (eds), The European Union’s Roles in International Politics: Concepts and Analysis, London: Routledge. (2006)
- (80) Brettner-Messler, G.: “The EU and ASEAN: The Interregional Relationship between Europe and Asia,” in S. B. Gareis, G. Hauser and F. Kernic (eds), The European Union: A Global Actor?, Leverkusen: Barbara Budrich Publishers. (2012)

- ⁽⁸¹⁾ House of Lords (UK):The Impact of Economic Sanctions, Volume I: Report, 2nd Report of Session 2006-07, Select Committee on Economic Affairs, 9 May, London: The Stationery Office Limited. (2007).
- ⁽⁸²⁾ Stübig, S.: “Wirkungsloser Druck: ‘Pariastaat’ Simbabwe zwischen westlichen Sanktionen und regionaler Solidarität”, GIGA Focus Africa, 05/2007, German Institute of Global and Area Studies. (2007)
- ⁽⁸³⁾ C. Portela (2014):op cit , p-32 etc.
- ⁽⁸⁴⁾ Borszik, O., and C. Ebert:“Sanktionen und eine schwierige Wirtschaftslage: Irans Einlenken im Nuklearkonflikt”, GIGA Focus Middle East 09/2013, German Institute of Global and Area Studies. (2013)
- ⁽⁸⁵⁾ Wouters, J., and M. Burnay,:“The EU and Asia in the United Nations Security Council”, in T. Christiansen, E. Kirchner and P. B. Murray (eds), The Palgrave Handbook of EU-Asia Relations, Basingstoke: Palgrave. (2013), pp- 398-402.
- ⁽⁸⁶⁾ C. Portela (2014):op cit , p -34 etc.

إصلاح هيئة الأمم المتحدة بين الدوافع العمليّة وتمنُّع الإرادة الدولية*

Dr. BOUYAHIA Djamel,
Département des Enseignements de Base en Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

د. بويحي جمال،
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

حاولنا من خلال هذه الدراسة بحث الأسباب والدوافع العملية وراء مشاريع إصلاح هيئة الأمم المتحدة، من منطلق أهمية دور هاته الأخيرة في العلاقات الدولية، ومن منطلق كذلك التأثيرات التي ما فتئت تنتقص من استقلاليتهما، فلاحظنا توظيفا لمركز بعض الدول القانوني والعملي على غرار (الو.م.أ)، دون إغفال الإشارة إلى نفوذها السياسي على حساب الهيئة، الذي له عدة مظاهر، منها القدرة على التوجيه من خلال الإسهامات المالية الهائلة في ميزانية الهيئة. هذا، وإذا كانت الحاجة إلى الإصلاح مسألة مطروحة بشكل جدّي، ملحّ ومستعجل، إلا أنّها تبقى بعيدة التحقيق بالنظر لعدم توافر توافق دولي حول الموضوع، فضلا عن تمنُّع الإرادة الدولية، مخافة من فقدان امتيازات وترتيبات ما بعد الحرب العالمية الثانية؟

الكلمات المفتاحية:

إصلاح، الأمم المتحدة، الاستقلالية، امتيازات، العلاقات الدولية، الو.م.أ.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/01/29 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

UN Reform: between Practical motives and Abstention from the International will

Abstract:

On the occasion of this Study, an Attempt is made to take stock of the recurring motivations for the reform of the United Nations, given the importance of its role in international relations and the influence on its independence. Indeed, the latter are reflected in the legal and practical position of certain States, (U.S.A), and their financial contributions on which the Organization's budget depends, More often away from international changes.

However, if the need for the reform in question proves to be serious and urgent, it remains to be seen that remains far from being achieved, given that it has not obtained and international consensus and refers to The international will to resort to it, for fear of losing the post- World War II benefits.

Key words:

Reform, United Nations, independence, international relations, U.S.A, benefits.

La réforme de l'ONU : entre motivations pratiques et abstention de la volonté internationale

Résumé:

On tente à travers cette étude de faire le point sur les motivations récurrentes de la réforme de l'organisation des Nations-Unies, compte tenu de l'importance de son rôle dans les relations internationales et des influences sur son indépendance. En effet, ces dernières se traduisent par la position tant sur le plan juridique que pratique de certains Etats (U.S.A), et qui se manifeste par l'influence politique de ceux-ci et leurs contributions financières dont dépend le budget de l'organisation, ce qui la rend le plus souvent loin des mutations internationales.

Toutefois, si le besoin de la réforme en question s'avère sérieux et urgent, force est de constater qu'il reste loin d'être réalisé, étant donné qu'il n'a pas obtenu un consensus international et en raison de l'abstention de la volonté internationale d'y recourir, par crainte de perdre les avantages post-seconde guerre mondiale.

Mots clés :

Réforme, Nations-Unies, indépendance, relations internationales, U.S.A, avantages.

مقدّمة

انطلاقاً من مبدأي الزمان والمكان (الزَمَكانيّة) اللذان يضبطان القاعدة القانونية بصفة عامة، فإنّه يتعيّن على هذه الأخيرة -لأغراض مساندة ومواءمة التحوّلات الحاصلة في المجتمع- أن تتجدد من جهتي الشكل والمضمون، وإلّا لم تعد بذلك قاعدة سلوك اجتماعي. ينطبق الأمر نفسه على بنود ميثاق الأمم المتحدة، بل نكاد نعتقد جازمين بأنّ الإشكالية التي يطرحها الميثاق في هذا الموضوع بالتحديد، أكثر أهمية من أية قاعدة قانونية على صعيد المجالات التي يبحث فيها "القانون الدولي"، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار الوظيفة الدستورية التي تؤديها بعض أحكامه، بما لها من تأثير مباشر في النُظم الداخلية للدول، فضلاً عن المتغيّرات التي يشهدها المجتمع الدولي على مستوييه؛ الأفقي والعمودي.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ انتفاء وصف "القانون" على المنظومة الدولية عند جانب معتبر من الفقه الدولي، يجعل من مصلحة الأشخاص الدولية جميعها أن تتمسك

بتوافقها الحاصل حول "نظام الأمم المتحدة" (وإن كان منتقد طبعاً)، وعليه فإنّ اصطلاح "النظام الدولي" يبقى - حسب اعتقادنا- أقرب للواقع من "القانون الدولي" كون أنّ لفظ "القانون" يُجسّد أكثر فكرة الضبط؛ من جهة بيان طبيعة السلطات والمؤسسات، مع تحديد اختصاصاتهما بوضوح، عكس (A Contrario) ما هو ملاحظ في الممارسة الدولية اليوم، ومنه تنبثق المصلحة العليا للدول - لغرض الاحتفاظ برباطها العقدي (نقصد بذلك الميثاق)- في ضرورة سعيها نحو تفعيل بعض أهم بنوده، بما يؤدي إلى إصلاح الهيئة الدولية ذاتها، وبالتبعية صيانة مصلحة المجموعة الدولية، ومنها الدول حديثة العهد بالاستقلال؟

لغرض الاقتراب من جملة التساؤلات المتفرعة عن الاستفهام الضمني -أعلاه- نأتي إلى بحث أهم الأسباب التي تكمن وراء حتمية الدفع بإصلاح هيئة الأمم المتحدة (المحور الأوّل)، لنحاول بعدها استقراء جملة العوائق التي تقف أمام مطالب الإصلاح و/ أو تنتقص منها (المحور الثاني).

هذا، وينبغي التنويه جلياً بأننا في هذه الورقة البحثية لا نتطرق إلى مشاريع الإصلاح التي طرحت في هذا المجال على أهميتها - إلاّ بصفة عرضية- كونها لا تقع في صميم زاوية بحثنا هذا، فقط نركّز على ما سبق ذكره في المحورين أعلاه.

المحور الأوّل: في أهم أسباب مطالب إصلاح هيئة الأمم المتحدة

تبرز مطالب إصلاح هيئة الأمم المتحدة إلى أهمية هذه الأخيرة بالدرجة الأولى، كونها أوّل هيئة ذات طابع عالمي - بعد عصبة الأمم- وضعت حدّاً وبصفة نهائية لعدد الترتيبات التي فرضتها اتفاقية "واستفاليا" (1648م) المؤسسة حينئذ لـ"نظام أوربي مغلق" بِمَسْحَةِ دينية، (نذكر بعض هذه الترتيبات على سبيل التذليل "حظر اللجوء لاستخدام القوة و/أو التهديد بها"، "عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول"، كما لطّفت من بعض المبادئ الأخرى، كونها أُرست توجهاً ثابتاً نحو العالمية بتسجيلها في سنة (2011م) "193" دولة عضو بعد انضمام دولة "جنوب السودان" إليها⁽¹⁾.

وكذلك من منطلق أنّها (هيئة الأمم المتحدة) أبقت على الأمن والسلم الدوليين قائمين، ولو في حدودهما الدنيا⁽²⁾، ولا أدلّ على ذلك من تجنيب العالم حرباً عالمية بين المعسكر الغربي والشرقي-سابقاً- كانت تكون نتائجها "خارج السيطرة"، إذا ما أخذنا في الحسبان امتلاكهما السلاح النووي، فضلاً عن أسلحة أخرى ذات مقدرة تدميرية هائلة.

غير أنّ هذا "الإنجاز" أصبح بجملته محلّ جدل بعد ميلان كفة العلاقات الدولية لصالح التوافق الرأسمالي بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية (الو.م.أ)، عطفاً على بدء تشكّل أقطاب وقوى أخرى صاعدة مع تراجع - إن لم نقل أفول- دور كتلة عدم الانحياز، فبعد دخول المجموعة الدولية في حرب مفتوحة على "الإرهاب"، بصفة إرادية و/ أو مجبرة، لم يعد معه أي

معنى لمفهوم الحياد من أساسه!؟، هذا بالإضافة إلى تزايد الاحتياجات التي أصبح يبحث فيها "القانون الدولي".

أولاً: تأثير المركز القانوني والعملي للولايات المتحدة الأمريكية على استقلالية هيئة الأمم المتحدة

في الوقت الذي انهار فيه الاتحاد السوفياتي -سابقاً- كانت (الو.م.أ) بصدد تحقيق أكبر قدر من الانتشار العالمي ومن الانتصارات؛ السياسية، العسكرية والثقافية، مُستغلة هذا التفرد في المزيد من الهيمنة على العالم، ولئن استمر لمدة عقدين من الزمن، إلا أنّ عديد المحللين من أمثال ('بيرجينسكي' و'جوزيف ناي') يرون في بقاء هذا التفوق على المستوى المنظور⁽³⁾.

ومنه، فقد انعكس التغيير المسجّل على بنية المجتمع الدولي في صالح (الو.م.أ)، التي عملت على إحكام سيطرتها على هيئة الأمم المتحدة تارة، وتهميش دورها تارة أخرى، وفي هذا الموضوع بالذات حاولت (الو.م.أ) العمل على إصلاح هيئة الأمم المتحدة وفقاً للرؤية التي تنسجم مع أمنها الاستراتيجي، وإلاّ كيف يمكن فهم تصريح ('كلايد برستويتز') بصفته رئيس معهد التخطيط الاقتصادي في واشنطن: «...إنّ أمريكا تتصرف بطريقة أنّ العالم يحتاجنا أكثر مما نحتاج نحن إليه... ولذلك لم تتردّد في تكريس "أحاديتها" و"هيمنتها" على العالم، من دون أن تكثرث بالرأي العام العالمي الذي صدمته مواقفها إزاء قضايا، مثل الاحتباس الحراري أو اتفاقية "كيوتو" أو المحكمة الجنائية الدولية»⁽⁴⁾.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لما ندرك حجم إسهامات (الو.م.أ) الحالية في ميزانية الهيئة -تقدر بـ(22%) مع مطلع سنة (2002م) بعدما كانت في حدود (45%) في سنة (1974م)-⁽⁵⁾ ندرك معها مقدار الارتباط والتبعية التي تصل حدّ التأثير في قرارات الهيئة ذاتها، صحيح أنّه تمّ تخفيضها في إطار الإصلاحات التي باشرتها الهيئة لكن يبقى مقدار القسط الذي تدفعه (الو.م.أ) مؤثراً جداً.

يُذكر أنّ تأثير (الو.م.أ) لا يقتصر على هيئة الأمم المتحدة، بل يتعدّاه إلى منظمات وهيئات عالمية أخرى، منها الوكالات المتخصصة على شاكله "هيئة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة" (UNESCO) التي تساهم فيها (الو.م.أ) لوحدها بالقسط نفسه الذي تُسهم به في الأمم المتحدة- أعلاه- وبالأرقام فإنّ النصيب الذي كان مفترضاً أن تدفعه لـ(اليونيسكو) في عام (2011م) يقدر بـ(65مليون دولار)، أمّا نصيبها لعام (2012م) وصل إلى حدود (72مليون دولار)، وإذا أضفنا إليها المساهمات المالية خارج الميزانية فأكيد أنّ المبلغ سيتجاوز (100مليون دولار)، لكن وبعد أن قبّلت "فلسطين" بعضوية كاملة في هذه المنظمة ورفع علمها لأول مرة (يوم الثلاثاء 13 ديسمبر 2011م)، لتصبح بذلك العضو رقم (195) في المنظمة، سارعت

(الو.م.أ) إلى تعليق هذه المساهمات المالية، مما أدى بالمنظمة إلى تخفيض تكاليفها الإدارية وتحجيم بعض مشاريع اختصاصاتها في السنة المالية المقررة. كل هذا دفع بمديرة (اليونيسكو) السيدة "إيرينا بوكوفا" إلى القول « بأننا ضحية القرار الأمريكي »⁽⁶⁾، فعن أي ديمقراطية نتحدث إذاً على مستوى التنظيم الدولي، إذا كانت العقوبات تُفعل بصفة انفرادية؟!.

فإذا كان الأمر على هذه الشاكلة قبل أحداث (2001/09/11م)، فإنّ بعد هذا التاريخ المفصلي في تحولات النظام الدولي، أعلنت الإدارة الأمريكية عن سياسة جديدة في مواجهة كل الدول، تحت عنوان "الحرب على الإرهاب الدولي"، لتُعيد بذلك قراءة أحادية لمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وكذلك مبدأ حل النزاعات الدولية بالطرق السلمية. كما حملت في مضمونها شعاراً غريباً على قاموس العلاقات الدولية؛ {من ليس معنا، فهو ضدنا}، فلم يعد بذلك أي معنى لمفهوم الحياد في الوضع الدولي الحالي.

أخيراً، وضعت الإدارة الأمريكية - تبعاً لممارساتها الجديدة على المستوى الدولي - مجلس الأمن الدولي أمام أحد الخيارين؛ إما العمل وفق الخطوط العريضة لسياستها الخارجية، أو أن تتجاوز وجوده تماماً، بذلك "نصبت نفسها" بكل المعاني فوق المجلس وبالتبعية فوق الدول (Supra-Etats)، في هدم مُمنهج لمنظومة الأمم المتحدة، سواء بموافقة هذه الأخيرة أم لا⁽⁷⁾. إنها بالفعل لحظة القطب الأوحده ("Unipolar Moment")، إنها لحظة البحث عن بدائل للشرعية الدولية، وتجاوزها إلى الشرعية الأمريكية و/أو تأصيل نوع من الشرعية الموازية؟!⁽⁸⁾.

ثانياً: هيئة الأمم المتحدة أمام تحدي صعود أقطاب جديدة فاعلة في العلاقات الدولية

مُسلّمٌ به أنه يوم تأسس هيئة الأمم المتحدة، لم تكن إلاّ الدول وحدها كأطراف فاعلة في العلاقات الدولية- والتي تزايدت مع الانضمام الملحوظ للدول حديثة العهد بالاستقلال إلى هيئة الأمم المتحدة- على اعتبار أنّ اكتساب المنظمات الدولية الحكومية للشخصية القانونية الدولية كان بالضبط في (11/04/1949م)، بمناسبة اجتهاد محكمة العدل الدولية التاريخي في قضية مقتل وسيطها الأممي والرعية السويدي "فولك.ك.برنادووت" (Affaire de la Réparation des dommages Subis au Service des Nations Unis)⁽⁹⁾.

بالإضافة إلى ذلك، صعّدت حركات التحرّر الوطنية إلى الواجهة، منتزعة مركزاً مرموقاً بوصفها "أشخاص قانونية تَأْقِيْتِيَّة"، خصوصاً بفعل أثر الثورتين "الجزائرية" و"الفيتنامية" اللتان غيّرتا الكثير في توجه العلاقات الدولية⁽¹⁰⁾. قبل أن يشهد المجتمع الدولي امتداداً واسعاً جدّاً على مستواه الأفقي، سواء من جهة بروز المنظمات الدولية غير الحكومية (O.N.G) والشركات عبر الوطنية، هذه الأخيرة أصبح دورها -بعض الأحيان- يفوق دور الدولة نفسها، فضلاً عن "البروتوكولات" التي ما فتئ يُعهد بها إلى الرؤساء والمُدراء العامون لهذه الشركات وهي

من قيمة "بروتوكولات" رؤساء الدول نفسها!، أخيراً لا يجب إغفال دورها السياسي داخل الدول كتحوّل يحمل خطراً بالغاً على استقرار الدول المستقبلية لهاته الاستثمارات. وكتدليل آخر للامتداد الأفقي الذي يشهده "القانون الدولي"، ظهور عديد الهيئات بشخصية قانونية دولية على غرار المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (2002م) بموجب المادة (1/4)⁽¹⁾ من نظامها الأساسي، وكذا المنظمة الدولية المكلفة بإدارة المنطقة، ما يطلق عليها "السلطة" على مستوى قانون البحار بموجب المادة (176) من نظامها الأساسي⁽¹¹⁾.

أخيراً، يعتقد الكثيرون أنّ هذا المشهد الجديد في العلاقات الدولية، إنّما يعبر عن تحوّل إيجابي لضمان توازن القوى وبالتالي الحيلولة دون جعلها متجسّدة في قطب واحد (الو.م.أ)، وهذه الأقطاب موزعة على مناطق رئيسية هي: الصين، اليابان، دول الآسيان، الهند والاتحاد الأوروبي...، فحتى وإن احتفظت (الو.م.أ) بقوتها، لكن ذلك سوف لن يقارن بما كانت عليه في الماضي⁽¹²⁾.

ثالثاً: تجاوز مجالات بحث القانون الدولي الراهنة لاختصاصات هيئة الأمم المتحدة

ليس من الصعب على أي باحث في العلاقات الدولية أن يلاحظ ذلك الامتداد العمودي الذي بات أحد سمات "الظرفية الراهنة" للنظام الدولي، ونشير هنا فقط على سبيل التدليل إلى نماذج لهذه المستجدات؛ كالصراعات الإثنية، الإرهاب الدولي، التلوّث البيئي، الجريمة المنظمة، المخدّرات، إشكالات تحرير التجارة الدولية، الغذاء والطاقة، النزاعات المسلحة، القضية الفلسطينية، الأزمة السورية/ تمويل الهيئة الأمراض المختلفة والتزايد السكاني...، كل هذا وسّع من دون شكّ في إمكانية تعريض منظومة السلم والأمن الدوليين للخطر، وبذلك لم نعد ننظر إلى التفسير الضيق للأمن والسلم الدوليين الذي أُطر زمن اعتماد هيئة الأمم ذاتها⁽¹³⁾.

تجدد الملاحظة هنا - مع كلّ أسف أنّه بعد أن كانت هيئة الأمم المتحدة تقوم بدور الموجّه للدول والمنظمات الدولية المتخصصة التابعة لها، ووفقاً لمفهوم الدول حديثة العهد بالاستقلال (دول الجنوب)، فإنّها انتقلت في ظلّ الأحادية القطبية إلى الاستقرار فقط على دور الانحصار في إشارة إلى دور "المتلقّي"، في خضمّ سيطرة دول التوافق الرأسمالي⁽¹⁴⁾.

المحور الثاني: في أهم الإشكالات ذات العلاقة بتحجيم مشروع إصلاح هيئة الأمم المتحدة تدرج تحت العنوان- أعلاه- عديد الأفكار التي تعتبر بمثابة "العقبة" أمام مختلف

مسامي إصلاح هيئة الأمم على اختلافها، غير أننا بالإمكان الإشارة إلى أهمها:

أولاً: صعوبة حصول وفاق دولي بشأن عملية الإصلاح ذاتها

لا يمكن إغفال حقيقة أنّ النظام الدولي مبني على فكرة المصلحة، فضلاً عن السلطة التقديرية التي تعود إلى كل دولة في التعامل الدولي، وعلى كلٍ يندرج هذا الموضوع ضمن اختصاصات السيادة الذي تضطّلع به الدول في علاقاتها.

هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإنّ مَكَمْنُ الاختلاف يرجع كذلك إلى مختلف المدنيات (الشرائع) الكبرى التي تركز عليها المنظومات الداخلية للدول، وفي هذا الموضوع بالذات، تُطرح إشكالية توظيف بعض مبادئ "الشريعة الإسلامية الغراء" في إضفاء جانب أخلاقي و/أو أخلاقية بعض أحكام "القانون الدولي"، خاصة إذا سلمنا بمسايرتها لمبدأ (الزمكانية)، مثل قواعد الإنصاف، قدسية المعاهدات، الدفاع الشرعي، تجريم العدوان، قواعد حسن الجوار، وهذا ليس بالأمر الجديد على اعتبار أنّ النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية نفسه، كان قد نادى به في المادة التاسعة منه (09)؛ بنصّها: {على الناخبين عند كل انتخاب، أن يراعوا أنه لا يكفي أن يكون المنتخبون حاصلًا كل فرد منهم على المؤهلات المطلوبة إطلاقاً، بل ينبغي أن يكون تأليف الهيئة في جملتها كفيلاً بتمثيل المدنيات الكبرى والنظم القانونية الرئيسية في العالم} (15).

لقد أدى التباين بالمفهوم السابق إلى عدم وجود تقاطع في أولويات التنمية لكل قطب من أقطاب المجتمع الدولي، فإلى حد اليوم لازالت الدول حديثة العهد بالاستقلال، تطالب بتعديل بعض القواعد التي تراها السبب الرئيس في عدم تقدمها على هذا المستوى، في وقت نتحدث في الجانب الآخر من العالم عن "الحق في الترفيه"، "الحق في النظر"، عطفاً عن بعض الحقوق الأخرى (...)، هذه الأخيرة – مع كل أسف- تبدو مثالية عندنا، أو أنّ المطالب بها، يُعدّ سابقاً لمجتمعنا على أقل تقدير!!؟.

وربما هذا ما جاء في تصريح الأمين العام السابق للأمم المتحدة (كوفي عنان): {كيف يمكن تفعيل نظام الأمن الجماعي، في حين أنّ مختلف المناطق في العالم لم تعد لها وجهة النظر نفسها في ما يتعلق بالأشياء التي تهدها} (16)، فبالنتيجة يكون التوافق صعباً إن لم نقل مستحيلاً على الأقل في الظرفية الدولية الراهنة.

ثانياً: الإشكالية في الوظيفة الدستورية التي تؤديها بعض أحكام الميثاق

نقصد بالوظيفة الدستورية لبعض أحكام الميثاق، أنّها تقع في سلم تدرج الهرمية القانونية على مستوى المنظومة الدولية، ويشار هنا عادة إلى المادة (103) من الميثاق التي تنص: {إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء "الأمم المتحدة" وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي

التزام قانوني آخر يرتبطون به فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق⁽¹⁷⁾. فالميثاق يبدو من هذه الزاوية راسخاً في "الوجدان الدولي" كوثيقة لها خاصية السموّ والعلوّ. بالإضافة إلى ذلك ما فتئت الدول الكبرى تعتقد أنّها شكّلت في خضمّ اتفاقية "سان فرانسيسكو" المؤسسة للمنظمة شبه "جمعية تأسيسية" وضعت بها "الدستور الدولي"، لكن هذه الحقيقة – وإن كان يُدفع بها نحو التثبيت والتأصيل في الممارسة الدولية، إلا أنّها مرفوضة جملةً وتفصيلاً، وتقع باطلّة من الأساس (Ab-Initio)، إذ لا أحد فوّض الدول المؤسسة للهيئة الدولية (O.N.U) وأعطاهها "الصلاحيات الكاملة" (Les Pleines Pouvoirs) لتأسيس بناء قانوني هو في خدمتها أصلاً، ولا مسؤولية أخلاقية لها، مادام هي من عملت على تغييب الدول حديثة العهد بالاستقلال عن الساحة الدولية وحجب سيادتها، بفعل الاستعمار.

ختاماً تكمن إحدى العوائق الأساسية في عملية إصلاح الهيئة الدولية، وبالتالي تفعيل عمل مجلس الأمن الدولي على أسس محايدة وموضوعية في طبيعة الميثاق (الفصل الثامن عشر تحت عنوان تعديل الميثاق)⁽¹⁸⁾، أين قيّدت عملية تعديل الميثاق بقبول الدول الخمس صاحبة امتياز "حق" الفيتو، الأمر الذي أفرغ العملية برمتها من محتواها، بالإضافة إلى عدم نضج المجتمع الدولي في المرحلة الحالية بخصوص عملية الإصلاح ذاتها⁽¹⁹⁾.

ثالثاً: الغموض في التوجه نحو أعمال نزعة موضوعية جديدة مرنة لمجابهة القضايا الدولية نقصد بـ "النزعة الموضوعية"، في عمومها تلك الطريقة البديلة النائرة على الأسلوب الرسمي والشكلي المترتب على أعمال المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تأتي هذه الآلية القانونية الجديدة كمواجهة عملية وحتمية لإبعاد صفة القداسة عن الأشكال التقليدية، التي ظهرت بها القاعدة القانونية الدولية للوجود، هذه الأخيرة كانت إلى وقت قريب لا تقبل أي تشكيك أو رد باعتبارها تعكس مصالح المجموعة الدولية بأكملها؟! تتلخص المشكلة الأساسية، في الصياغة الدقيقة التي عبر عنها الأستاذ "محمد بجاوي" متسائلاً:

«هل الدول الحديثة ولدت في عالم قانوني سبق تحديده بطريقة لا تقبل التعديل، وهل على تلك الدول أن تتصارع لقانون دولي عرفني نشأ بلا مشاركة منها، بل وضد مصالحها في معظم الأحيان؟، أم أنّ الدول الحديثة تظهر إلى الوجود في إطار تنظيم قانوني متطور باستمرار من حقها أن تؤثر فيه بقدر ما تنصاع له، وبذلك تستطيع أن تعيد النظر في بعض قواعده؟. وباختصار هل القانون الدولي تقنين للوضع أم أنّ بالإمكان تحديث ذلك القانون في إطار إستراتيجية عامة تقوم على مشاركة جميع الدول، بما فيها الدول الحديثة، وترمي إلى النمو التدريجي لقانون جديد يعكس اهتمامات ومصالح الجميع»⁽²⁰⁾

غير أنّ هذه الإشكالية تزداد مع تصاعد نسق الأعمال والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة عن الدول، خصوصاً بعد أحداث (2001/09/11م) من جانب (و.م.أ)، ولعلّ أبرز مثال على ذلك نستشهد به في هذا المقام هو تعليق الرئيس الأمريكي الأسبق (جورج بوش "الابن") عندما طلب منه (كويزومي) رئيس وزراء "اليابان" «أن يكون للأمم المتحدة دور في العراق»، ردّ عليه بقوله «يمكن أن أتفهم وجهة النظر هذه، لكن المشكلة هي أنّ الأمم المتحدة أصبحت قديمة ويجب تغييرها»⁽²¹⁾، ألا يمكن فهم هذا التصريح ضمن نمطية جديدة، يُفرض من وراءها إرهاب الدولة الذي أصبح حقيقة ملموسة في الواقع الدولي الحالي؟⁽²²⁾

غير أنّ المؤشرات الإيجابية في هذه المرحلة تتمثل في تصريح الأمين العام الأممي الحالي السيد (أنطونيو غوتيريس)- وإن توجّب علينا أخذها بتحفظ- عندما قال {إن الأمم المتحدة لا يمكن استبدالها، لذلك أنا ملتزم تماماً قبل أي شيء بإحداث طفرة دبلوماسية من أجل السلام، لجعل الهيئة أكثر فاعلية في محاولة معالجة التزايد الكبير في الصراعات التي نشهدها في العالم، وأن نعطي الأولوية الكاملة لمنعها فإن كانت أعمالها ساهمت في تقليل المعاناة، إلا أنه يجب الإقرار بسلبيات الأمم المتحدة وإخفاقاتها}، مضيفاً بضرورة ابتكار قنوات جديدة وأطر لممارسة الهيئة اختصاصاتها، من ذلك تبسيط عمل الهيئة (الفهم الإيجابي للميثاق للتحلّل من شكلياته المعقدة)، جعل الهيئة غير مركزية وأكثر كفاءة ومرونة ومساءلة⁽²³⁾.

لكن تبقى هذه التصريحات- على إيجابياتها- مرهونة بمدى وجود التزام دولي حقيقي اتجاه الرباط العقدي الذي يمليه الميثاق نفسه، وبالذات من طرف (الو.م.أ) التي أعطت هي الأخرى مؤشرات غير مطمئنة، خصوصاً مع إدارة السيد (دونالد ترامب) الجديدة، التي تذكرنا بما سبق وأن صرّح به السيّد "جوشوا مورافشيك" (باحث أمريكي، من أكبر منظّري المحافظين الجدد) حيث قال: «إذا كان العالم أكثر أمناً منذ العام 1945م، فإنّ ذلك يعود إلى السياسات الدولية الحكيمة التي تنتهجها الولايات المتحدة، وليس إلى وجود منظمة الأمم المتحدة»⁽²⁴⁾.

خاتمة

انتهينا إلى تبيان مختلف الأسباب التي أدّت إلى ضرورة المطالبة بإصلاح الأمم المتحدة، وأتينا إلى ذكر بعض أهم المعوّقات والعراقيل التي قوّضت من عملية الإصلاح تارة، وأفرغتها من محتواها تارة أخرى. لكن تبقى الحاجة إلى التنظيم الدولي عموماً وهيئة الأمم المتحدة على وجه الخصوص أمراً لا مفر منه على اعتبار قدرتها على إحداث التوافق الدولي ولو في حدوده الدنيا، بل نعتقد جازمين أنّها تُعدّ ضماناً أساسية للإبقاء على الأمن والسلم الدولي، ومن هنا لما كان هذا الأمر مسلماً به، كان لا بد معه من إبقائها والعمل على البناء عليها قصد تفعيل دورها، وجعله يرتقي إلى المستوى المطلوب، لذلك نعهد إلى اقتراح ما يلي:

– تكريس واقع جديد في العلاقات الدولية، بفعل تكتّل الدول حديثة العهد بالاستقلال في قطب متميّز استناداً إلى "قوة عددها" واستغلال مركزها داخل الجمعية العامة للأمم المتحدة. وهنا قد اختلف مع ما يذهب إليه الباحثون في "القانون الدولي" الذين ساروا في اتجاه، جعل دور الجمعية العامة "هامشياً" ارتكازاً على صلاحياتها، كون أنّ "قوة العدد" بإمكانها تأسيس نمطية معيّنة، ترتقي إلى مبدأ اتفاقي وقد تصل إلى حد القاعدة الدولية الأمرة. وهو ذات النسق الذي ارتقى فيه الإعلان رقم (1514) المتضمن منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة.

– العودة على الأقل لإعمال وإثراء خطة الأمين العام للأمم المتحدة – سابقاً – السيّد (بُطرس بُطرس غالي) مع البناء عليها، وهي التي حملها معه إلى المنظمة لما تقلد منصبه في فترة التسعينيات من القرن الماضي - وهي خارطة الطريق نفسها تقريبا، التي اعتمدها الأمين العام الحالي السيّد (انطونيو غوتيريس) في برنامج ترشحه لمنصبه الحالي- حيث جاء فيها بأفكار ثلاثة تمحورت حول:

- السلام، وضرورة تطبيق مبدأ الدبلوماسية الوقائية.

- التنمية، وضرورة تقليل الهوة المستمرة بين الشمال والجنوب.

- تأصيل الديمقراطية وتعميقها، بمعنى آخر كان يقصد "دمقرطة" العولمة⁽²⁵⁾.

أخيراً، ضرورة مراجعة الأنظمة المالية التي تدفع للمنظمة وتخفيض الحد الأقصى حتى لا يُستغل كمطيّة للتأثير على استقلالية الهيئة، مع التوافق مع الدول النفطية لتعويض الفارق في ميزانية الأمم المتحدة، والهيئات الدولية الأخرى، الأمر الذي من شأنه التخفيف من التبعية الحالية، وتحقيق نوع من الاستقلالية -على الأقل- كخطوة أولى في المسار الطويل لإصلاح هيئة الأمم المتحدة ومن ورائها التنظيم الدولي.

بقي أن نشير ونحن بصدد استكمال هذه الورقة البحثية أن تمنع الإرادة الدولية وبالذات الأمريكية عن إصلاح حقيقي لهيئة الأمم المتحدة، إنّما يرجع – في اعتقادنا- إلى الخوف من فقدان امتيازات وترتيبات، كان الميثاق قد حفظها (تضمّنها عُنوة) للدول المنتصرة في الحرب العالمية الثانية، بتفسير "منحرف" يدور حول فكرة ممارسة الوصايا على بقية دول المجموعة الدولية، "بما أنّها تحركت في ذلك الوقت بالنيابة عنها"، وربما تناست أنّ هذه (الدول غير الفاعلة آنذاك على المستوى الدولي)، قد غيّبت بفعل الاستعمار الذي قامت به الدول المعنية اليوم برفض إصلاح هيئة الأمم المتحدة مع الأسف!؟

الهوامش:

- (1) www.un.org/members (visité le 11/03/2017)
- (2) وإن اختلفنا حول مستوى هذا الحفظ، بالنظر لبُؤر التوتر المختلفة، خصوصاً في ظل الأحادية القطبية.
- (3) راجع في ذلك كل من:
- د. فتيحة ليتيم، "نحو إصلاح منظمة الأمم المتحدة لحفظ السلم والأمن الدوليين"، سلسلة أطروحات الدكتوراه (95)، مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، 2011، 12.
- Georg NOLTE, Le Droit International face au déficit American, A.Pedone, Paris, 2004, P.40.
- (4) التصريح مقتبس بواسطة مرجع د. فتيحة ليتيم، أعلاه، ص.12.
- (5) بحث بعنوان "هل تستحق قيمة الأمم المتحدة ما يدفع إليها من أموال" مسحوب من على الرابط الإلكتروني التالي: www.un.org/arabic/geninfo/ir/ir/ch5/ch5/-txt.h/m.
- (6) كل الأرقام مأخوذة من مقابلة مديرة "اليونسكو" السيّدة "إيرينا بوكوفا" التي أجرتها معها جريدة "الشرق الأوسط" عدد (12064) Issue، ليوم الجمعة 2011/12/9م، ص.07.
- (7) انظر في مفهوم ذلك كل من:
- د. فتيحة ليتيم، نحو إصلاح منظمة الأمم المتحدة...، المرجع السابق، ص.13.
- Sean MURPHY, "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", 96 AJIL, 2002,P, 461. in www.heinonline.org (visited on 26/01/2017).
- (8) بويحي جمال "قواعد القانون الدولي الراهنة بين الشرعية القانونية والشرعية الموازية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 2010/02، ص.ص 08-18.
- (9) CIJ, Rec, Affaire du Dommages Subis au Services des Nations Unis, Avis Consultatif du 11/04/1949, P.174.
- (10) تفرّيعاً في ذلك، ترجى العودة إلى، بوسلطان محمد وحمّان بكاي: القانون الدولي العام، وحرب تحرير الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.ص 119-124.
- (11) أحمد أبو الوفا، القانون الدولي للبحار على ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.374.
- (12) يوسف عنتار، "الهيمنة في النظام الدولي، أية قيود؟"، مجلة "الدولية"، محور العدد "النظام الدولي بين القانون والممارسة"، عدد 04، 2008، مراكش، ص.20.
- (13) انظر في معنى ذلك:
- د. فتيحة ليتيم، نحو إصلاح منظمة الأمم المتحدة...، المرجع السابق، ص.15.
- (14) د. فتيحة ليتيم، نحو إصلاح منظمة الأمم المتحدة...، المرجع السابق، ص.17.
- (15) ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لـ م.ع.د، منشورات إدارة شؤون الإعلام للأمم المتحدة، الأمم المتحدة، نيويورك، 1999، ص.83.
- (16) للأمانة العلمية، التصريح ورد في مرجع الأستاذة:
- د. فتيحة ليتيم، المرجع نفسه، ص.32.
- (17) ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لـ م.ع.د...، ص.68.
- (18) المرجع نفسه، ص.ص.72-73.
- (19) انظر في معنى ذلك:
- د. فتيحة ليتيم، نحو إصلاح منظمة الأمم المتحدة...، المرجع السابق، ص.33.
- (20) بجاوي محمد، من أجل نظام اقتصادي دولي جديد، (تعريب د/جمال مرسي، ابن عمار الصغير)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1980، ص.178، وكذلك؛

بويحي جمال، القانون الدولي في مجابهة التحدي الأمريكي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014م، ص.ص. 57-58.

(21) د. فتيحة ليتيم، نحو إصلاح منظمة الأمم المتحدة...، المرجع السابق، ص.34.

(22) راجع في ذلك كل من:

بويحي جمال " مقارنة قانونية حول جريمة إرهاب الدولة في ضوء القانون الدولي المعاصر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، عدد 02، 2010، ص.ص. 176-210.

- SZUREK(s), " La Lute contre le terrorisme sous l'Empire du chapitre VII: Un laboratoire normatif", In R.G.D.I.P, A.Pedone, N°01, 2005, P.P05.49.

(23) تم أخذ تصريحات الأمين العام للأمم المتحدة من الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://www.skynewsarabia.com/web/article/910294> (visité le 25/01/2017)

(24) بويحي جمال "مقاربة قانونية...، المرجع السابق ص.35.

(25) ناتاشا لطفي سعد، هيئة الأمم المتحدة وعصر الانهيارات والتفرد القطبي، رشاد برس، بيروت، 2010م، ص.226.

الدور الرقابي لمكتب المفتش العام وانعكاساته على الأزمة المالية في العراق - دراسة دستورية مالية *

Dr. Hicham djamil kamal,
Ass. prof. Constitutional law,
College of law, University of Tikrit, Iraq.
Dr. Mohammed Alom Mohammed,
Ass. Prof. Financial legislation,
College of law, University of Baghdad, Iraq.

د.هشام جميل كمال،
أستاذ القانون الدستوري المساعد،
كلية القانون، جامعة تكريت، العراق.
محمد علوم محمد،
أستاذ التشريع المالي المساعد،
كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

الملخص:

إنّ ظاهرة الفساد الإداري والمالي تعدّ من أهم الأسباب التي تؤدي إلى تأخر الأمم، فلا بد من وجود أجهزة رقابية مختصة لمكافحة هذه الظاهرة وفق تشريعات تتسم بالوضوح والدقة، وتتبع ضوابط شفافة في مزاولة أعمالها، ومن هذه الأجهزة التنظيمية الإدارية تتمثل في مكتب المفتش العام الذي يحظى باهتمام المراقبين وأصحاب القرار، لكونه مختص بمراقبة تطبيق القانون وحسن تنفيذه من خلال نشاطاته التفتيشية والرقابية والتحقيقية، تنطلق دراستنا من مشكلة أساسها عمل مكتب المفتش العام هو عمل له أهمية كبيرة على مستوى العراق، وعمل المرافق العامة في الدولة، لما فيه من أثر قانوني لكشف المفسدين والمتورطين بهذا العمل غير القانوني، لأنّ الفساد آفة تدمر المجتمع وترتب على وجود الفساد ظهور أزمة مالية، كان لها أثر كبير في جميع مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والصحية، ومن هنا تبدأ دراستنا لبيان دور مكتب المفتش العام، هل كان ايجابيا في الحفاظ على المال العام؟ وهل يعدّ عاملا يمكن الاستعانة به لحل الأزمة المالية، عبر ملاحقة المفسدين واتخاذ الاجراءات القانونية ضدهم للحفاظ على المال العام؟ وأنّ لمكتب المفتش العام دور مهم في الرقابة على مؤسسات الدولة، من خلال تلقيه الشكاوي وقيامه بجولات تفتيشية وتدقيقية في سبيل أداء مهامه، وهذا الأمر يعدّ مرآة عاكسة لبيان نقاط الخلل في جانب الفساد والتجاوز على المال العام، وهذا الأمر بدوره يعدّ عنصرا فعّالا في تجاوز الأزمة المالية، لأنّ عمل مكتب المفتش العام يعدّ عاملا رقابيا لضمان الحفاظ على المال من الفساد وصوره.

الكلمات المفتاحية:

المفتش العام، الدور الرقابي، الازمة المالية في العراق، الفساد الإداري.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/13 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/11/28 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

The supervisor job of the general respector office and its reflective on the Iraqi financial crisis – constitutional and financial study

Abstract:

The phenomenon of administrative and financial corruption is one of the most important reasons that lead to the Nations delayed There must be a competent supervisory bodies to combat this phenomenon in accordance with the legislation are clear, precise and follow transparent controls to engage in their business, and this administrative regulatory bodies represented in the Office of the Inspector General, which receive the attention of observers and decision-makers for being a specialist to monitor the application of the law and good implemented through activities of inspection and oversight and investigative and start our study of the problem of the basis of which the work of the Office of the Inspector General is a work of great importance to the level of Iraq and the work of public utilities in the state, because it is legal effect to expose the corrupt and those involved in this action illegal because corruption passed away destroys society and resulted in the existence of corruption emergence of a financial crisis has had a significant impact on all areas of economic, social, legal and health life ... etc.

Hence starts study to demonstrate the role of the Office of the Inspector General was it positive in the maintenance of public money and whether after a worker can be employed to solve the financial crisis over the prosecution of the corrupt and take legal action against them to keep the public money, and that the Office of the Inspector General an important role in the control of state institutions by receiving complaints and carrying out inspection tours, auditing in order to carry out his duties and that it is a reflective mirror to show the flaws in the side of corruption and overtaking on public money and this in turn is the active ingredient in overcoming the financial crisis, because the work of the Office of the Inspector General is a regulatory action to ensure the preservation of money from corruption and manifestations.

Key words:

The Inspector General, supervisory job, Iraqi financial crisis, administrative corporation.

La compétence de contrôle de l'inspecteur général et son impact sur la crise financière en Iraq : étude constitutionnelle et financière

Résumé :

Pour faire face au phénomène de corruption qui gangrène la plupart de nations, l'existence d'instances financières indépendantes de contrôle s'impose avec force. Parmi ces instances, on cite le bureau de l'inspecteur général ayant une importance capitale en ce qu'il contrôle la bonne exécution des lois et règlements financiers à travers une panoplie de compétences de contrôle, d'expertise et d'instruction. Le phénomène de corruption qui frappe de plein fouet l'administration Irakienne rend la tâche de ce bureau très délicate. Comment ce bureau peut alors lutter contre ce phénomène dans un fragile contexte politique et sécuritaire que traverse l'Iraq ?

Mots clés :

Inspecteur général, compétence de contrôle, crise financière en Iraq, corruption.

مقدمة

إنّ ظاهرة الفساد الإداري والمالي تعدّ من أهم الأسباب التي تؤدي إلى تأخر الأمم، فلا بد من وجود أجهزة رقابية مختصة لمكافحة هذه الظاهرة وفق تشريعات تتسم بالوضوح والدقة، وتتبع ضوابط شفافه في مزاوله أعمالها، ومن هذه الأجهزة التنظيمية الادارية تتمثل في مكتب المفتش العام الذي يحظى باهتمام المراقبين وأصحاب القرار، لكونه مختص بمراقبة تطبيق القانون وحسن تنفيذه من خلال نشاطاته التفتيشية والرقابية والتحقيقية.

أهمية الدراسة :

تندرج دراستنا لمكتب المفتش العام من مبتغيات عديدة ذات أهمية كبيرة على الساحة القانونية وتتمثل كالآتي :

- 1- الدور الرقابي لمكتب المفتش العام وأثره على مكافحة الفساد وصوره في العراق.
 - 2- إنّ الجهاز التنظيمي المتمثل بمكتب المفتش العام، يتكون من عدد من المفاصل تعمل ضمن نطاق المشروعية لضمان حسن تطبيق القانون، وبيان مدى التزام المؤسسات الادارية بالدستور والقوانين التي تهدف إلى الحفاظ على المال العام .
 - 3- إنّ العلاقة المتميزة التي يقوم بها مكتب المفتش العام عبر تعاونه مع سلطات الدولة المتعددة، له أهمية كبيرة في تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات ضمن نطاق التعاون والرقابة لضمان مكافحة الفساد المالي وصوره، وأهمها علاقته بهيئة النزاهة وبالسلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية .
 - 4- إنّ الأزمة المالية كان سببها الفساد المالي وعدم الالتزام بقواعد التخصيص القانوني لموارد الدولة، وفق قانون الموازنة العامة من قبل مؤسسات الدولة، وهنا يظهر دور مكتب المفتش العام في بيان التجاوزات التي حدثت على المال العام وفق قواعد الرقابة الممنوحة له بموجب قواعد الاختصاص القانوني .
- إشكالية الدراسة:**

تنطلق دراستنا من مشكلة أساسها عمل مكتب المفتش العام، هو عمل له أهمية كبيرة على مستوى العراق وعمل المرافق العامة في الدولة، لما فيه من أثر قانوني لكشف المفسدين والمتورطين بهذا العمل غير القانوني، لأنّ الفساد آفة تدمر المجتمع وترتب على وجود الفساد ظهور أزمة مالية، كانت له أثار كبيرة في جميع مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والصحية... الخ ومن هنا تبدأ دراستنا لبيان دور مكتب المفتش العام هل كان ايجابيا في الحفاظ على المال العام؟ وهل يعدّ عاملا يمكن الاستعانة به لحل الأزمة المالية، ملاحقة المفسدين واتخاذ الاجراءات القانونية ضدهم للحفاظ على المال العام؟

منهج الدراسة :

إنّ الدور البارز لمكتب المفتش العام في العراق له أثر كبير على المستوى القانوني، لتطبيق التعليمات والقواعد القانونية ضمن قواعد المشروعية الدستورية وهذا الأمر دفعنا الى اتباع المنهج التحليلي للنصوص القانونية التي تطرقت الى مكتب المفتش العام، ومنهج تطبيقي لبيان عمل مكتب المفتش العام وأثره في الواقع على عمل مؤسسات الدولة .

خطة الدراسة :

لغرض التعرف على مكتب المفتش العام ضمن الدراسة القانونية الدستورية، اقترحنا دراستها ضمن أربعة مطالب، تطرقنا في الأول إلى التعريف بالمفتش العام وبحثنا في الثاني الأسس التنظيمية لمكتب المفتش العام وندرس في الثالث اختصاصات مكتب المفتش العام وموقف السلطة التنفيذية منه ونتحدث في الرابع على الدور الرقابي لمكتب المفتش العام.

المطلب الأول: التعريف بالمفتش العام

تعتبر وظيفة المفتش العام من الوظائف المهمة، وذلك لخطورة المهام التي يقوم بها من مراقبة تطبيق القانون وحسن تنفيذه، وهذا ما يتطلب منا التعريف بالمفتش العام من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ومعرفة المسوغات والأسباب القانونية التي أدت إلى استحداث هذا الوظيفة، وهذا ما سنتناوله في فرعين ويخصص الأول منها لمفهوم المفتش العام ونتطرق في الثاني للمسوغات القانونية لإنشاء هذه الوظيفة .

الفرع الأول: مفهوم المفتش العام

لرفع الغموض عن عنوان الفرع وأصل كلمة المفتش في اللغة، يستلزم منا البحث عنها في الكتب النحوية وبعد ذلك البحث في معناه الاصطلاحي.

أولاً/ المفتش في اللغة: المفتش اسم فاعل مشتق من مفتش يقال فتش، يفتش تفتيشاً، والمفتشين والتفتيش: الطلب والبحث يقال فتش الشيء فتشاً وفتشته تفتيشاً⁽¹⁾.

وفتش الشيء: أو فتش عنه سأل وبحث والفتاش: كثير التفتيش⁽²⁾ والمفتش هو الذي يعهد إليه التفتيش عن الأعمال في دواوين الحكومة أو الشركات وغيرها⁽³⁾.

والمفعول: مفتش فتش الحقيبة فحصها، تفقدها، بحث فيها بدقه، فتشت الشرطة المكان وفتش المحافظ المشروعات العمرانية أي تفقدها⁽⁴⁾.

ثانياً/ المفتش اصطلاحاً: ورد مصطلح المفتش العام في القوانين والأنظمة والتعليمات العراقية التي صدرت بهذا الخصوص، مثل نظام التفتيش الإداري العراقي الصادر في 1/ شباط 1923 وقانون التفتيش الإداري العراقي رقم 54/ لسنة 1936، وآخرها صدور الأمر 57 لسنة 2004، وعليه يعرف التفتيش بأنه مجموعة من الإجراءات والفعاليات التي يتخذها مكتب المفتش العام ضمن خطة عمل، يهدف التأكد من سلامة الممارسات والإجراءات التي تنفذها الوزارة أو

الجهة غير المرتبطة بوزارة، وإجراء تحليل دقيق يستند إلى الأدلة والبيانات لتقييم الأداء وتقديم الحلول الكفيلة لتحسين مستوى الأداء في الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة⁽⁵⁾.

والتفتيش يكون على أنواع نذكر منها:

1- التفتيش التحقيقي: ويعرف بأنه إجراء يتضمن القيام بعمل معين من أجل الحصول على أدلة الجريمة، تمهيدا لممارسة حق المجتمع في العقاب وهو كعمل إجرائي واقعة قانونية يرتب عليها القانون أثرا إجرائيا⁽⁶⁾.

2- التفتيش الاستثنائي: فهو يعني التفتيش الذي لا يمارس إلا في حالات استثنائية، كإعلان حالة الطوارئ الذي يعطي السلطة التنفيذية دورا في السيطرة على الأوضاع الاستثنائية والحد من بعض الحريات لمجابتها⁽⁷⁾.

3- التفتيش الوقائي: هو التفتيش الذي يمارس بغية الحماية وتجنب الأضرار أيا كان نوعها⁽⁸⁾، ويهدف هذا النوع في التفتيش إلى الحيلولة دون ارتكاب الجرائم أيا كان نوعها، والقبض على الأشخاص الذين يرومون ارتكاب جريمة.

4- التفتيش الإداري: بأنه إجراء تقوم به السلطات الإدارية بمقتضى نص القوانين والأنظمة بقصد التحقق من تنفيذ ما تأمر به تلك السلطات وما تنهى عنه⁽⁹⁾.

الفرع الثاني: مسوغات إنشاء مكتب المفتش العام

إن القاعدة القانونية التي استند إليها الأمر رقم 57 لسنة 2004 والذي جاء فيه ينشئ بموجب هذه الأمر برنامجا فعالا، يتم بموجبه إخضاع أداء الوزارات لإجراءات المراجعة والتدقيق والتحقيق بغية رفع مستويات المسؤولية والنزاهة والإشراف على أداء الوزارات، لمنع وقوع أعمال التبذير والغش وإساءة استخدام السلطة والتعرف على الأعمال المخالفة للقانون، ومن ذلك يتبين أسباب إنشاء مكتب المفتش العام وهي كالآتي:

أولا/ الفساد الإداري: يعدّ الفساد الإداري السبب الأساسي لإنشاء مكتب المفتش العام حسب ما جاء بالأمر 57 لسنة 2004⁽¹⁰⁾ ويمكن تعريف الفساد الإداري بأنه (عبارة عن نشاطات تتم داخل إحدى الأجهزة الإدارية الحكومية التي تؤدي إلى حرف الجهاز عن هدفه الرسمي لصالح أهداف خاصة سواء كانت بصيغة متجددة أو مستمرة وبأسلوب فردي أم جماعي)⁽¹¹⁾.

ومن ذلك يتبين أنّ الفساد الإداري هو قيام الموظف بإساءة استعمال السلطة الممنوحة والمقرره له بموجب القانون لتحقيق مكاسب ذاتية أو شخصية، من خلال مخالفة القوانين والأنظمة والتعليمات، وبالتالي عرقلة تقدم المرفق الحكومي وانعدام ثقة الجمهور بخدمة ذلك المرفق والدولة، والفساد الإداري له عدة صور أبرزها:

- 1- الرشوة: تعني اتجار الموظف أو المكلف بخدمة عامة بوظيفته مستغلا السلطة المخولة له بموجب هذه الوظيفة⁽¹²⁾.
 - 2- الاختلاس: سوء استعمال الأموال المعهودة لشخص معين أو التصرف بها بشكل غير قانوني، وتخطي هذا التصرف عن طريق التلاعب بالدفاتر والسجلات أو الحسابات المالية⁽¹³⁾.
 - 3- المحاباة: ويقصد بها تفضيل جهة أو شخص على آخر في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة⁽¹⁴⁾.
 - 4- المحسوبية: تنفيذ الأعمال لصالح فرد أو جهة ينتمي إليها الشخص كحزب أو طائفة معينة⁽¹⁵⁾.
 - 5- التلاعب: هو تعمد إخفاء أو تعديل البيانات لغرض الحصول على منافع خاصة، أو لتضليل طرف آخر للحيلولة بينه وبين الحصول على حقوقه المشروعة⁽¹⁶⁾.
- ثانيا/الإصلاح الإداري: يعرف الإصلاح الإداري بأنه سلسلة التحسينات في الجهاز التنفيذي ابتداء من إعادة تنظيم هيكل الإدارة الحكومية إلى التغييرات البسيطة في أساليب انجاز العمل بالمصالح والوزارات⁽¹⁷⁾، ويعرف كذلك بأنه تنظيم للإدارة التنفيذية من شأنه أن يحقق تحسينا في الأجهزة الإدارية للدولة، ويجعلها أكثر مقدرة وفعالية في تنفيذ السياسة العامة⁽¹⁸⁾.
- وقد يكون الإصلاح الإداري عن طريق تحديد أنواع المهارات البشرية اللازمة للمرافق والوحدات الإدارية، وكيفية إعدادها وتدريبها وإعادة توزيع القوى العاملة بين الوزارات والمحافظات والمؤسسات والشركات العامة، على نحو يكفل كفاية أداء الإنتاج والخدمات⁽¹⁹⁾.
- للإصلاح ومكافحة الفساد تتضمن الآليات الآتية:

- 1- إعادة هيكلة الجهاز الإداري وفق قانون شامل لكل مؤسسات الدولة⁽²⁰⁾.
- 2- وضع ضوابط دقيقة لتقويم أداء الوظيفة العامة.
- 3- غرس أخلاقيات الوظيفة العامة⁽²¹⁾.

المطلب الثاني: الأسس التنظيمية لمكتب المفتش العام

يعتبر التنظيم ضرورة ملحة لما له من أهمية في استمرارية العمل وديمومته ونجاحه، لأنه يهتم بتقسيم العمل وتوزيعه بين الأفراد، ويؤدي كذلك إلى توحيد الجهود بغية تحقيق الأهداف وعدم تداخل الصلاحيات وإبعاد الصراعات حول الاختصاصات والمهام الوظيفية، وكذلك تحديد الطبيعة القانونية للمكتب المفتش العام، ولذا تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الأول إلى الهيكل التنظيمي لمكتب المفتش العام، ونبحث في الثاني عن الطبيعة القانونية لمكتب المفتش العام.

الفرع الأول: الهيكل التنظيمي لمكتب المفتش العام

الهيكل التنظيمي هو إطار من أجل تنظيم العلاقات بين الأفراد داخل التنظيم، ولكونه خير وسيلة وأداة لتحقيق أهداف المكتب والنهوض بها إلى أقصى مستويات الكفاءة والفاعلية بكافة الأنشطة، يعرف الهيكل التنظيمي بأنه بطاقة الهوية التعريفية لمكتب المفتش العام، وأن هذه البطاقة تستطيع إخبار كل أعضاء المكتب بما يرتبط بالعلاقات التي يعتقد مخططو ومؤسسو المكتب ضرورتها وجدواها⁽²²⁾، وهو بذلك يشبه الهيكل العظمي في جسم الإنسان⁽²³⁾. وأن الهيكل التنظيمي يعكس ما تعبر عنه مجموعة متكاملة من النشاطات والعمليات الأساسية في المكتب، تصمم من خلالها العلاقات الرسمية وتحدد في ضوءها عدد المستويات الإدارية⁽²⁴⁾. يتكون الهيكل التنظيمي من:

أولاً/المفتش العام: والذي يكون بدرجة وكيل وزير ويعتبر أعلى درجة وظيفية في المكتب، ويكون مسؤولاً عن أداء المكتب ويتباين نطاق الإشراف للمفتش العام من مكتب إلى آخر، من حيث الارتباط المباشر في الهيكل التنظيمي وعند الاطلاع على الهيكل التنظيمي لمكتب المفتش العام في الوزارات (التربية، البيئة، العمل والشؤون الاجتماعية، الشباب والرياضة، التعليم العالي والبحث العلمي) نرى أنها لم تتضمن هيكلية موحدة، حيث بعضها تربط الأقسام بالمفتش العام مباشرة مثل مكتب المفتش العام لوزارة التربية، وكذلك عدم إدراج الشعب التي ترتبط بالأقسام في الهيكل التنظيمي⁽²⁵⁾.

ثانياً/معاون المفتش العام: من خلال الاطلاع على الهياكل التنظيمية للمكاتب المشار إليها أعلاه، نرى تفاوت نطاق إشراف معاون المفتش العام، ففي بعض المكاتب نرى وجود معاوني للمفتش العام كما في الهيكل التنظيمي لمكتب وزارة التجارة والبعض الآخر وجود معاون واحد للمفتش العام مثل وزارة البيئة، ويقوم معاون المفتش العام بمهام المفتش عند إجازته أو إيفاده، وبشكل عام يلاحظ انخفاض مستوى تفويض الصلاحيات من قبل المفتش العام إلى معاونهم وإن وجدت تكون محدودة⁽²⁶⁾.

ثالثاً/أقسام المكتب: عند الاطلاع على الهياكل التنظيمية يتبين أن المكاتب تحوي على الأقسام التالية: (قسم التحقيق، قسم التفتيش، قسم تدقيق العقود، قسم الرقابة والتدقيق، قسم تقويم الأداء، قسم الموارد البشرية، قسم الشؤون المالية، قسم تقنية المعلومات، قسم إدارة الفروع)⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني: تعيين وإقالة المفتش العام

استناداً إلى ما نص عليه الأمر 57 لسنة 2004 بأنّ المفتش العام يتطلب قدراً من الاستقلالية لممارسة اختصاصه، إلا أنّ الأمر لم يشر أو يحدد نوع الاستقلال، وعلى ذلك سنسلط الضوء على تعيين المفتش العام وإقالته.

أولاً/التعيين: نص الأمر أعلاه على أن يتم إنشاء مكتب للمفتش العام في كل وزارة⁽²⁸⁾، ونص كذلك على أن يتم تعيينه لأول مرة من قبل المدير الإداري لسلطة الائتلاف لمدة خمس سنوات، وعندما يكون المنصب شاغراً يتم تعيينه من قبل رئيس الوزراء على أن يصادق عليه من قبل السلطة التشريعية⁽²⁹⁾.

وبما أنّ المفتش العام يعتبر بدرجة وكيل وزير، فإنّ الجهة التي تستطيع محاسبته أو معاقبته في حالة إخلال بالوظيفة الرئاسة أو مجلس الوزراء حسب نص المادة 14 من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 المعدل.

ثانياً/الإقالة: نص الأمر 57 لسنة 2004 بأنه يجوز للوزير إقالة المفتش العام من منصبه في حالة وجود سبب يبرر الإقالة، وعند الاطلاع على قوانين الخدمة المدنية وقانون انضباط موظفي الدولة نلاحظ عدم وجود مصطلح الإقالة في القوانين المعمول بها، وأنّ هذا المصطلح موجود في القانون المدني⁽³⁰⁾، أي يتطلب وجود علاقة تعاقدية⁽³¹⁾.

وعليه نرى أنّه على المشرع التدخل وتغيير مصطلح الإقالة، كون العلاقة بين المفتش والدولة علاقة تنظيمية وليس علاقة تعاقدية كاستبدال المصطلح بالإعفاء، ويتضح من الأمر رقم 57 لسنة 2004 أنّ مفهوم الاستقلال الذي يتمتع به المفتش العام يتجسد في الآتي:

1- الاستقلال الوظيفي في اتخاذ القرارات وفقاً للصلاحيات القانونية الممنوحة بموجب الأمر 57 لسنة 2004، بالإضافة إلى بعض على الصلاحيات التي تمنح إلى المفتش العام من الوزير فيما يخص موظفي المكتب وتطبيق التعليمات والأنظمة المشروعة وتطبيق القوانين والدستور.

2- الاستقلال المالي: يتمتع المفتش باستقلال مالي كما نص عليه القسم 7 من الأمر والذي نص على (تقوم كل وزارة بتوفير التمويل الخاص بمكتب المفتش العام التابع لها من ميزانيتها السنوية التي تحصل عليها من الأموال المخصصة لها في الميزانية الوطنية، يجب على كل وزارة تخصيص الأموال الكافية لمكتب المفتش العام وتسليمها له بغية تمكنه من تأدية مهامه)⁽³²⁾.

3- بالنسبة للاستقلال الإداري، يلاحظ أنّ المفتش العام لا يتمتع به كونه جزء من الهيكل التنظيمي الخاص بالوزارة التي يكون الوزير في قمته، ويتبين من خلال ما ذكر أعلاه أنّ نظام المفتش العام يتمتع باستقلالية من جانب مكافحة الفساد وصوره عبر التحري عن الفساد واتخاذ الاجراءات الاحترافية للقضاء عليها، وخضوعه للوزير من جانب إداري كون العمل

الإداري يقوم على سلم يترأسه الوزير، وبهذا الحال يرتبط مكتب المفتش العام وفق قواعد الوظيفة العامة إلى الوزير⁽³³⁾.

فيمكن للمفتش العام إصدار أوامر للتدقيق والتحقيق والتفتيش دون الرجوع إلى الوزير، رغم خضوعه للوزير باعتبار الأخير في قمة الهرم الإداري الخاص بالوزارة.

المطلب الثالث: اختصاصات مكتب المفتش العام وموقف السلطة التنفيذية منه

إنّ التشريعات والأنظمة والتعليمات لاتأخذ معناها الحقيقي إلا عندما يتم تنفيذها بصورة صحيحة من قبل الهيئات الإدارية (المركزية والمحلية)، ولغرض التأكد من تنفيذ القوانين وتطبيقها بصورة صحيحة، لا بد أن يكون للحكومة الحق في تفتيش أعمال هذه الهيئات (المركزية والمحلية)، ومن الجهات المكلفة بالتفتيش مكتب المفتش العام الذي حد له القانون مجموعة من المهام والاختصاصات التي سنتناولها في الآتي :

أولاً/ اختصاصات مكتب المفتش العام

1- فحص ومراجعة جميع سجلات الوزارة وكل ما تقوم به من نشاط بغية ضمان النزاهة والشفافية ونصت عدة قوانين على هذه الصلاحية⁽³⁴⁾.

2- القيام بالتحقيق الإداري على نحو يتماشى مع المهام المنصوص عليها في الأمر 57 لسنة 2004.

3- المراجعة والتدقيق على عمليات الوزارة من منظور حسن التدبير وكفاءة الأداء.

4- تلقي الشكاوي المتعلقة بأعمال الغش والتدبير وإساءة استخدام السلطة.

5- توفير المعلومات والأدلة المتعلقة بأعمال قد تكون إجرامية وإحالتها إلى الجهات المختصة⁽³⁵⁾.

6- تقديم توصيات غير ملزمة لغرض قيام الوزارة بتنفيذ الأعمال لتصحيح وتجاوز الأخطاء.

7- تدريب العاملين في الوزارات على سبل التعرف على أعمال التبذير والغش وإساءة التصرف.

8- التعاون مع هيئة النزاهة وديوان الرقابة المالية ومساعدتها على تأدية مهامها.

ثانياً/ وسائل تنفيذ الاختصاصات

1- إمكانية الوصول بدون قيد إلى جميع المواقع التابعة للوزارة، حتى التي يخضع دخولها لقيود محددة، أو التي يحضر دخولها وإمكانية الوصول إلى العاملين في الوزارة دون إذن مسبق أثناء وقت العمل أو خارجه⁽³⁶⁾.

2- الاطلاع على السجلات وبيان المعلومات والتقارير والعقود والمذكرات والمراسلات حتى البيانات الالكترونية الخاصة بالعمل⁽³⁷⁾.

3- سلطة استدعاء الشهود والاستماع إلى اليمين أو القسم الذي يؤديه الشهود والاستماع إلى أقوالهم.

4- قدرة الوصول عند اللزوم وبالقدر المعقول إلى رئيس أي جهاز حكومي لأغراض تتعلق بعمل المكتب⁽³⁸⁾.

5- سلطة إلزام العاملين في الوزارة والتبليغ عن ما يتعلق بأعمال الغش والتبذير أو إساءة استخدام الموارد والأعمال المخالفة للقانون.

6- عدم إفشاء الأسرار فيما يتعلق بأية معلومات تم الحصول عليها نتيجة ممارسة السلطات المنصوص عليها أعلاه⁽³⁹⁾.

الفرع الثاني: موقف السلطة التنفيذية من مكتب المفتش العام

إنّ تجربة عمل المفتش العام في العراق بمفهومها الذي نص عليه الأمر 57 لسنة 2004 يعد حديثاً، مما أدى إلى خلق بعض السلبيات والإشكاليات التي أدت إلى عدم كفاءة عمل مكتب المفتش العام بالإضافة إلى سلبية العلاقة مع الوزارة غالباً، حيث ظهرت هذه السلبيات في عدة أوجه:

أولاً/يلاحظ في تقارير مكاتب المفتشين العموميين إهمالها الدور الوقائي وإهمال تقويم التشريعات والأنظمة، وقياس نتائج الرقابة والتدقيق الداخلي وتركيزها على عمليات تدقيق الغياب والحضور والإجازات والرواتب وغيرها.

ثانياً/قيام بعض مكاتب المفتشين بدور بديل عن دوائر وتشكيلات الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة، كقيامهم بأعمال تنفيذية أو المصادقة على بعضها الإجراءات أو المعاملات والاشتراك في لجان تنفيذية، وهذا أمر لا يتماشى مع مهام المفتش العام ويجعله طرفاً وشريكاً بالمسؤولية عند حصول الخطأ⁽⁴⁰⁾.

ثالثاً/قيام بعض المكاتب بإصدار توجيهات للدوائر والتشكيلات بشكل مباشر، في حين أنّ مهمة المفتش العام عند تشخيص بعض ظواهر الخلل يستلزم رفع التوصيات إلى الوزير، وفي حال المصادقة عليها يتولى مكتب الوزير أو التشكيل المعني في الوزارة اتخاذ ما يلزمه لأعماله إلى التشكيلات المعنية⁽⁴¹⁾.

رابعاً/وفي حالة إذا ما أراد المفتش العام التأكيد على الالتزام بالقوانين أو التعليمات، فبإمكانه مخاطبة الدائرة المركزية لتتولى التأكيد على تشكيلات الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة.

خامساً/قيام بعض مكاتب المفتشين بحجز إحالات العقود لغرض تدقيقها وإعطاء الموافقة قبل البت بها، مما يجعله جزء من العملية التنفيذية ولهذا نقترح إبعاد العاملين في مكتب المفتش العام عن هذا الدور التنفيذي، لأجل ضمان سلامة الإجراءات من جهة وتحقيق الاستقلالية والحيادية من جهة أخرى⁽⁴²⁾.

المطلب الرابع: الدور الرقابي لمكتب المفتش العام

الرقابة نشاط إداري مهم وضروري فرضه تطور الوظيفة العامة، وتعدّ إذا حسن استخدامها من الوسائل الايجابية الفعالة لتقويم الانحراف الذي يحصل في الوظيفة العامة، وذلك لما تكشف عنه من مخالفات أو تطور في الأداء، ولتحقيق أهدافها الذي يعدّ أهمها حماية الصالح العام، وتبين شرعية النشاط الإداري وكشف المخالفات التي تكون موضوع المساءلة وتحديد مسؤولية مرتكبيها وتوقيع الجزاء عليه، ولغرض تسليط الضوء على الدور الرقابي لمكتب المفتش العام، قررنا تقسيم المطلب إلى فرعين نتحدث في الأول عن تعريف الرقابة ونخصص الثاني لبيان أنواع الرقابة .

الفرع الأول: تعريف الرقابة

أولاً/ الرقابة لغةً: تعني قوة التوجيه أو السلطة، أو التفتيش أو الاختيار وقد تأتي بمعنى السهر أو الملاحظة أو الحراسة أو المحافظة أو رصد أو المطابقة أو المضاهاة⁽⁴³⁾ .

ثانياً/ الرقابة اصطلاحاً: تعدد تعريفات الرقابة مما جعل الاتفاق على مفهوم أمر واحد صعباً، وذهب بعضهم بأنّه لا يصح استعمال كلمة الرقابة لأنّ الصحيح استعمال مصطلح الرقابات⁽⁴⁴⁾ ، فعرف الفقهاء والرقابة بأنّها (وظيفة تقوم بها السلطة المختصة بقصد التحقق من أنّ العمل يسير وفقاً للأهداف المرسومة بكفايته وفي الوقت المحدد لها)⁽⁴⁵⁾ .

أو (التأكد من تنفيذ أهداف الخطة بأعلى كفاية ممكنة، ومن صحة شرعية الأعمال الإدارية لتصحيح ما يكشف من أخطاء أو انحرافات)⁽⁴⁶⁾ .

ويمكن تعريف الرقابة عن طريق البحث في أساسها، من حيث جوهرها يمثل العلاقة بين الدولة والإدارة الحكومية، فيرون أنّ هذه العلاقة عبارة عن الروابط الناتجة عن الملكية العامة للأموال وأنّ هذه الملكية أصبحت حقاً دستورياً، وأنّ الشعب يملك هذه الأموال يعهد بها إلى الدولة بواسطة أجهزتها المختلفة، فيكون من حق الشعب فرض الرقابة التي يراها مناسبة، فمن هذه عرفت الرقابة (حق دستوري يخول صاحبه سلطة إصدار القرارات اللازمة لإنجاح مشروعات الخطة)⁽⁴⁷⁾ .

الفرع الثاني: أنواع الرقابة

إنّ الرقابة تمتاز بتعدد أنواعها كلاً يمارس ضمن الاختصاص المحدد لها، ولغرض الاطلاع عليها سوف نتطرق إليها وفق الآتي :

أولاً/ الرقابة السياسية: وهي التي تنهض بها السلطة التشريعية في النظام السياسي، وتعتبر الرقابة المجالس النيابية رقابة الشعب لأنّها ممثلة عنهم، حيث تراقب الجهاز الإداري في الدولة ليكتشف عما يقع فيه من أخطاء أو مخالفات والعمل على تصحيحها، فضلاً عن تأثير ذلك في الرأي العام عن طريق وسائل الإعلام أو الأحزاب السياسية⁽⁴⁸⁾ .

ثانيا/الرقابة القضائية: تعدّ هذه الرقابة من أكثر أنواع الرقابة أهمية وفاعلية، لما تتصف فيه من الاستقلالية والموضوعية والحياد⁽⁴⁹⁾، وتمارس هذه الرقابة من قبل المحاكم بمختلف أنواعها.

ثالثا/الرقابة الإدارية: تسعى الإدارة في جميع تصرفاتها إلى تحقيق الصالح العام، وفق تصرفاتها المشروعة فهي قد تكون رقابة تلقائية ذاتية إلى من تلقاء نفسها، أو قد تكون بناء على تظلم يدفع إليها من قبل الشخص المعني بالقرار⁽⁵⁰⁾.
ومن أنواع الرقابة الإدارية :

1- الرقابة الرئاسية: وهي الرقابة التي يمارسها المفتش العام اتجاه الموظفين التابعين له، والتي تمكنه من إصدار الأوامر وإلغائها وتعديلها بقصد تنظيم حسن سير المرفق العام، ويكون هدفها عدم مخالفة القانون واحترامه من جانب الموظفين على أساس مسؤوليته عن أعمالهم اتجاه الرقابة السياسية، ضمان احترام المصلحة العامة⁽⁵¹⁾ وهذا بالإضافة إلى صلاحياته توقيع العقوبات الانضباطية⁽⁵²⁾، وإصدار التعليمات اللازمة لضمان حسن وانتظام عمل المكتب⁽⁵³⁾.

2- الرقابة المتخصصة: هذه الرقابة هي التي يمارسها مكتب المفتش العام، وذلك لزيادة وتوسيع نشاط الحكومة التي أدت إلى الحاجة إلى أجهزة داخلية للرقابة والتفتيش على سير العمل في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، للتأكد من تنفيذ السياسات المقررة والاستخدام الأمثل للموارد بما يحقق الصالح العام.

وهناك عدة وسائل يمارسها مكتب المفتش العام للقيام بدوره الرقابة لأجل الحفاظ على المال العام، وتحقيق الأهداف المنشودة في حل الأزمة المالية ونذكر منها الآتي:

أ- التفتيش الإداري: الذي يعني فحص سلامة الأعمال الإدارية من الناحية الشكلية والموضوعية وفقا لبناء البرامج المعدة لهذه الغرض⁽⁵⁴⁾، وللقائم بالتفتيش سلطة الاطلاع على السجلات والوثائق والبيانات، والتأكد من مدى ونسب الانجاز المعدة وفقا للخطط المرسومة ولهذا التفتيش عدة أنواع

* التفتيش الاستباقي⁽⁵⁵⁾: وهو الذي يقوم به القائم بالتفتيش لتفادي حدوث فساد إداري ومالي، وهو الذي يمثل الرقابة الوقائية التي تعدّ من أفضل الطرق لمكافحة الفساد والحفاظ على المال العام.

* التفتيش الانتقائي: هو الذي يستند إلى اختيار القائم بالتفتيش عينات معينة وإجراء التفتيش والفحص عليها، لمعرفة مدى التزام المؤسسة بالتعليمات والمعايير المحددة.

* التفتيش الآني: وهو نوع من الرقابة يمارسها مكتب المفتش العام أثناء قيام الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة بأعمالها أو لجانها المتخصصة (لجنة فتح العطاءات، لجنة تحليل العطاءات، لجنة التعيينات، ولجنة الترفيعات) وغيرها من اللجان والأعمال التي تقوم بها⁽⁵⁶⁾.

* **التفتيش اللاحق:** وهو الذي يقوم به مكتب المفتش العام في تدقيق المستندات المالية وأوامر الصرف والعقود بعد إحالتها، ومدى الالتزام والموافقة على هذه العقود للقانون والتعليمات النافذة.

ب- **التقارير الإدارية:** ويقصد بها التقارير التي توضع لتقدير كفاية الأعمال الإدارية وبيان سير تحقيق البرامج، ويعدّ هذا الأسلوب من أهم أساليب الرقابة الإدارية والتي تأخذ بها كل النظم الإدارية، حيث أنّ الرقابة تستند أساساً إلى التقارير الدقيقة والبيانات المحددة عن العمل الإداري، ووضعها في نماذج واضحة يمكن قياسها وتقسيمها بسهولة للوقوف على مدى تنفيذ العمل ومدى اتفاه مع الجدول الزمني⁽⁵⁷⁾.

ج- **الشكاوى:** تعدّ الشكاوى تعبيراً عن حرية الرأي العام، والتي اهتم بها الإسلام بوصفها مظهراً لحرية العقيدة والفكر⁽⁵⁸⁾ والتي كفلها الدستور⁽⁵⁹⁾، وكذلك نص عليها الأمر 57 لسنة 2004، وللشكاوى أهمية كبيرة في أعمال التدقيق، حيث بلغ عدد الشكاوى المستلمة لمكتب المفتش العام لوزارة النفط لغاية شهر تشرين الثاني لسنة 2015 حوالي 627 شكوى⁽⁶⁰⁾، وعدد الشكاوى في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي (1089) شكوى لسنة 2014⁽⁶¹⁾.

خاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا توصلنا إلى عدد من النتائج والمقترحات الخاصة بالأمر 57 لسنة

2004 وعمل مكتب المفتش العام.

النتائج:

- 1- إنّ السبب الرئيسي لإنشاء مكتب المفتش العام هو القضاء على الفساد المستشري في دوائر الدولة، وكذلك حماية المال العام والقضاء على الفساد وصوره.
- 2- تملك مكاتب المفتش العام المؤهلات التي تمكنها من مكافحة الفساد من ناحية الاختصاصات والسلطات، وفق قواعد الاختصاص القانوني الممنوح لها، وهي أجهزة تنظيمية تدعم عمل مؤسسات الدولة المختلفة، لضمان فاعلية تطبيق القانون والقضاء على عناصر الفساد في مؤسسات الدولة.
- 3- عدم صدور تشريع ينظم جهة ارتباط وعمل مكاتب المفتش العام من قبل مجلس النواب، رغم وجود مشروع القانون منذ عدة سنوات
- 4- إنّ لمكتب المفتش العام دور مهم في الرقابة على مؤسسات الدولة، من خلال تلقيه الشكاوى وقيامه بجولات تفتيشية وتدقيقية في سبيل أداء مهامه، وهذا الأمر يعدّ مرآة عاكسة لبيان نقاط الخلل في جانب الفساد والتجاوز على المال العام، وهذا الأمر بدوره يعدّ عنصراً فعالاً في تجاوز الأزمة المالية، عمل مكتب المفتش العام يعدّ عملاً رقابياً لضمان الحفاظ على المال من الفساد وصوره.

المقترحات:

1- دمج مكتب المفتش العام بديوان الرقابة المالية مع البقاء على فروعها الموجودة في الوزارات، لأن عمله يصب في الحفاظ على المال العام من الفساد وصوره وعنصر فعال في تعدي الأزمة المالية في العراق

التبرير: إن عمل مكتب المفتش العام عمل رقابي يشابه إلى حد كبير لعمل ديوان الرقابة المالية في رقابة الجانب المالي، ومحاولة ضمان حسن تطبيق قواعد التخصيص المالي المعتمدة ضمن الموازنة العامة لأجل الحفاظ على المال العام، هذا من جانب أما الجانب الآخر تتوفر في مكتب المفتش العام المؤهلات والتنظيم الوظيفي الرقابي القانوني لعمل كجهاز رقابي لمكافحة الفساد وصوره، وخاصة أن مكتب المفتش العام له خبرة كبيرة لأن مجال عمله متداخل مع مؤسسات الدولة كافة.

2- الاسراع في تشريع القانون الخاص لمكتب المفتش العام من قبل مجلس النواب العراقي
التبرير: إن تشريع القانون يؤثر على مكتب المفتش العام وعلى أداء العاملين فيه، لأنه يزيد من روح الابتكار في العمل ويدفع الموظف إلى أداء العمل، علماً أن أداء الأجهزة الرقابية في مجال مكافحة الفساد تتطلب الابتكار والاجتهاد لأجل القضاء على الفساد وصوره، ولهذا يجب على المشرع الاسراع في إقرار قانون خاص بمكتب المفتش العام وتحديد ارتباطه بأجهزة الدولة .

3- إقامة دورات للمفتشين العاملين وتعليمهم أفضل أسلوب للتعامل مع الموظفين والمواطنين.
التبرير: لزيادة الوعي القانوني والرقابي لموظفي مكتب المفتش العام، وللإطلاع على أحدث الوسائل التكنولوجية للقضاء على الفساد وصوره، ولأجل ضمان العمل بحيادية واستقلالية في التعامل مع قضايا الفساد ومرتكبيها، وهذا الأمر يعدّ دافعاً إلى تحقيق عنصر التخصص المطلوب في الجهاز الرقابي، وينعكس أثره على الأزمة المالية لأن الحفاظ على المال هو أهم الصور للقضاء على الأزمة المالية، وهذا هو هدف مكتب المفتش العام والأجهزة التنظيمية الرقابية في العراق .

4- استحداث قسم التنسيق لمكافحة الفساد وصوره ضمن مكتب المفتش العام، يختص بجمع الحالات المشمولة بالفساد وإحالتها إلى الجهات المختصة ومتابعة الاجراءات المتخذة بحققها، لأجل القضاء على الفساد وصوره وضمان الحفاظ على المال العام والتنسيق مع كافة مؤسسات الدولة للتعاون، لأجل مكافحة الفساد داخلياً وخارجياً .

التبرير: إنّ وجود التنسيق بين الأجهزة الرقابية يعدّ أحد مضامير التعاون في ضمان مشروعية تطبيق القوانين المختصة بمكافحة الفساد، منها قانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2011 وقانون ديوان الرقابة المالية رقم 31 لسنة 2011 وإستراتيجية مكافحة الفساد المعتمدة من قبل مجلس الوزراء والاتفاقيات الدولية المختصة بالفساد، وهذا بدوره ينعكس على تقليص الأزمة المالية ويدفع الدولة إلى التقدم والازدهار .

الهوامش:

- (1) لسان العرب، الامام العلامة الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، الدار المصرية للطباعة، فصل الفاء (حرف الشين)، 215/8.
- (2) المنجد في اللغة والاعلام، دار الرق، بيروت، حرف الفاء، ص 567.
- (3) المصدر نفسه، ص 568.
- (4) المعجم الغني، نقلا عن الشبكة العالمية للأنترنيت والمنشور على الموقع الالكتروني: www.almaany.com
- (5) نعمان حافظ، التفتيش الاداري، ط1، 2010، ص 22.
- (6) عبد الفتاح الصيفي، تأجيل الاجراءات الجنائية للتشريعين المصري والليبي، بدون طبعة، ص 57.
- (7) حسين جميل، الأحكام العرفية، بغداد، 1953، ص 3، وسعدي بسيو، أصول المحاكمات الجزائية علما وعملاً، بدون سنة الطبع، الأردن، ص 75.
- (8) حسن علو، استعانة المتهم بمحام، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970، ص 22.
- (9) محمد البندري العشري، مشروعية التفتيش المادي ودوره في الاستدلال الجنائي، مجلة الأمن العامة، كانون الثاني، 1975، ص 27.
- (10) الأمر 57 الصادر عن سلطة الائتلاف للمفتشين العموميين العراقيين .
- (11) د. عامر الكبيسي، الفساد والعلّة، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2005.
- (12) د. اكرم نشأة ابراهيم، جريمة الرشوة، مجلة الحقوق، العدد الأول، بغداد، 1997، ص 66.
- (13) د. جاسم الذهبي، التطوير الإداري، بلا مكان نشر، بغداد، 1992، ص 426.
- (14) د. أحمد أبو ريه، الفساد وأسبابه وطرق مكافحته، مطبعة أمان فلسطيني، 2004، ص 22.
- (15) د. جاسم الذهبي، مصدر سابق، ص 427.
- (16) د. ياسر خالد بركات، الفساد الإداري (مفهومه ومظاهره وأسبابه وطرف مكافحته)، بحث منشور في مجلة النبأ، مركز شيرازي للبحوث والدراسات، العدد 80، بغداد، 2006، ص 27.
- (17) تعريف المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية، مدريد، اسبانيا، 1956، مجموعة أعمال المؤتمر، ص 923.
- (18) د. حمدي أمين عبد الهادي، الإدارة العامة في الدولة العربية، ط2، دار الفكر العربي، ص 323.
- (19) د. حمدي أمين عبد الهادي، مصدر سابق، ص 325.
- (20) عبد الجبار منديل، مقال منشور على الشبكة العالمية الانترنت على الموقع، ص 10، www.iraqcenter.com
- (21) كلاويش مصطفى ابراهيم، نظام المفتش العام وتطبيقه في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2006.
- (22) داغر منقذ محمد وصالح عادل صرحوش، نظرية المنظمة والسلوك التنظيمي، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 2000، ص 199.

(23) Handy، Charles.B C 1978 undersanding Organizations First Publish ed، HaZell wallsonflney L td. N. Y.

(24) Hellriegel، Dom، Sloccum، Johnw، Jrwoodman، Rich and، W. 2001، Organ izationdBehaviow، 9th Fdition، South- Wesrerncolleg 108.

- (25) د. سعد على محمود العنزي وسمير حلو حقي، خصائص ونمط الهيكل التنظيمي لمكتب المفتشين العمامين، بحث اختياري منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 19، ع72، ص14-16.
- (26) المصدر نفسه، ص19-20.
- (27) د. سعدي على حمود العنزي، مصدر سابق، ص21-22.
- (28) القسم (2) من الأمر 57 لسنة 2004.
- (29) كلاويش مصطفى ابراهيم، مصدر سابق، المطلب الرابع.
- (30) ينظر نص المادة 183 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- (31) د. عبد المجيد الحكم ود. عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشر، القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، 1987، ص 19.
- (32) ينظر القسم 7، من الأمر 57 لسنة 2004.
- (33) لمزيد من التفصيل ينظر قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل.
- (34) المادة (5) من قانون الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش السوري، رقم 24 لسنة 1981.
- (35) ينظر قسم (5) المهام من الأمر 57 لسنة 2004.
- (36) المواد (1-2-3) من القسم (6) من الأمر 57 لسنة 2004.
- (37) محمد زمزم، دليل مفتش العمل سلسلة المكتبة العالمية (16) المعهد العربي للثقافة العمالية وبحوث العمل، بغداد، 1985، ص25.
- (38) خلدون فاضل علي، مصدر سابق، ص90.
- (39) القسم (6) من الأمر 57 لسنة 2004.
- (40) خلدون فاضل علي، نحو دعم عمل مكاتب المفتشين العموميين، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية سنة 6 العدد 24، 2014، ص91.
- (41) المواد (4،5) قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل.
- (42) خلدون فاضل علي، مصدر سابق، ص92.
- (43) ابن منظور، لسان العرب، مادة رقب، الدار المصرية، ج1، ص424، الفيروز ابادي محمد بن يعقوب، قاموس، ج1، دار الفكر، القاهرة، 1978، ص77.
- (44) د. خليل هيكل، الرقابة على المؤسسات العامة الانتاجية والاستهلاكية منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971، ص166.
- (45) د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1973، ص151.
- (46) د. عبد الغني بسيوني، أصول علم الإدارة، الدار الجامعة، 1992، ص347.
- (47) د. خليل هيكل، مصدر سابق، ص176.
- (48) عبد الغني بسيوني، مصدر سابق، ص367.
- (49) المصدر السابق نفسه، ص375.
- (50) د. فاروق احمد حماس، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1988، ص77.
- (51) د. ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة، مؤسسة شباب الجامعة، بدون سنة طبع، ص203.
- (52) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، 1971، ص42.
- (53) د. ابراهيم طه الفياض، السلطة الإدارية الرئاسية مقوماتها واختصاصاتها، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، ع 12، 2004، ل1، م. ج 7، ص42.
- (54) ابراهيم طه فياض، مصدر سابق، ص664.
- (55) نعمان حافظ، مصدر سابق، ص21.
- (56) المصدر نفسه، ص23.

(57) عبد الغني بسيوني، مصدر سابق، ص356.

(58) عبد الحكيم حسن العكيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الاسلام، القاهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة، 1974، ص679.

(59) المادة (38) من الدستور العراقي لسنة 2005النافذ .

(60) تقرير مكتب المفتش العام لوزارة النفط والمنشور على موقعها الرسمي www.igoil.gov.iq

(61) تقرير مكتب المفتش العام لوزارة التعليم العالي لسنة 2014، ص39.

ضرورة تفعيل دور الوسيط والمحامي في مجال الوساطة الجنائية*

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

د. هارون نورة،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

ينصب موضوع البحث على الوساطة الجنائية كإجراء بديل للعدالة الجنائية التقليدية، حيث تسعى إلى حل المنازعات بطريقة ودية ورضائية، من خلال التواصل بين أطراف الخصومة دون الحاجة للجوء إلى الدعاوى القضائية، وهذا من خلال تدخل طرف ثالث يسمى "الوسيط" إلى جانب "المحامي" الذي يؤدي دورا هاما في هذا المجال. تهدف الدراسة إلى توضيح الآليات الكفيلة بتفعيل دور كل من الوسيط والمحامي في سبيل إنجاح الوساطة الجنائية.

الكلمات المفتاحية:

الوساطة الجنائية، الوسيط الجنائي، المحامي، العدالة التفاوضية، الدعوى العمومية.

The need to activate the role of mediator and the lawyer in criminal mediation

Abstract:

The subject of the research is criminal mediation as an alternative to traditional criminal justice, which aims to resolve disputes, in a friendly and consensual way through communication between the parties without the need to the lawsuits judiciary, This is thanks to the intervention of a third party called the « mediator », as well as « the lawyer », who plays an important role in this field.

The study aims to clarify mechanisms to activate the role of Mediator and the lawyer for the success of criminal mediation.

Key words:

Penal mediation, Penal mediator, Lawyer, Negotiating justice, Public action.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/15 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/19 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

La nécessaire activation du rôle du médiateur et de l'avocat dans la médiation pénale

Résumé :

La médiation pénale représente aujourd'hui une véritable alternative à la justice pénale traditionnelle. Elle tend à résoudre les litiges d'une manière amicale et consensuelle, par la communication entre les parties sans recourir à des poursuites judiciaires. Une telle alternative se concrétise grâce à l'intervention d'un tiers appelé le « médiateur », en plus de « l'avocat » qui joue un rôle important dans ce domaine.

L'étude vise à clarifier les mécanismes d'activation du rôle du médiateur et de l'avocat pour assurer le succès de la médiation pénale.

Mots clé :

Médiation pénale, médiateur pénale, avocat, justice négociée, action publique.

مقدمة

تتجه السياسة الجنائية الحديثة نحو إشراك أطراف الخصومة في إنهاء المتابعات الجزائية بطرق ودية غير قهرية، مبنية على التفاوض والتصالح بعيدا عن جهاز القضاء، وتعدّ الوساطة الجنائية واحدة من بين أهم آليات العدالة التفاوضية⁽¹⁾، التي تسعى نحو تبسيط الإجراءات وتخفيف العبء على جهاز القضاء، وجبر الضرر المترتب عن الفعل الجرمي بطريقة ودية خارج الإطار التقليدي للمحاكمة، وبعيدا عن الإجراءات القسرية التي تمس بحريات الأفراد، لهذا ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنّ الوساطة تعبر عن نموذج لعدالة غير قسرية⁽²⁾.

تبنى المشرع الفرنسي إجراء الوساطة الجنائية لأول مرة سنة 1993 بموجب القانون رقم 93-02⁽³⁾، الذي بمقتضاه تم استحداث المادة 1/41 من قانون الإجراءات الجزائية⁽⁴⁾، في حين يعدّ هذا الإجراء حديثا في المنظومة القانونية الجزائرية، حيث تبناه المشرع سنة 2015 بموجب الأمر رقم 02-15⁽⁵⁾ والقانون رقم 12-15⁽⁶⁾.

تسمح الوساطة الجنائية بإعطاء دور لأطراف الخصومة الجزائية في إنهاء النزاعات ذات الطابع الجزائي، وهذا بتدخل طرف ثالث يتولى مهمة مساعدة الأطراف على الوصول إلى هذا الحل ويسمى هذا الطرف بالوسيط -Médiateur-، كما يمكن لأطراف الخصومة الاستعانة أيضا بالمحامي -Avocat- الذي لا يقل دوره عن دور الوسيط في مجال الوساطة الجنائية.

يبقى نظام الوساطة الجنائية من النظم الحديثة في القانون الإجرائي الجزائي، الذي ما يزال بحاجة للدراسة بهدف تسجيل النقائص التي يتوجب على المشرع تداركها لتفعيل الوساطة الجنائية وتمكينها من أهدافها، لاسيما من خلال ضرورة تفعيل دور كل من الوسيط والمحامي في هذا المجال.

من هنا تتمحور إشكالية الدراسة في التساؤل الجوهري التالي: ما هي الآليات الكفيلة

بتفعيل دور كل من الوسيط والمحامي في مجال الوساطة الجنائية ؟

المحور الأول: ضرورة تفعيل دور الوسيط الجنائي

يعدّ الوسيط أحد أهم أطراف الوساطة الجنائية، إذ يؤدي دورا هاما في تسوية النزاعات الجنائية التي يترتب عنها إنهاء الدعوى العمومية (أولا)، ويتوقف نجاح الوسيط في هذه المهمة على ضرورة توافر الضمانات اللازمة التي تمكنه من القيام بدوره بكل فعالية (ثانيا).

أولا: دور الوسيط الجنائي

يؤدي الوسيط دورا حاسما في تفعيل تطبيق الوساطة الجنائية، فهو من جهة يسعى إلى تقريب وجهات نظر الأطراف وتوجيههم إلى تسوية النزاع بطريقة ودية، كما يؤدي من جهة أخرى دور المراقب لعملية الوساطة.

1- الدور التوفيقى للوسيط الجنائي: تساهم الوساطة الجنائية في بناء علاقات جديدة بين الطرفين⁽⁷⁾، من خلال التفاوض بين الجاني والمجني عليه حول الفعل المجرّم والضرر المترتب عنه، محاولة لإيجاد طريقة لجبر هذا الضرر وإصلاحه، فهذه المرحلة تسمح للمجني عليه بالتعبير عن الضرر الذي لحقه جراء الجريمة، كما تسمح للجاني بالتعبير عن أسفه وندمه عن الفعل الجرمي الذي اقترفه، وهذا ما يساعد في إعادة تأهيل الجاني وإعادة بناء علاقة جديدة بينه وبين المجني عليه⁽⁸⁾، وهو ما يتحقق من خلال الوساطة الجنائية التي تسمح بإيجاد حل يبقي على الروابط الاجتماعية عن طريق لغة الحوار⁽⁹⁾.

2- يظهر الدور التوفيقى للوسيط من خلال إدارة جلسات الوساطة وبذل الجهد للتقريب بين وجهات نظر أطراف الخصومة، من خلال اتصاله بهم واستطلاع آرائهم، لاسيما تحقيق التوازن بينهم أثناء المحادثات، حيث يتعيّن على الوسيط أن يمنح كلا الطرفين كل الوقت الكافي للتعبير عن مواقفهما والاستماع لهما⁽¹⁰⁾.

3- يتمتع الوسيط بسلطة استقبال أطراف النزاع معا في مجلس واحد أو كلا على حدى⁽¹¹⁾، ولكن لا يتمتع بأية سلطة في فرض الحل على الأطراف حتى ولو كانت خبرته تسمح بإيجاد الحل المناسب للنزاع بكل سرعة⁽¹²⁾، فالوسيط يقوم فقط بدور المسهل للحوار والنقاش بين الأطراف ويساعدهم على إيجاد تسوية ودية للنزاع القائم بينهم بأنفسهم⁽¹³⁾، من خلال مساعدتهم على فهم وتخيل الحلول المقبولة لكلهم⁽¹⁴⁾.

نتوصل من خلال ما سبق إلى اختلاف دور كل من الوسيط والمحكم، حيث أنّ دور هذا الأخير يمتد للفصل في موضوع النزاع بنفسه ويصدر قرارا ملزما لأطرافه، فالمحكم في هذه الحالة شأنه شأن القاضي الذي يصدر الحكم⁽¹⁵⁾؛ في حين ينحصر دور الوسيط في إعادة ربط العلاقة بين الأطراف دون التمتع بأية سلطة في فرض الحل عليهم، فهو يلتزم بالحياد⁽¹⁶⁾، وهذا ما يحفز الأطراف على اللجوء لإعمال إجراء الوساطة لعلمهم المسبق أنّ حل النزاع يتم تحديده

بإرادتهم دون تدخل الوسيط⁽¹⁷⁾، وهو ما أشارت إليه التوصية الصادرة عن المجلس الأوروبي في مجال الوساطة الجنائية⁽¹⁸⁾.

4- دور الوسيط الجنائي كمراقب: تعتبر الوساطة الجنائية وجها من أوجه العدالة الرضائية، لذلك أول ما يقوم به الوسيط هو التأكد من أنّ الأطراف قد حضروا لجلسة الوساطة بمحض إرادتهم⁽¹⁹⁾، وإذا كان هذا الإجراء يسمح لطرفي الخصومة حل النزاع القائم بينهما بأي طريقة ودية يوافقان عليها إلا أنّ ذلك يتم بشرط ألا يكون الحل متعارضاً مع القانون أو يمس بالنظام العام، كأن يطلب الضحية أن يرد للجاني الصفحة التي تلقاها منه، أو أن يسمح له بالرد عما تعرض له من سب أو قذف بنفس الشكل الذي صدر عن الجاني⁽²⁰⁾، من هنا يظهر دور الوسيط في مراقبة إجراء الوساطة الجنائية والتأكد من أنّ الحل المتوصل إليه من الأطراف لا يمس في جوهره بالنظام العام⁽²¹⁾؛ كما يتولى الوسيط مهمة تثبيت اتفاقات الأطراف من خلال تحرير محضر يتضمن هوية وعنوان الأطراف وعرضاً وجيزاً للأفعال، وتاريخ ومكان وقوعها ومضمون اتفاق الوساطة وأجال تنفيذه، كما يكون هذا المحضر عرضة للتوقيع⁽²²⁾.

ثانياً: آليات تفعيل دور الوسيط الجنائي

يعدّ الوسيط محور عملية الوساطة، إذ كثيراً ما تكون مسألة نجاح الوساطة أو فشلها مرهونة بمدى جدارة الوسيط في القيام بمهمة الوسيط بين أطراف النزاع، لذلك يجب توفير كل ما يلزم لتمكين الوسيط من أداء الدور المنوط به، وهذا ما لن يتأتى إلا من خلال ضرورة إزالة كل العقبات التي تحول بينه وبين تحقيق هذه الأهداف، انطلاقاً من وضع إطار قانوني يحكم الوسيط الجنائي وذلك بدء بضرورة تفعيل استقلالية الوسيط من جهة، وضرورة ضبط شروط خاصة بممارسة مهنة الوسيط من جهة أخرى.

1- ضرورة ضمان استقلالية الوسيط الجنائي: تعدّ الوساطة الجنائية إجراء يحاول من خلاله طرف ثالث تقريب وجهات نظر أطراف النزاع بهدف الوصول إلى الحل⁽²³⁾، ويسمى هذا الطرف بالوسيط الجنائي، الذي يجب أن يتمتع بالاستقلالية، هذه الأخيرة التي تتفرع إلى نوعين: استقلالية عن الجهاز القضائي، واستقلالية عن موضوع الدعوى الجزائية وعن أطرافها.

أ- ضمان استقلالية الوسيط الجنائي عن الجهاز القضائي: نلاحظ بعد الإطلاع على قانون الإجراءات الجزائية وقانون حماية الطفل، أنّ المشرع الجزائري لم يصب في اختيار الوسيط الذي يقوم بمهمة الوساطة في المسائل الجزائية، مما يستدعي ضرورة مراجعة الأمر.

— عدم إصابة المشرع الجزائري في ضبط صفة القائم بدور الوسيط الجنائي: تطبيقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁴⁾، فإنّ المشرع قد أسند مهمة الوسيط لوكيل الجمهورية

الذي يعدّ تابعا لجهاز القضاء، ويترتب عن ذلك عدة سلبيات أهمها عدم الفصل بين الوظائف القضائية، وعدم التفريغ لمهمة الوساطة.

— **المساس بمبدأ الفصل بين الوظائف القضائية:** يؤدي إسناد مهمة الوساطة بين أطراف النزاع لوكيل الجمهورية، إلى المساس بمبدأ الفصل بين الوظائف القضائية الذي مفاده الفصل بين سلطات الاتهام والتحقيق والحكم، فالمشرع عندما منح لوكيل الجمهورية سلطة اتخاذ القرار النهائي بشأن الوساطة إما بنجاحها أو فشلها - الذي يعدّ بمثابة إصدار الحكم في القضية - يكون قد سمح بتدخل وكيل الجمهورية بصلاحيات قاضي الحكم، وهو ما يشكّل مساسا بمبدأ الفصل بين سلطتي المتابعة والحكم، حيث أصبح وكيل الجمهورية يتمتع بسلطتي المتابعة والحكم في آن واحد عند إعمال الوساطة الجنائية⁽²⁵⁾، وهذا ما دفع البعض للقول بأنّ النيابة العامة أصبحت القاضي في إطار الوساطة الجنائية⁽²⁶⁾.

— **عدم تفرغ الوسيط للقيام بمهمة الوساطة:** تتوقف مسألة نجاح الوساطة الجنائية على مدى تفاني الوسيط بدوره، وهو ما يستلزم ضرورة التفرغ لأداء الدور على أكمل وجه، ومنه فالمشرع الجزائري لم يصب في إسناده مهمة القيام بدور الوسيط للنيابة العامة، إذ أنّ وكيل الجمهورية له اختصاصات كثيرة يقوم بها، وقد لا يكون متفرغا للقيام بالوساطة التي تتطلب التفرغ للحصول على نتائج مرضية ومشجعة لسلوك هذا الإجراء، خصوصا وأنّ تجارب الدول في هذا المجال أثبتت أنّ نجاح الطرق البديلة لحل النزاعات تكون بنسبة أكثر عند إعمالها بشكل أسرع بمجرد اكتشاف الجريمة ومعرفة مرتكبها، فكلّما تم إعمال الوساطة بشكل أسرع كلّما كانت النتائج أسرع وأكثر إيجابية، لذلك يقتضي الأمر إسناد مهمة الوساطة لشخص متفرغ⁽²⁷⁾.

— **ضرورة تدارك النقص:** يترتب على تبعية الوسيط للنظام القضائي التأثير في سلوكه فتجعله يؤدي دورا مخالفا لما هو مطلوب منه⁽²⁸⁾، فهو منسّق لعملية الوساطة وليس حكما لها⁽²⁹⁾، لذا نهيب بالمشرع الجزائري تدارك الأمر وبالتالي إسناد مهمة الوسيط في المواد الجزائية لشخص غير تابع للقضاء، ويمكن تصور حالتين لتدارك الأمر:

— **إلزامية تعيين خبير للقيام بمهمة الوسيط:** استحدثت المشرع الجزائري المادة 35 مكرر في قانون الإجراءات الجزائية⁽³⁰⁾، التي تمكّن النيابة العامة من الاستعانة في مسائل فنية بمساعدين متخصصين، وقد نفهم من خلال هذا النص أنّ وكيل الجمهورية قد يستعين بمساعدين متخصصين للقيام بدور الوسيط.

كان يتوجب على المشرع استحداث نص قانوني في الفصل الثاني مكرر من قانون الإجراءات الجزائية المتعلق بالوساطة، يقضي بأنّ وكيل الجمهورية في حال قرر اللجوء لإعمال

الوساطة الجنائية، يتوجب عليه الاستعانة بخبير متخصص للقيام بمهمة الوساطة، إذ أنّ عبارة " يمكن " التي استعملها المشرع في المادة 35 مكرر أعلاه تفيد أنّ وكيل الجمهورية يتمتع بحرية في اتخاذ قرار الاستعانة بالمساعدين المتخصصين من عدمه، ومنه قد يستعمل سلطته التقديرية ويقرر القيام بمهمة الوساطة بنفسه؛ كما أنّ عبارة " الاستعانة " التي استعملها المشرع لا تفيد بقيام الخبير لوحده بمهمة الوساطة، وإنّما من يقوم بها هي النيابة العامة ولها فقط الاستعانة بالمساعدين المتخصصين، وهذا ما لا يخدم مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية كما لا يحقق شرط التفرغ لمهمة الوساطة.

– الاستفادة من التجربة الفرنسية في هذا المجال: - استقلالية الوسيط الجنائي الفرنسي عن جهاز القضاء- : أدرك المشرع الفرنسي أهمية استقلالية الوسيط عن جهاز القضاء، لما في ذلك من تكريس لمبدأ الفصل بين الوظائف القضائية، حيث حظر المشرع وبشكل مطلق كل من يمتن العمل القضائي من ممارسة مهنة الوساطة.

أسند المشرع الفرنسي مهمة الوسيط لشخص غير تابع لجهاز القضاء، وقد يكون هذا الشخص إما شخصا طبيعيا يعمل بصفته الفردية أو شخصا معنويا يكون عمله ضمن جمعية، ويتم تعيين الوسيط الجنائي في القانون الفرنسي من قبل وكيل الجمهورية لمدة سنة قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة 5 سنوات⁽³¹⁾، بشرط عدم ممارسته للعمل القضائي (سواء كانوا قضاة النيابة العامة أو قضاة الحكم)، أو الأعمال المرتبطة بخدمة جهاز العدالة⁽³²⁾، كالمحامين والخبراء القضائيين والمحضرين وكتاب المحاكم الجنائية والإدارية⁽³³⁾.

ب- ضمان استقلالية الوسيط الجنائي عن أطراف النزاع: يقصد باستقلالية الوسيط عن أطراف النزاع انعدام الصلة بينه وبين الجاني أو المجني عليه، بمعنى يجب أن يكون غريبا عن موضوع الدعوى وعن أطرافها⁽³⁴⁾، وتضمن هذه الاستقلالية عدم انحياز الوسيط لأحد الطرفين على حساب الآخر، فإذا أحس الوسيط بوجود علاقة ما تربط بينه وبين أحد الأطراف وجب عليه التنحي عن مهمة الوساطة، لأنّ هذه العلاقة ستشكّل عائقا أمام إجراء الوساطة، وهو ما تقضي به المادة 2/7 من قانون أدبيات الوساطة الجنائية الذي وضعته جمعية - INAVEM - Institut national d'aide aux victimes et de médiation بفرنسا⁽³⁵⁾، والمادة 14.2 من قانون أخلاقيات المحامي البلجيكي⁽³⁶⁾.

2- ضرورة ضبط شروط لممارسة مهنة الوسيط الجنائي: تتوقف مسألة نجاح الوساطة الجنائية الذي يكمن في توصل أطراف الخصومة إلى حل ودي للنزاع دون ضرورة اللجوء للقضاء، على مدى قيام الوسيط بدوره على أكمل وجه؛ من هنا كان لا بد من الاهتمام بصفة الوسيط في المسائل الجنائية لاسيما من خلال ضبط شروط ممارسة هذه المهنة، وهو ما تفتن له المشرع الفرنسي من خلال وضع شروط لاكتساب صفة الوسيط الجنائي وذلك

في المواد من R 15-33-30 إلى R 15-33-37 من قانون الإجراءات الجزائية، ومن بين أهم هذه الشروط ما يتعلق منها بالتكوين والتمتع بحسن السيرة والسلوك.

– حتمية تكوين الوسيط الجنائي: يتوقف نجاح الوساطة الجنائية على ضرورة تكوين الوسيط، إذ أنّ المعارف القانونية مطلوبة بشكل دائم ولكنها غير كافية⁽³⁷⁾، مما يستدعي ضرورة الاهتمام بتكوين الوسيط الجنائي ليس فقط في المجال القانوني، وإنما أيضا في مجال علم النفس، علم الاجتماع والدين، أو علم الاتصال...⁽³⁸⁾.

يؤدي تكوين الوسيط أهمية كبيرة في التطوير الفعلي للوساطة، فإن كان نجاحها يتوقف من جهة على إرادة أطراف الخصومة في الحصول على حل ودي للنزاع، إلا أنّه من جهة أخرى يتوقف على شخصية الوسيط وخبرته⁽³⁹⁾، ومدى قدرته في التأثير بشكل إيجابي على أطراف النزاع، وهذا ما لن يتأت إلا إذا كان الوسيط على قدر من الكفاءة والتأهيل.

لابد إذا من الحرص على ضرورة أن يكون الوسيط مؤهلا لمهنة الوساطة، وهو الأمر الذي أولى له المشرع الفرنسي أهمية، إذ من بين الشروط التي اعتبرها إلزامية لممارسة الوساطة الجنائية نجد تقديم ضمانات التأهيل للالتحاق بمهنة الوسيط الجنائي وذلك بموجب الفقرة الثالثة من المادة R 15-33-33 من قانون الإجراءات الجزائية، إضافة إلى دولة جنيف التي تتطلب بدورها التأهيل لممارسة مهنة الوسيط، حيث من بين الوثائق المطلوبة للالتحاق بهذه المهنة هو تقديم " شهادة الوساطة " "Diplôme de médiation"، إضافة إلى شهادات التبرص والعمل⁽⁴⁰⁾، لهذا نهيب بالمشرع الجزائري أن يسير على خطى هذه التشريعات وينص على شرط التأهيل لممارسة مهنة الوسيط الجنائي⁽⁴¹⁾.

يوجد في فرنسا مركز الوساطة والتدريب للوساطة Centre de médiation et de formation a la médiation (CMFM)، الذي يعتمد في عملية التدريب على عقد دورات تدريبية، كل دورة تستوعب من 8 إلى 14 شخصا، ويتم التركيز في التدريب على تمارين المحاكاة وتمارين الاستماع، وأيضا تدريب الوسيط على قدرة التحليل وتحديد الأسباب الكامنة وراء الصراعات وفهم أساسيات الوساطة، وأهم من ذلك تمكينه من الخبرة الميدانية التي تتمحور في كيفية تطبيق الوساطة، وذلك من خلال المشاركة في الوساطة الفعلية في خدمات الوساطة للمركز⁽⁴²⁾.

يتضح أنّ تدريب الوسيط يشكّل شرطا أساسيا لتفعيل دوره في مهمة الوساطة⁽⁴³⁾، فقد أثبتت الدول الأجنبية تقدما ملحوظا في نجاح الوساطة، وذلك راجع لطبيعة التدريب الذي يستفيد منه الوسيط لاسيما مدته المعتبرة التي حددتها جنيف بـ 120 ساعة فأكثر⁽⁴⁴⁾.

– ضرورة تمتع الوسيط بحسن السيرة والسلوك: تتوقف عملية نجاح الوساطة الجنائية على مدى حسن أخلاق الوسيط الجنائي، ومدى تمتعه بنية نزهة نحو إقناع الأطراف بأهمية

الوساطة لحل النزاع بشكل ودي وإعادة بناء العلاقات المنكسرة، وهو الأمر الذي يتحقق انطلاقاً من تمتع الوسيط بالروح الإنسانية والرغبة في حل المشاكل وخدمة المجتمع⁽⁴⁵⁾.

أدرك المشرع الفرنسي مدى أهمية أخلاق الوسيط لتفعيل دوره في مجال إنجاز الوساطة، فنص بموجب الفقرة 2 من المادة R15-33-33 من قانون الإجراءات الجزائية على أن ممارسة مهنة الوسيط الجنائي تشترط ألا يكون الشخص قد سبق الحكم عليه بعقوبة، كما نص على ضرورة التزام الوسيط بحفظ السر المهني، إذ يلتزم الوسيط بأداء القسم التالي:

« Je jure d'exercer mes fonctions avec rigueur, loyauté, impartialité et dignité et de respecter le secret professionnel »⁽⁴⁶⁾.

نظراً لأهمية أخلاق الوسيط في سبيل تفعيل تطبيق الوساطة الجنائية، فإنه يتوجب الحرص على وجود مدونات لقواعد سلوك وأخلاقيات الوسيط، التي تساهم في زيادة نسبة نجاح الوساطة الجنائية، وهو ما تفتنت له جمعية INAVEM الفرنسية حيث وضعت قانوناً يتعلق بأدبيات الوساطة الجنائية⁽⁴⁷⁾.

المحور الثاني: ضرورة تفعيل دور المحامي في مجال الوساطة الجنائية

الأصل أن حق الدفاع ينحصر مجال تطبيقه بين فترة تحريك الدعوى العمومية وصدور الحكم في القضية، مما قد يؤدي إلى القول بأن قبول الأطراف المتنازعة اللجوء لإجراء الوساطة الجنائية يعني عدم الحاجة للاستعانة بخدمة المحامي، وقد ذهب البعض للقول بأن الوساطة تضع حداً لمهنة المحاماة، ولكن هذا خطأ لأن المحامي يعدّ طرفاً أساسياً في وساطة ناجحة⁽⁴⁸⁾، إذ أن دور المحامي لا ينحصر فقط في تقديم خدمات الدفاع لموكله وإنما يقوم أيضاً بدور تقديم الاستشارات القانونية⁽⁴⁹⁾.

يطرح موضوع نجاح الوساطة التساؤل عن دور المحامي في مجال الوساطة الجنائية من جهة (أولاً)، وآليات تفعيل دور المحامي في هذا المجال من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً: دور المحامي في مجال الوساطة الجنائية

يتوقف نجاح الوساطة الجنائية على دور المحامي الذي لا يقل دوره عن دور الوسيط في هذا المجال، ويظهر دور المحامي في إنجاز الوساطة الجنائية عبر ثلاثة مراحل أساسية وهي مرحلة ما قبل الوساطة، مرحلة عقد جلسات الوساطة، ومرحلة ما بعد الوساطة.

1- دور المحامي قبل الوساطة: يمثل المحامي الجهة الأولى التي يتصل بها الطرف المتنازع⁽⁵⁰⁾ من أجل توكيله للدفاع عن حقوقه، وعليه يؤدي المحامي دوراً مهماً في إنجاز تطبيق الوساطة الجنائية في هذه المرحلة، وذلك من خلال تنوير الموكل بإجراء الوساطة وإقناعه بقبوله، انطلاقاً من شرح مدلول الوساطة الجنائية وبيان إيجابياتها لاسيما تلك المرتبطة مباشرة بالطرف المتنازع سواء تعلق الأمر بالمجني عليه أو الجاني.

– بالنسبة للمجني عليه: يلجأ المحامي في سبيل إقناع المجني عليه على قبول حل النزاع بطريقة ودية عبر إجراء الوساطة الجنائية، من خلال توضيح الآثار القانونية المترتبة عن إعمال هذا الإجراء والتي لا تضر بالمجني عليه وذلك من خلال ما يلي:

– جبر الضرر المترتب عن الجريمة بسرعة: يبين المحامي للطرف المجني عليه أن أفضل طريقة لجبر الضرر الذي لحق به جرأ الجريمة، هو تطبيق إجراء الوساطة الجنائية، عن طريق طلب إصلاح الضرر مباشرة دون ضرورة إتباع الإجراءات المعقدة المألوفة في القانون الإجرائي التقليدي، وطبقاً للمادة 37 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية فإن إصلاح الضرر يتحقق إما عن طريق إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو التعويض عن الضرر، أو أي اتفاق آخر غير مخالف للقانون.

– إعمال الوساطة لا يقلل من فرص الحصول على جبر الضرر: يشرح المحامي لموكله الضحية أن إعمال الوساطة الجنائية لا يضر بمصلحته في جبر الضرر الذي لحق به من الجريمة، لأن الحق في اللجوء للدعوى العمومية يبقى قائماً في حال فشل الوساطة الجنائية⁽⁵¹⁾، كما ينير المحامي موكله بأنّ المشرع يقضي بوقف سريان مدة تقادم الدعوى العمومية من تاريخ صدور قرار بإعمال الوساطة إلى غاية انتهاء الآجال المحددة لتنفيذ اتفاق الوساطة⁽⁵²⁾؛ وهذا ما يحفز الطرف الضحية على قبول الوساطة.

– بالنسبة للجاني: لا يقل دور المحامي أهمية في إقناع الطرف الجاني على تقبل فكرة اللجوء للوساطة الجنائية، إذ يسعى إلى ذلك من خلال إبراز أهم المزايا التي يستفيد منها الجاني من خلال إعمال الوساطة الجنائية مقارنة بالإجراء التقليدي وهو الدعوى العمومية.

– تفادي مساوئ العقوبة السالبة للحرية: يبين الوسيط للجاني أهمية اللجوء لإجراء الوساطة الجنائية، وما تحقّقه للجاني من مزايا أهمها تفادي دخول الجاني إلى المؤسسة العقابية، إذ تقتصر العقوبة على مجرد تعويض المجني عليه عن الضرر الذي ترتب عن الجريمة، وهذا ما يساهم في زيادة فرص قبول الجاني لإجراء الوساطة.

– عدم تسجيل الجريمة في صحيفة السوابق العدلية: يبين المحامي للطرف الجاني أن إعمال الوساطة الجنائية ونجاحها يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية⁽⁵³⁾، ومنه تحقق عدة نتائج أهمها عدم تسجيل الجريمة في صحيفة السوابق العدلية للجاني، وعدم إمكانية تطبيق أحكام العود كظرف مشدد للجريمة في حال ما إذا كرر الجاني ارتكاب نفس الجريمة⁽⁵⁴⁾، ولعل هذا الأمر يساهم بشكل كبير في اعتماد فكرة الوساطة في المسائل الجزائية من قبل الطرف الجاني.

2- دور المحامي أثناء عقد جلسات الوساطة: يؤدي المحامي دورا مهما في هذه المرحلة، فهو يؤدي دور المرافق للطرف الموكل إلى جلسة الوساطة مما يجعل هذا الأخير يشعر بالطمأنينة، إذ يحس بوجود المحامي إلى جانبه الذي يلعب دور الناصح⁽⁵⁵⁾ حيث يفيد موكله بالنصائح في حال احتياج إلى ذلك، كأن ينصح مرتكب الجريمة إذا تأسس لصالحه بعدم قبول الوساطة، إذا رأى أنّ الملف لا يحتوي على أدلة اتهمه، أو تم الحصول عليها بشكل غير مشروع مما يقتضي عرض النزاع على القضاء⁽⁵⁶⁾.

يظهر من خلال ما سبق أنّ دور المحامي يعد مكتملا لدور الوسيط، إذ أنّ هدفهما واحد وهو إقناع الأطراف بحل النزاع بشكل ودي⁽⁵⁷⁾ بعيدا عن جهاز القضاء، من خلال تقريب وجهات نظر الأطراف المتضاربة في الجلسة؛ فقد تبين من تجارب بعض الدول التي أخذت بالوساطة الجنائية كبديل لحل النزاعات، أنّ نسبة كبيرة من رجال القانون كالمحامين والموثقين والقضاة يتجهون نحو التكوين لممارسة مهنة الوساطة⁽⁵⁸⁾.

3- دور المحامي في مرحلة ما بعد الوساطة: إنّ دور المحامي - من حيث المبدأ - لا ينتهي بانتهاء الوساطة، لأنّ هذه الأخيرة في حال ما إذا انتهت بالفشل فإنّ النزاع يستمر ومنه يتخذ المحامي مباشرة الإجراءات أمام القضاء، وبهذه الطريقة لا يعدّ إجراء الوساطة مضیعة للوقت، إذ غالبا ما تشكّل مرحلة الوساطة قاعدة أساسية لفهم بعض الأمور، أما في حال انتهت الوساطة بالنجاح فإنّ المحامي يضمن تنفيذ اتفاق الوساطة من قبل الأطراف⁽⁵⁹⁾، وفي كلتا الحالتين يوقع الطرف على محضر الوساطة وهو مطمئن لوجود رجل قانون لجانبه، بل قد يطلب منه الإطلاع على المحضر قبل التوقيع حتى يتأكد من أنّ كل طلباته مدونة في المحضر.

ثانيا: آليات تفعيل دور المحامي في مجال الوساطة الجنائية

يتضح من خلال ما سبق، أنّ المحامي يؤدي دورا حاسما في توجيه الأطراف إلى قبول حل النزاع بطريقة ودية عبر أعمال إجراء الوساطة الجنائية، فهو يؤثر إيجابا على الطرف الموكل انطلاقا من الثقة التي يكتنّها هذا الأخير في المحامي باعتباره رجل قانون.

لكن رغم الدور الذي يؤديه المحامي، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يعزز من مكانته ضمن إجراءات الوساطة الجنائية، إذ أنّها تبقى مكانة محتشمة؛ لذا نهيب بالمشرع الجزائري أن يتدارك الأمر من خلال تفعيل دور المحامي في مجال الوساطة الجنائية.

1- إلزامية الاستعانة بالمحامي في مجلس الوساطة: أجاز المشرع الجزائري وبشكل صريح لكل من الضحية والمشتكى منه إمكانية الاستعانة بالمحامي في إجراء الوساطة في قضايا البالغين⁽⁶⁰⁾، أما في قضايا الأحداث فقد أشار إلى المحامي بشكل غير مباشر⁽⁶¹⁾، وهذا ما يدفعنا للقول بأنّ حضور المحامي في مجلس الوساطة غير وجوبي وإنّما جوازي فقط، مما يعني أنّ تخلف المحامي عن جلسة الوساطة لا يؤدي إلى بطلان إجراءات الوساطة.

نرى أنّه - ضمّانا لحقوق أطراف النزاع-، كان من الأفضل للمشرع لو جعل من حضور المحامي لجلسات الوساطة أمرا إلزاميا إلى جانب حضور الأطراف⁽⁶²⁾، الذين هم بحاجة لتواجد رجل قانون أثناء وبعد الوساطة⁽⁶³⁾، وذلك ليس بهدف الدفاع عن مصالحهم، وإنما بهدف تقديم النصائح القانونية وتوضيح إجراءات الوساطة وأثارها، لاسيما إحاطة الجاني علما بعواقب تحريك الدعوى العمومية.

يساهم حضور المحامي في جلسات الوساطة إلى جانب الطرف الموكل شعور هذا الأخير بالاطمئنان، وهو الأمر الذي قد يزيد من فرص التوجه نحو إنهاء المتابعة الجزائية وجبر الضرر بطريقة ودية عبر إجراء الوساطة؛ فقد أثبتت الإحصائيات أنّ الوسطاء الذين يشاركون محامي الأطراف في جلسات الوساطة أحرزوا أحسن النتائج 70% قبولاً للوساطة، مقارنة بالوسطاء الذين يقصون المحامي من المشاركة في جلسات الوساطة الذين لم يحرزوا سوى 30% حالة قبول⁽⁶⁴⁾.

نشير أنّ حضور المحامي من طرف واحد فقط دون الطرف الآخر، قد يؤدي إلى صعوبة التوافق بين الطرفين ومنه عدم نجاح الوساطة لاختلال التوازن بينهما، وبالتالي فقدان الطرف الذي لم يحضر محاميه للثقة في إجراء الوساطة⁽⁶⁵⁾، لذلك لابد من التأكد قبل عقد جلسة الوساطة من حضور محامي كلا الطرفين تكريسا لمبدأ المساواة، وهذا لن يتحقق إلا إذا كان حضورهما أمرا إلزاميا، أما إذا كان اختياريا -كما هو الأمر في القانون الجزائري - فإنّ هذا قد يؤدي إلى اختلال التوازن وعدم المساواة بين الأطراف.

2-مراجعة قانون المحاماة: يعتبر المحامي - غالبا - الجهة الأولى التي يتصل بها الأطراف المتنازعة، رغبة منهم في تأسيس هذا الأخير لصالحهم والدفاع عن حقوقهم، من هنا تظهر أهمية دور المحامي في توجيه الطرف الذي تأسس لصالحه إلى مختلف الطرق البديلة لتسوية النزاع⁽⁶⁶⁾ كإجراء الوساطة الجنائية.

يعدّ التزام المحامي بتوجيه الطرف الموكل نحو أعمال الوساطة الجنائية من بين واجباته الأخلاقية التي تقضي بضرورة القيام بمهامه بكل إخلاص⁽⁶⁷⁾، ولكن رغم ذلك أكدت بعض التشريعات هذا الدور على المحامي بموجب نص صريح، وهو ما تقضي به المادة 12.2 تحت عنوان "الوساطة" من قانون أخلاقيات مهنة المحامي البلجيكي⁽⁶⁸⁾، والمادة 9 تحت عنوان "التسوية الودية للنزاعات" من قانون أخلاقيات مهنة المحامي السويسري⁽⁶⁹⁾، كما أكد على ذلك أيضا قانون تنظيم مهنة المحاماة المغربي بموجب المادة 43 منه⁽⁷⁰⁾.

نهيىب بالمشرع الجزائري أن يسير على خطى هذه التشريعات، ويضيف نصا قانونيا في القانون رقم 07-13 الذي يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة⁽⁷¹⁾، يقضي وبشكل صريح بإلزام

المحامي بتوجيه موكله إلى حل النزاع بطريقة ودية، عبر إجراء الوساطة وذلك تحت طائلة العقوبات التأديبية.

3- ضرورة تكوين المحامي: لم يعد دور المحامي ينحصر فقط في الدور الكلاسيكي المتمثل في المرافعة والدفاع عن موكله، وإنما يقوم أيضا بدور الناصح لتطبيق إجراء الوساطة وإقناع الأطراف بتسوية النزاع وديا وذلك بطريقة ذكية⁽⁷²⁾، من هنا لم تعد المعارف القانونية التي يتمتع بها المحامي – رغم أهميتها - كافية لإقناع الطرف الموكل على قبول الوساطة، بل لابد أن يتمتع أيضا بمؤهلات أخرى مرتبطة بمختلف العلوم (الدين، علم النفس، علم الاجتماع، علم الاتصال،...).

خاتمة

تعدّ الوساطة الجنائية واحدة من أهم صور خصوصية الدعوى الجزائية التي تبناها المشرع الجزائري، وذلك من خلال إعطاء دور لأطراف الخصومة الجزائية في إنهاء النزاعات ذات الطابع الجزائي، انطلاقا من الاتفاق على جبر الضرر المترتب عن الفعل الجرمي بطريقة ودية دون اللجوء للقضاء.

أهم ما يتوقف عليه مستقبل نجاح إجراء الوساطة الجنائية في القانون الجزائري، هو ضرورة إيمان الوسيط الجنائي لاسيما المحامي بأهمية الوساطة في إنهاء المتابعات الجزائية وتحقيق الأمن والاستقرار الاجتماعيين، لكن من جهة أخرى لابد من ضرورة توضيح معالم إجراء الوساطة بدقة، لاسيما تدارك النقائص المسجلة في هذه الدراسة والمتعلقة أساسا بضرورة تفعيل دور كل من الوسيط والمحامي في مجال الوساطة الجنائية، حتى يكون إجراء فعالا في إنهاء المتابعات الجزائية من جهة، وجبر الضرر من جهة أخرى.

الهوامش:

⁽¹⁾ تعود فكرة تطبيق الوساطة الجنائية كطريق بديل لتسوية النزاعات ذات الطابع الجزائي، إلى نهاية السبعينيات، وبشكل خاص في الولايات المتحدة، انظر:

PASTORE Florence, SAMBETH GLASNER Birgit, « La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié », revue AJP/PJA, juin 2016, p. 747, <http://www.mediations.ch>.

⁽²⁾ BONAFE – SCHMITT Jean- Pierre, La médiation pénale en France et aux Etas-Unies, édition LGDJ, Paris, 1998, p. 24.

⁽³⁾ « Le procureur de la République peut enfin, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. », art 6 de la Loi n° 93- 02, du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale, JORF n° 0003, du 5 janvier 1993, dispose que <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁽⁴⁾ « S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République », art 41-1 du Code de procédure pénale Français, Edition 2016, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

(5) أمر رقم 02-15، مؤرخ في 13 جويلية 2015، يعدل ويتمم أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر. ج. ج. د. ش عدد 40، صادر في 23 يوليو 2015.

(6) قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج. ر. ج. ج. د. ش عدد 39، صادر في 19 يوليو 2015.

(7) BONAFE SCHMITT Jean pierre, op.cit, p. 20.

(8) يرى أحد الفقهاء أنّ أفضل وظيفة في العالم هي الجمع بين البشر، انظر: MONNET Jean, La médiation pénale « le plus beau métier du monde est de réunir les hommes », <http://projet-dvjp.net>.

(9) العابد العمراني الملودي، الوساطة الجنائية - التشريع الفرنسي والتونسي نموذجا -، مجلة القانون والأعمال، كلية الحقوق، جامعة حسن الأول، المغرب، العدد 10، أكتوبر 2014، متوفر على الرابط:

<http://www.droitentreprise.org>

(10) STIMEC Arnaud, Avocats et médiateurs : état des lieux et perspectives, p. 1,

<http://www.reds.msh-paris.fr>.

(11) لم يحدد المشرع الجزائري الإطار المكاني لعقد جلسات الوساطة، مما يعني أنّ السلطة التقديرية تعود لوكيل الجمهورية الذي له أن يقرر المكان المناسب لعقد جلسات الوساطة ومنه يمكن تصور ذلك في المحكمة في مكتب وكيل الجمهورية، أو في منزل أحد طرفي الخصومة، ولكن بالنسبة للتشريع الفرنسي فإنّ هذا المكان قد يكون محكمة، جمعية أو دار العدالة،... انظر:

Le Ministère de la Justice, « La médiation pénale », site du portail du ministre de la justice : <http://www.justice.gouv.fr>.

(12) STIMEC Arnaud, op.cit, p. p. 1, 12.

(13) AKROUNE Yakout, « Les modes alternatifs de règlement des différends : Un phénomène en constante expansion en Algérie », Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n° 04, 2008, p. 39.

(14) STIMEC Arnaud, op.cit, p. 1.

(15) هناء جبوري محمد، « الوساطة الجنائية كطريقة من طرق انقضاء الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة»، مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الثاني، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013، ص 208.

(16) يقصد بالحياد أنّ الوسيط لا ينحاز لحل معين في المفاوضات بين الطرفين، ما لم يتفق على خلاف ذلك من قبل جميع الأطراف على هذا النهج.

Voir : Art 11 de règlement du 22 décembre 2004, relative aux médiateurs pénaux et civils, Genève, <https://www.geneve.ch/legislation>.

(17) GUILHEMJOUAN Jean-Yves, « La médiation pénale entre répression et réparation », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1997, p. 106.

(18) « Des accords devraient être conclus volontairement par les parties. Ils ne devraient contenir que des obligations raisonnables et proportionnées », art 31 de la recommandation n° R (99) 19 sur la médiation en matière pénale, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de L'Europe, le 15 septembre 1999, <https://wcd.coe.int/com.instranet>.

(19) MIRIMANOFF Jean, COURVOISIER Francine, F.A.Q. médiation, Genève 2014, <http://www.meditationgeneve.ch>.

(20) محمد نجيب معاوية، « المفهوم القانوني للصلح بالوساطة في المادة الجزائية وآلياته »، أشغال المعهد الأعلى للقضاء، بعنوان « الصلح بالوساطة في المادة الجزائية »، وزارة العدل وحقوق الإنسان، الجمهورية التونسية، 13 مارس 2003،

متوفر على الرابط: <http://www.ism-justice.nat.tn>

(21) لهذا نص المشرع الفرنسي على أنّ دور الوسيط يكمن في الطلب من مرتكب الجريمة تسوية وضعيته في إطار القانون واللوائح.

« Demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements », Par n° 3 de l'art 41-1 du Code de procédure pénale Français, op.cit.

(22) يعدّ هذا المحضر سندا تنفيذيا لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، المادة 37 مكرر 5 و37 مكرر 6 من أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر. ج. د. ش عدد 48 صادرة في 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

(23) BONAFE – SCHMITT Jean- Pierre, op.cit, p. 24.

(24) المادة 37 مكرر من أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(25) طباش عز الدين، « الطرق البديلة لحل النزاع ذو الطابع الجزائري: نحو خصوصية الدعوى العمومية »، ملتقى دولي حول « الطرق البديلة لحل النزاعات »، جامعة بجاية، يومي 26 و 27 أفريل 2016، ص. 12.

(26) JOSEPH-RATINEAU Yannick, La privatisation de la répression pénale, Thèse de doctorat en Droit privé, Faculté de Droit et de Science Politique, Université Paul Cézanne- Aix-Marseille, 2013, p.p. 300, 301.

(27) MIHMAN Alexis, Contribution à l'étude du temps dans la procédure pénale : pour une approche unitaire du temps de la réponse pénale, thèse de doctorat, université Paris sud 11, France 2007, p. 184.

(28) BONAFE – SCHMITT Jean- Pierre, op.cit, p. 43.

(29) هناء جبوري محمد، مرجع سابق، ص 208.

(30) بموجب أمر رقم 15-02، مؤرخ في 23 يوليو 2015، يعدل ويتمم أمر رقم 66 – 155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

(31) Art R15-33-35 du code pénale Français, op.cit.

(32) Art R15-33-33 du code pénale Français, op.cit.

(33) نايل إبراهيم عبيد، الوساطة الجنائية وسيلة مستحدثة لحل المنازعات الجنائية، دراسة في القانون الإجرائي الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 11.

(34) فايز عايد الظفيري، « تأملات في الوساطة الجزائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية »، مجلة الحقوق، العدد 2، جامعة الكويت، يونيو 2009، ص. 161.

(35) Le code de déontologie de la médiation pénale de L'inavem' www.inavem.org.

(36) « ...de même, sauf accord éclairé et exprès des parties, le médiateur s'abstient d'intervenir s'il connaît l'une des parties ou les deux parties... », art 2.14 du texte coordonné du code de déontologie de l'avocat et du règlement déontologique bruxellois, <http://www.barreaudebruxelles.info>.

(37) FLOCH Jacques, La médiation en Europe, rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée Nationale pour L'Union Européenne, n° 3696, 13 février 2007, p. 22.

(38) أدرك المشرع الفرنسي أهمية تكوين الوسيط في نجاح الوساطة، لذلك اهتم بموضوع التكوين " للوسيط العائلي " إذ تتوقف ممارسة هذه المهنة على ضرورة الحصول على " شهادة للوسيط العائلي " وذلك من خلال التكوين الذي ينقسم إلى تكوين نظري وميداني في عدة مجالات، وتم تخصيص 63 ساعة من التكوين في القانون، 63 ساعة في علم النفس، 35 ساعة في علم الاجتماع، و 70 ساعة في التكوين الميداني، انظر:

- Décret n° 2003- 1166 du 2 décembre 2003, relatif au médiateur familial, JO du 27 février 2004- Arrêté du 12 février 2004, ont créé le diplôme d'Etat de médiateur familial, JO du 27 février 2004.

(39) FLOCH Jacques, op.cit, p. 23.

(40) Voir: - Art 67 et 75 de la loi du 26 septembre 2010, sur l'organisation judiciaire de Genève.

-Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, informations et documents à fournir par les candidats médiateurs pour requérir leur inscription au tableau des médiateurs assermentés par le conseil d'Etat du canton de Genève, 28/ 10/ 2014, <https://www.geneve.ch/legislation>.

(41) حرص المشرع الجزائري على ضرورة اختيار الوسيط في القضايا المدنية والإدارية من بين الأشخاص الحائزين على شهادة جامعية أو تكوين متخصص، أو أي وثيقة أخرى تؤهله لتولي الوساطة، المادة 3 من مرسوم تنفيذي رقم 09-100، مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد كفاءات تعيين الوسيط القضائي، ج. ر. ج. د. ش عدد 16، صادر في 15 مارس 2009.

(42) وضع المركز الخاص بالوساطة والتدريب للوساطة البرنامج الساعي للتدريب وهو متوفر على الرابط التالي:

<http://www.cmfm.fr>

(43) قدم المجلس الأوروبي توصية تتمثل في ضرورة تكوين الوسيط قبل الالتحاق بالمهنة وحتى أثناء أدائه للمهنة.

Voir : Art 24 de la recommandation n° R (99) 19 sur la médiation en matière pénale, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de L'Europe, op.cit.

(44) Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, op.cit.

(45) يوجد في فرنسا نوعين من الوسطاء الجنائيين من يقوم بمهمة الوساطة ويتقاضى عنها أجر، ومن يقوم بها على سبيل التبرع دون أجر ويسمى "الوسيط المتطوع" Le médiateur bénévole، وهذا ما يدل على تمتع أولئك بالأخلاق الحميدة والرغبة القوية في حل النزاعات بالطرق الودية.

(46) Art R15-33-36 du code pénale Français, op.cit .

(47) Code de déontologie de la médiation pénale de L'inavem, op.cit.

(48) - RUBEN Arnold, GERALD Bigle, Le rôle de l'avocat dans une médiation: article et formation offerte, Et si la médiation était aussi bonne pour les avocats ?, <http://www.terrain-d-entente.com>.

(49) "يقوم المحامي بتمثيل الأطراف ومساعدتهم ويتولى الدفاع عنهم كما يقدم لهم النصائح والاستشارات القانونية"، المادة 5 من قانون رقم 07-13، مؤرخ في 29 أكتوبر 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج. ر. ج. د. ش عدد 55، صادر في 30 أكتوبر 2013.

(50) BLUM François, « L'avocat et la médiation », actes du colloque sur « La médiation », faculté de droit, Université de Genève, 10 octobre 1996, p. 2.

(51) المادة 37 مكرر 8 من أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(52) المادة 37 مكرر من أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم، المرجع نفسه، والمادة 3/110 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، مرجع سابق.

(53) نص المشرع الجزائري على ذلك بموجب المادة 115 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، مرجع سابق، كما يلي: "إن تنفيذ محضر الوساطة ينهي المتابعة الجزائية"، و المادة 3/6 من أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم، كما يلي: "تنقضي الدعوى العمومية بتنفيذ اتفاق الوساطة...".

(54) هذا ما دفع البعض للقول بأن الوساطة الجنائية تمس بمبدأ المساواة بين الأفراد أمام القضاء الجزائي، حيث يتم تسجيل الحكم في صحيفة السوابق العدلية للشخص في حال انتهت الوساطة الجنائية بالفشل ومنه تطبق عليه أحكام العود، طباش عز الدين، مرجع سابق، ص. ص. 9، 10.

(55) MIRIMANOFF Jean, COURVOISIER Francine, op.cit.

(56) طباش عز الدين، مرجع سابق.

(57) BLUM François, op.cit, p. 7.

(58) STIMEC Arnaud, op.cit, p.10.

(59) BLUM François, op.cit, p. 13.

(60) «...ويجوز لكل منهما الاستعانة بمحام»، المادة 37 مكرر 1 من أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم، مرجع سابق.

(61) «...تتم الوساطة بطلب من الطفل أو ممثله الشرعي أو محاميه أو تلقائيا من قبل وكيل الجمهورية»، المادة 2/11 من قانون رقم 12-15، مؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، مرجع سابق.

(62) من بين الحقوق الأساسية التي حرصت التوصية رقم (99) 19 الصادرة عن المجلس الأوروبي على تطبيقها خلال الوساطة الجنائية نجد حق الاستعانة بمحام كما يلي:

« La procédure de médiation devrait être assortie de garanties fondamentales : en particulier, les parties devraient avoir le droit à l'aide judiciaire et, le cas échéant, à un service de traduction/interprétation. Les mineurs devraient, de plus, avoir le droit à l'assistance parentale », art 8 de la recommandation n° R (99) 19 sur la médiation en matière pénale, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de L'Europe, op.cit.

(63) BLUM François, op.cit, p. 6.

(64) FLOCH Jacques, op.cit. p. 23.

(65) TADROUS Saoussane, La place de la victime dans le procès pénal, thèse de doctorat, droit, université, Montpellier 1, France, 2014, p 290, <https://tel.archives-ouvertes.fr>.

(66) BLUM François, op.cit, p. 9.

(67) يؤدي المحامي اليمين الآتية: " أقسم بالله العلي العظيم أن أؤدي مهامي بأمانة وشرف، وأن أحافظ على السر المهني وعلى أخلاقيات وتقاليده المهنة وأهدافها النبيلة، وأن أحترم قوانين الجمهورية"، المادة 43 من قانون رقم 07-13، مؤرخ في 29 أكتوبر 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، مرجع سابق.

(68) « Il est recommandé à l'avocat d'examiner avec ses clients, préalablement à toute introduction d'une action en justice ou au cours de celle-ci, la possibilité de résoudre leurs différends par le recours à la médiation, et de leur fournir, à cette occasion, toutes les informations qui leur permettront de bien apprécier l'intérêt de ce processus », art 2.12 du texte coordonné du code de déontologie de l'avocat et du règlement déontologique bruxellois, op.cit.

(69) « L'avocat s'efforce de régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas.

-Il tient compte, comme représentant d'une partie en justice ou conseiller, d'une médiation en cours ou du souhait de l'une des parties d'en instaurer une », art 9 du code suisse de déontologie, <https://www.sav-fsa.ch/fr>.

(70) « يحث المحامي موكله، على فض النزاع، عن طريق الصلح، أو بواسطة الطرق البديلة الأخرى، قبل اللجوء إلى القضاء»، قانون رقم 28.08، يتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة، صادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.101، مؤرخ في 20 أكتوبر 2008، ج.ر. عدد 5680، صادرة بتاريخ 6 نوفمبر 2008،

<http://adala.justice.gov.ma>

(71) قانون رقم 07-13، مؤرخ في 29 أكتوبر 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، مرجع سابق.

(72) - BLUM François, op.cit, p.6.

الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية الرقمية*

Dr. Salam muneam moshial, Assist Pro,
College of law, al-nehrain University, Iraq.
Dr. Mohammed Sameer saleh,
Researcher in privat law.

د. سلام منعم مشعل، أستاذ مساعد،
كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق.
د. محمد سمير صالح،
باحث في القانون الخاص.

الملخص:

شهد العالم تطوراً تقنياً ملحوظاً في الآونة الأخيرة، وتمثل البيئة الرقمية وما يتداول عبرها من مصنفات رقمية محور هذا التطور ونقطة الارتكاز التي ينطلق منها، ومع هذا التطور السريع الذي انعكس على جميع مناحي الحياة، بما تضمنه من إيجابيات عديدة استجدت إشكاليات قانونية معاصرة، اقترنت بظهور التطور التقني الناجم عن اقتران أنظمة الاتصال بالمعلوماتية، وضعت الفقه والقضاء أمام تحدٍ جديد يدعو إلى تنظيم البيئة الرقمية، وحماية عناصرها والمصنفات الرقمية المتداولة عبرها. لذا اتجهت غالبية الدول إلى تنظيم الحقوق الفكرية الرقمية (المصنفات الرقمية)، وإيجاد الوسائل القانونية والتقنية الوقائية منها والعلاجية الكفيلة بحمايتها، وعلى هذه المحاور ستركز دراستنا.

الكلمات المفتاحية:

الملكية الفكرية الرقمية، المصنف الرقمي، المعلوماتية، البيئة الرقمية.

The legal protection of digital intellectual rights property

Abstract:

The world has seen technologically advanced significantly in recent times, and represent the digital environment this axis of development and the focal point from which, however, the rapid development which is reflected in all sides of life, including contents of many positives have emerged Contemporary Problems coupled with the emergence of technical development resulting from coupling the communications with Informatics Systems developed juristic and judiciary to the new challenge calls for the organization of the digital environment and the protection of elements of digital works which pass through it,

So it the majority of states went to regulate intellectual property rights traded across the digital environment (digital works) and find a legal and technical means which contain tow means preventive and therapeutic, to ensure the protection. All these axis will be our study.

Key words:

Digital environment, digital intellectual property, digital works, Informatics.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/06/30 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/07/11 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

La protection juridique des droits de propriété intellectuelle numérique

Résumé :

Le monde a connu une évolution technique et numérique sans précédent. Une telle évolution pose une nouvelle problématique juridique inextricable, celle de leur protection par des textes juridiques. En effet, les différents aspects d'utilisation du numérique pose une multitude de questions secondaires liées à la vie privée, à la protection des enfants, à la cybercriminalité... De ce fait, la plupart de des pays tentent de régir les droits de propriété intellectuelle numérique et de trouver les instruments juridiques et techniques permettant leur protection.

Mots clés :

Propriété intellectuelle numérique, installation numérique, environnement numérique.

مقدمة

أثر التطور الهائل في مجال تكنولوجيا المعلومات في العديد من مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والتشريعية، مما أدى إلى ضرورة تبدل الأطر والأنظمة القانونية لمواكبة التطور التقني المتسارع والمستمر، إلا أنه بالقدر الذي قدمته التكنولوجيا من تسهيلات في مجالات الحياة المختلفة، فإنها خلقت في الوقت ذاته تحديات قانونية وتقنية، تختلف في طبيعتها عن تلك التي كانت موجودة قبل اختراع وسائل الاتصال الحديثة كالأنترنت والهواتف النقالة.

وقد انعكست تلك التحديات على واقع الحقوق الفكرية التقليدية وطبيعة التعامل معها في محيط البيئة الرقمية، بالشكل الذي يدعو إلى التساؤل عن كفاية وفعالية القوانين والاتفاقيات ذات العلاقة، لحماية وتنظيم المسائل الناشئة عن الحقوق الفكرية الرقمية المرتبطة باستخدام تقنيات الاتصال والمعلومات الحديثة، وتعدّ قوانين الملكية الفكرية الركن الأساسي في حماية البيئة الرقمية، بعده الأساس القانوني لحماية كل إبداع فكري من الاستعمال غير المشروع له متى ما توافرت شروط الحماية المقررة فيه.

ونتيجة لذلك فقد تسارعت الجهود الدولية والمنظمات العالمية، لتوحيد المساعي في سبيل إيجاد أساليب متطورة كفيلة بتوفير حماية أفضل للحقوق الفكرية في البيئة الرقمية، وقد كان في مقدمة تلك الجهود وعلى المستوى التجاري الدولي إنشاء منظمة التجارة العالمية W.T.O في 15/4/1994، والتي تكللت جهودها بإبرام اتفاقية تريس التي تعمل تحت مظلة منظمة التجارة العالمية، أما على مستوى الحقوق الأدبية والفنية الدولية فقد أنشئت المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية (Wipo) سنة 1974، والتي نجحت في إبرام العديد من الاتفاقيات كان من أهمها اتفاقية الويبو لحماية حقوق التأليف 1996، واتفاقية الويبو لحماية حقوق المؤدين ومنتجي التسجيلات الصوتية لعام 1996.

ونظراً للأهمية الكبيرة التي تحظى بها الحقوق الفكرية، ولدورها الهام الذي تؤديه في تشجيع البحث العلمي والابداع والابتكار الذي ينعكس إيجاباً على التقدم الصناعي

والتكنولوجي فكان من الطبيعي أن تحرص التشريعات والمنظمات الدولية على كفالة الحماية اللازمة والملائمة للحقوق الفكرية عموماً والرقمية خصوصاً، لكون الجهد الفكري أكثر ارتباطاً وأشد التصاقاً بشخص صاحبه من الجهد البدني التي تكلفت جميع القوانين بحمايته. ونتيجة لتباين أنواع الحقوق الفكرية، فإن وسائل حمايتها تتباين هي الأخرى تبعاً لها، وعموماً يمكن تقسيم وسائل حماية الحقوق الفكرية الرقمية على قسمين قانونية وتقنية، ويقصد بهذه الأخيرة مجموعة من الوسائل المناط بها ضمان أمن وموثوقية البيانات والمعلومات المتداولة عبر شبكة الانترنت، أو ضمن بيئة الحاسب الآلي، ومشروعية الاستخدام والتداول في محيط البيئة الرقمية، ومن أمثلتها التشفير و الغفلية و الجدران النارية، وهي ليست محل بحثنا، وإنما ستتركز الدراسة على الحماية القانونية المدنية دون الجزائية والتي تتكفل بها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الحقوق الفكرية (القواعد الخاصة) مثل قانون حماية حق المؤلف وقانون براءات الاختراع وقانون حماية العلامات التجارية، وكذلك تتكفل بحمايتها (القواعد العامة) مثل القانون المدني .

وتقسم الحماية القانونية إلى وسائل وقائية وأخرى علاجية، لذا سنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول الوسائل الوقائية ونخصص المبحث الثاني للوسائل العلاجية.

المبحث الأول: الوسائل الوقائية لحماية حقوق الملكية الفكرية الرقمية

تحرص غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على توفير حماية قانونية للحقوق الفكرية⁽¹⁾، بعضها قد يكون سابقاً لوقوع الاعتداء وقبل حدوث الضرر، وهذا النوع من الحماية يدعى بالوسائل الوقائية، والبعض الآخر منها يظهر تأثيره بعد وقوع الاعتداء وحدث الضرر وهذا النوع يصطلح عليه الوسائل العلاجية.

ويلاحظ أنّ الغاية من الوسائل الوقائية هي اتقاء الخطر ودرء الضرر الذي قد يطال المصنفات الفكرية الرقمية (منع حدوث التعدي)، أو بهدف الحفاظ على دليل له علاقة بفعل التعدي⁽²⁾. لذا فهي إجراءات وقائية سابقة للتعدي تتم بالإيداع أو التسجيل أو التأشير، وهي تفيد في إثبات الحق الفكري مع أنّها ليست شرطاً للتمتع بالحماية بموجب قواعد الحقوق الفكرية. وهذا ما سنأتي على بيانه في المطالب الثلاثة التالية.

المطلب الأول: الإيداع

وهو إجراء تحفظي سابق لوقوع الاعتداء، ويكون بالطلب من صاحب الحق على المصنف مؤلفاً كان أم ناشراً أو طابعاً أو غير ذلك، بتسليم نسخة أو أكثر من مصنفه لجهة رسمية مختصة بالإيداع محددة قانوناً⁽³⁾، ولا يعدّ الإيداع شرطاً لتمتع المصنفات بالحماية القانونية، بل أنّ المؤلف يتمتع بالحماية دون اشتراط استيفاء شكلية معينة، إذ لا يتعدى دور الإيداع عن كونه قرينة قضائية⁽⁴⁾. والإيداع بهذا المفهوم ليس شرطاً للحماية ولا يترتب على عدم الإيداع

إخلال بالحماية المقررة قانوناً للمصنفات، وإن كان عدم الإيداع يرتب جزاءً مدنياً يتمثل بالغرامة التي تقع على عاتق الملمزم بالإيداع سواء أكان ناشراً أم طابعاً أو موزعاً، دون أن يؤثر ذلك على حق المؤلف ولا يحرمه من إثبات حقه بمختلف طرق الإثبات الأخرى⁽⁵⁾ ويجب عدم الخلط بين مفهوم الإيداع والإجراءات القانونية الوقائية الأخرى، كالتسجيل للمصنفات أو التأشير عليها بحفظ الحقوق بعبارة (جميع الحقوق محفوظة)⁽⁶⁾.

وتباين أنظمة الإيداع من حيث المصنفات الواجب إيداعها، والأشخاص الملمزمون بالإيداع وعدد النسخ المطلوب إيداعها، والجهة المسؤولة عن إيداع المصنفات لديها، فبالنسبة للمصنفات الخاضعة للإيداع يفضل إيداع جميع الأعمال التي تعد ملكية أدبية أو فنية؛ لأنها تضمن حقوق المؤلفين لا باعتبارها شرطاً للحماية، وإنما باعتبارها قرينة على الإثبات قابلة لإثبات العكس⁽⁷⁾، وجاء ذكر المصنفات المشمولة بالإيداع باستخدام عبارات مرنة لفسح المجال أمام ما قد تنتجه التطورات التقنية المتلاحقة من مصنفات مستحدثة⁽⁸⁾.

خلاصة القول أنّ الإيداع إجراء وقائي يتضمن الالتزام بتسليم نسخة أو أكثر من نسخ المصنف إلى جهة مختصة بالإيداع قانوناً، ولا يترتب على عدم الإيداع إخلال بحقوق المؤلف، وإنما إخلال بواجب الإيداع يستلزم الغرامة، ويهدف إلى حماية التراث الفكري الثقافي وإثبات حقوق المؤلف على مصنفه، والإيداع بهذا المفهوم يتلاءم كنظام قانوني مع المصنفات التقليدية المتداولة عبر الطباعة والنشر والتوزيع، أما بالنسبة للمصنفات الالكترونية المتداولة عبر البيئة الرقمية، فيتعذر معها أعمال نظام الإيداع في ظل عالم افتراضي تفاعلي تسبح فيه البيانات والمعلومات بسرعة، تخترق حاجز المكان وتختصر وحدات الزمان، وعليه لا يمكن رد دعوى مدون في محيط الفضاء الرقمي لعدم إيداعه نسخة من مصنفه الأدبي، فحسناً فعل المشرع المصري والعراقي إذ نصا على أنّ الإيداع قرينة لإثبات الحق، وليس شرطاً للتمتع بالحقوق الأدبية القابلة للإثبات بجميع طرق الإثبات القانونية، ولعل هذه المسألة واحدة من الأسباب التي تدعو إلى تشريع قانون موحد ومتخصص بالحقوق الفكرية الرقمية.

المطلب الثاني: التسجيل

وهو إجراء قانوني وقائي يهدف إلى حماية حقوق المؤلف على مصنفه، عن طريق تسجيله لدى مكتب وطني للسجلات، وذلك من خلال ملء استمارة التسجيل من قبل المؤلف، يذكر فيها اسم المؤلف وعنوان المصنف وتاريخ ومكان النشر إذا كان المصنف قد نشر، واسم الناشر وبيانات أخرى تختلف من جهة تسجيل لأخرى⁽⁹⁾. ويعدّ التسجيل منشأً للحماية فهو شرط لتمتع المؤلف بحقوق الملكية الفكرية وليس مجرد قرينة للإثبات كما في الإيداع وذلك في بعض الأنظمة القانونية⁽¹⁰⁾. وهكذا يتضح الفرق بين نظام الإيداع ونظام التسجيل في تشريعات الملكية الأدبية والفنية التي تأخذ به، إذ تعدّه هذه الأخيرة شرطاً لتمتع المؤلف بالحماية

القانونية لا مجرد قرينة على صحة الوقائع المسجلة، إذ تعدّ شهادة التسجيل حجة على صحة ما ورد فيها ما لم يثبت لقاضي الموضوع خلاف ذلك⁽¹¹⁾.

ويلاحظ أنّ التسجيل الإجباري كشرط لحماية المصنفات قد أخذ بالانحسار تدريجياً، مقارنة مع التسجيل الاختياري، على اعتبار أنّ حماية المصنفات تستند إلى وجود الابتكار، فمتى ما توافر الابتكار استحق المصنف الحماية دون حاجة إلى أية إجراءات شكلية مهما كان نوعها، وهذا ما أشارت إليه اتفاقية بيرن واتفاقية حقوق المؤلف العالمية، إذ نصتا صراحة على أنّ حماية المصنف لا تستلزم أية إجراءات، طالما كانت جميع النسخ التي تم نشرها مؤشراً عليها بأنّ جميع الحقوق محفوظة مع ذكر اسم المؤلف وسنة الإصدار الأول، وفي ذلك إشارة واضحة إلى اعتماد التأشير بديلاً عملياً عن التسجيل، وكإجراء وقائي يهدف إلى المحافظة على حقوق المؤلف⁽¹²⁾.

المطلب الثالث: التأشير

لطالما كانت حماية الحقوق الفكرية هاجساً يثير القلق لدى المبدعين ويدعوهم إلى التوسل بآليات وأنظمة متعددة، تهدف إلى منع الاعتداء على مصنفاتهم الأدبية بآليات وأنظمة متعددة، تهدف إلى منع الاعتداء على مصنفاتهم الأدبية والفنية، من خلال وضع عبارات أو رموز معينة على جميع نسخ المصنف للتحذير والتذكير، وإعلام الجمهور بأنّ الحماية الخاصة بحقوق المؤلف مكفولة للمصنف، مثل (جميع الحقوق محفوظة) أو (الحقوق محفوظة للمؤلف) مضافاً إليها اسم صاحب الحق الفكري، والناشر أو الطابع، وسنة النشر، ويرمز لها بالحرف (C) وهو الحرف الأول من كلمة Copyright والتي تعني حق المؤلف.

ويهدف نظام التأشير إلى حماية الحقوق الفكرية للمصنفات على المستويين الوطني والدولي، ذلك أنّ المؤلف عندما يقوم بالتأشير بحقوقه على مصنفه عند انتهائه من تأليفه، لا يلقي على عاتقه عبئاً بل على العكس من ذلك فإنه يكتسب مزايا واضحة، فهو يبين للجميع أنّ المصنف منسوب لمؤلفه ومشمول بالحماية، ومن جهة أخرى يسهل عليه في حال حصول اعتداء على مصنفه، أن يثبت علم المعتدي عند استخدام المصنف دون إذن بأنّ المصنف مشمول بالحماية، وبالتالي فإنه يرتكب لعمل غير مشروع، هذا على المستوى المحلي، أما على المستوى الدولي فإنّ تأشير المؤلف على مصنفه بالرمز الدولي لبلده، يساعده في إضفاء حماية دولية لمصنفه في غير بلده من خلال الاتفاقيات الدولية⁽¹³⁾.

ومن أجل خلق توازن بين نزعة الاستئثار وضرورة الانتشار (استئثار المؤلف بحقوقه الفكرية على مصنفه وضرورة العمل على نشره بأكبر قدر ممكن لأنّ الفكر لا يثمر إلا بالانتشار)، دأب البعض على إيجاد آلية توضح الحقوق التي يحتفظ بها المؤلف والحقوق التي لا يمانع من مشاركتها مع الآخرين، مما ينتج عنه صيرورة (بعض الحقوق محفوظة) عوضاً عن

(جميع الحقوق محفوظة)، وذلك من خلال مجموعة من الرخص أصبحت تعرف برخص المشاع الإبداعي ⁽¹⁴⁾ Creative Commons License، وهي مجموعة من الرموز كل رمز يمثل رخصة معينة تنظم استخدام حقوق المؤلف بالطرق التي لا يجوز ممارستها من دون موافقة صاحب حق المؤلف، وهذه الرخص مستوحاة من نموذج " بعض الحقوق محفوظة "، إذ يصبح حامل الحقوق الفكرية باستخدامه لرخصة المشاع الإبداعي محتفظاً ببعض الحقوق فقط من جميع الحقوق الممنوحة له قانوناً، وهذه الرخصة ثمرة جهود علماء القانون وأجهزة الكمبيوتر في جامعة كامبريدج، إذ أسسوا مشروع المشاع الإبداعي بهدف إدارة حقوق النسخ والنشر وتوزيع المنتجات الثقافية والفكرية ⁽¹⁵⁾.

وتعدّ مؤسسة المشاع الإبداعي منظمة غير ربحية مقرها في سان فرانسيسكو، تسعى إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من السيطرة على الإبداع والتحكم بحقوقه، من خلال خلق نوع من التوازن بإيجاد حل وسط بين مبدأ " جميع الحقوق محفوظة " ومبدأ " ليست هناك حقوق محفوظة "، ليكون المشاع الإبداعي المنطقة الوسطى بين حقوق النسخ الكاملة والملكية العامة ⁽¹⁶⁾.



ليست هناك حقوق محفوظة
(الملكية العامة)

Public domain



بعض الحقوق محفوظة
(المشاع الإبداعي)

Creative common



جميع الحقوق محفوظة
(حقوق النسخ كاملة)

copyright

وتتألف رخص المشاع الإبداعي من أربع صور يستطيع صاحب الحق الفكري (المرخص) اختيار الرخصة الملائمة لمصنّفه وهي كما يلي ⁽¹⁷⁾:

1- النسبة : ويرمز لها BY. وهي تعني وجوب عزو المصنّف إلى مؤلفه بالطريقة التي حددها المؤلف، وهذا الشرط موجود في جميع الرخص .

2 - غير تجاري Non Commercial : ويرمز له NC وهو يعني عدم إمكانية الانتفاع التجاري من المصنّف، ويجوز استعماله فقط للأغراض غير التجارية، وبخلافه يجب الرجوع إلى المؤلف للاتفاق معه .

3 - منع الاشتقاق No Derivatives : ويرمز له ND، وهو يعني عدم إمكانية تغيير العمل أو البناء عليه، فإذا أراد شخص التعديل على المصنّف الأصلي أو الإضافة أو الحذف أو التصحيح أو الترجمة أو الاشتقاق منه، فيلزم الرجوع إلى المرخص للحصول على إذن منه.



4 - الترخيص بالمثل Share Alike : ويرمز له SA وهو يعني امتداد أثر الرخصة على النسخة المعدلة أو المشتقة من العمل المرخص، فعلى صاحب الاشتقاق الإبقاء على ذات الرخصة الموجودة على العمل المشتق منه، وهذا ما يعرف بالترخيص بالمثل. ومن الاشتراطات الأربعة لرخص المشاع الإبداعي CC السابقة الذكر يمكن اشتقاق توافيق ستة، تعرف بتنويعات الرخصة المعتمدة حالياً عالمياً وهي كما يلي⁽¹⁸⁾:



1 - نسبة المصنف Attribution



2 - نسبة المصنف – الترخيص بالمثل Attribution –share Alike



3 - نسبة المصنف – منع الاشتقاق Attribution– No Derivatives



4 - نسبة المصنف – غير تجاري Attribution- Non Commercial



5 - نسبة المصنف – غير تجاري – الترخيص بالمثل Attribution-Non Commercial – share Alike

Attribution-Non Commercial – share Alike



6 - نسبة المصنف – غير تجاري – منع الاشتقاق Attribution-Non Commercial – No Derivatives

Attribution-Non Commercial – No Derivatives

ويلاحظ أنّ شرط نسبة المصنف BY موجود في جميع الرخص؛ لأنّه متعلق بالحقوق الأدبي للمؤلف وهو حق لا يمكن النزول عنه. كما يلاحظ أنّ شرط منع الاشتقاق يخالف شرط الترخيص بالمثل، فالأخير يسمح بالتعديل والاشتقاق على المصنف بينما الآخر لا يسمح بذلك⁽¹⁹⁾.

وعلى الرغم من التطور السريع الذي تشهده الدول المتقدمة في مجال تسجيل وحماية حقوق الملكية الفكرية، فإننا نجد على العكس من ذلك تماماً حال تشريعات الحقوق الفكرية في الدول العربية، لذا ندعو إلى تظافر الجهود والسعي بجد إلى إنشاء مناخ ملائم لحماية الحقوق الفكرية، وتفعيل قوانينها ونشر ثقافتها ورفع الوعي بأهميتها وأثرها في تنمية وتطوير البلدان.

المبحث الثاني: الوسائل العلاجية لحماية حقوق الملكية الفكرية الرقمية

إذا لم تنجح الوسائل الوقائية في منع الاعتداء على الحقوق الفكرية، ووقع الاعتداء بالفعل. عندئذٍ لا بد من وسيلة أخرى تعمل على إيقاف الاعتداء وتعويض الضرر، وهذا ما يصطلح عليه بالوسائل العلاجية⁽²⁰⁾.

ونظراً لأنّ حسم الدعاوى المتعلقة بالاعتداءات الواقعة على الحقوق الفكرية الرقمية تحتاج إلى وقت ليس بالقصير، لذا يتم اللجوء في الوسائل العلاجية إلى اتخاذ الاجراءات

التحفظية أولاً لإيقاف ومنع استمرار التعدي، وإلى تعويض الضرر ثانياً. ولهذا قسمنا هذا المبحث على مطلبين، الأول خصصناه للإجراءات التحفظية أما الثاني فتناولنا فيه الحماية المدنية.

المطلب الأول: الإجراءات التحفظية

في حال لم تكن الوسائل الوقائية كافية لمنع وقوع الاعتداء على الحقوق الذهنية، أو عند اتخاذ إجراءات وقائية لكنها لم تستطع صد الاعتداء، وذلك في الحالات التي تم فيها الاعتداء فعلاً، أو أصبح وشيك الحدوث. عندئذٍ ينتهي دور وسائل الحماية الوقائية لبدء دور وسائل الحماية التحفظية، والتي تهدف إلى إيقاف التعدي، إلى حين الفصل بالعمل غير المشروع، خصوصاً وأنّ قضايا الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية تتطلب وقتاً ليس بالقصير لحسمها، لاسيما إذا ما تعلقت بالبيئة الرقمية وهي محيط تقني معلوماتي عابر للحدود يكاد لا يخلو من الصفة الأجنبية، الأمر الذي يدفع صاحب الحق الفكري إلى اتخاذ تدابير احترازية لاحقة لوقوع الاعتداء (الإجراءات التحفظية، تتمثل بالمصادرة والإتلاف ومنع الاستيراد والحجز وإغلاق المحل مصدر الاعتداء، أو أي إجراء آخر يهدف إلى وقف الاعتداء أو تحديده لإزالته وطلب التعويض عن الأضرار الناجمة عنه إن كان له مقتضى⁽²¹⁾ .

وإن كانت الإجراءات التحفظية منطقة وسطى بين الحماية الوقائية السابقة لوقوع الاعتداء والحماية العلاجية اللاحقة لوقوع الاعتداء، فإنها تعدّ جزءاً من الحماية المدنية على اعتبار أنّها تخرج عن نطاق الحماية الجزائية للحقوق الفكرية، فضلاً عن كونها تدخل في اختصاص القاضي المدني، عندما يثبت له وقوع اعتداء عليها⁽²²⁾ . ولهذه الحماية شروط لا تقوم إلا بتوافرها وهذه الشروط يمكن إجمالها فيما يلي :

أولاً: تحقق الخطر ويكون ذلك إما بوقوع الاعتداء على محل الحق الفكري، أو أنّ الاعتداء أصبح وشيك الوقوع إذ أنّ أي تحريف أو تشويه أو تعديل أو تغيير للمصنف، أو أي شكل من أشكال الاعتداء على الحقوق الفكرية، يجوز لصاحب الحق الفكري أن يطلب اتخاذ تدابير احترازية (الإجراءات التحفظية) لتوفير الحماية القانونية لهذه الحقوق⁽²³⁾ .

ثانياً: انعدام الموافقة الخطية، أي أنّ الاعتداء على الحق الفكري حصل دون استحصال موافقة خطية من المؤلف أو خلفه⁽²⁴⁾ ، والحقيقة أنّ الإجراءات التحفظية يمكن أن تقوم مقتصرة على تحقق الشرط الأول فقط، كون الاعتداء لا يكون إلا باستغلال الحق الفكري دون الحصول على إذن كتابي من صاحبه⁽²⁵⁾ .

فضلا عن الشروط المتقدمة فإنَّ للإجراءات التحفظية خصائص تمتاز بها وهي :

أولاً : إنَّها لاحقة على تحقق اعتداء وقع بالفعل أو وشيك الوقوع .

ثانياً: إنَّها تستهدف دفع خطر محتمل الوقوع أو وقع بالفعل دون المساس بأصل الحق الموضوعي، يتخذها القاضي بناءً على طلب المدعي صاحب الحق لقاء واقعة لاتزال موضع نزاع لم يفصل القضاء فيها بعد، استناداً إلى حدوث اعتداء أو وجود خطر محقق وشيك الحدوث⁽²⁶⁾. يهدف منع التعدي أو المحافظة على دليل له علاقة بفعل التعدي، شريطة أن يتضمن الطلب الذي تقدم به صاحب الحق الفكري أو أحد ورثته أو من يخلفونه، وصفا دقيقا وكاملا للمصنف الذي وقع عليه الاعتداء، ويرفق معه كفالة مالية لمنع التعسف ولضمان أي أضرار قد تلحق بالمدعى عليه إذا لم يكن المدعي محقاً في دعواه. في المقابل يحق للمدعى عليه طلب إلغاء الإجراءات التحفظية المتخذة قبل رفع الدعوى، وذلك إذا لم يقيم المدعي برفع دعوى خلال ثمانية أيام من صدور أمر المحكمة باتخاذ الإجراء التحفظي⁽²⁷⁾.

أما بالنسبة للمحكمة فلها أن تتخذ مجموعة من القرارات المؤقتة، إما بهدف وقف الضرر الناجم عن الاعتداء ومنع استمراره في المستقبل، كإيقاف التعدي ومنع الاستيراد وإغلاق المحل. أو بهدف حصر الضرر الناجم عن الاعتداء، كمصادرة محل الاعتداء وأية مواد وأدوات استعملت في تحقيق التعدي، ومصادرة عائدات التعدي، علماً أن هذه الإجراءات وردت على سبيل الحصر لا التمثيل، وبالتالي لا يحق لقاضي الموضوع مجاوزتها، وإلا عدَّ قراره باطلاً لمجاوزته حدود اختصاصه المحدد بالنص⁽²⁸⁾.

وبالنسبة لموقف المشرع الوطني من الإجراءات التحفظية فقد حصرها بثلاثة

إجراءات وهي:

1- إيقاف الاعتداء: وهو إجراء تحفظي لاحق لوقوع الاعتداء، يهدف إلى مطالبة⁽²⁹⁾ المعتدي بوقف أنشطته المحظورة لأجل وقف الضرر المستقبلي المحتمل نشوؤه عن الاعتداء على الحق الفكري، ومنع التداول لها مهما كانت وسيلة النشر والتداول، إذ أن وسائل تداول المصنفات تختلف باختلاف نوعها، فقد يكون تداولها بالنشر أو العرض والتمثيل أو الأداء أو التمثيل الإذاعي، أو أية طريقة أخرى من طرائق التداول والنقل إلى الجمهور⁽³⁰⁾.

وإن وقف الاعتداء قد يكون بصيغ مختلفة، مثل منع استيراد الأعمال المقلدة للأعمال التي تتمتع بالحماية القانونية الممنوحة للحقوق الفكرية⁽³¹⁾، أو بإيقاع الحجز على المصنف⁽³²⁾، وهذا ما أشارت إليه اتفاقية بيرن لحماية الحقوق الأدبية والفنية، إذ نصت على منع استيراد التسجيلات غير المشروعة، وذلك تأكيداً على مبدأ عدم جواز إجبار أية دولة على إدخال تسجيلات تعدّها غير مشروعة، لمخالفتها لقوانينها طبقاً لما نصت عليه المادتين الثانية والثالثة من الاتفاقية ذاتها⁽³³⁾. ومن الصيغ الأخرى لوقف الاعتداء إغلاق المحل الذي يرتكب أعمالاً

مخالفة لقوانين حماية الملكية الفكرية. وهذا ما نصت عليه المادة 5-335-L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، إذ أجازت إمكانية الغلق النهائي أو المؤقت للمحل (المؤسسة) على أن لا يتجاوز الغلق مدة خمس سنوات كحد أقصى.⁽³⁴⁾

2 – المصادرة Confiscation: المصادرة⁽³⁵⁾ إجراء تحفظي لاحق لوقوع الاعتداء يهدف إلى ضبط محل الاعتداء وأية مواد وأدوات استعملت في تحقيق التعدي، من أجل منع المعتدي من التصرف بالعمل المحمي بقوانين الملكية الفكرية .

ويلاحظ أن قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971م المعدل، قد أخذ بالمصادرة كأحد التدابير الاحترازية من ضمن الإجراءات التحفظية التي يجوز لقاضي الموضوع أن يأمر بها لوقف الاعتداء على الحقوق الفكرية، على الرغم من أن المصادرة تدخل ضمن الحماية الجنائية وليس الحماية المدنية⁽³⁶⁾. فنجد أن قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ قد أخذ بالمصادرة كإجراء تحفظي بدلاً من الحجز، وكان الأجدر بالمشرع أن يقتصر على الحجز التحفظي ويعطي الحق للمحكمة في بيع نسخ المصنف والمواد والأدوات المستعملة في إخراجه بطريقة غير مشروعة، وذلك لتعويض صاحب الحق الفكري عن الضرر الذي أصابه من جراء الاعتداء، إذ أن هذا الاجراء يتفق مع القواعد العامة في القانون المدني (فيما يتعلق بتعويض الضرر) ومع قواعد المرافعات المدنية (فيما يتعلق بالإجراءات التحفظية والحجز التحفظي تحديداً) ومع قواعد التنفيذ. أما المصادرة فهي عقوبة تدخل ضمن الحماية الجنائية والمنصوص عليها في قانون العقوبات ولا محل لها في الحماية المدنية .

3 – مصادرة عائدات التعدي: لم يكتفِ المشرع العراقي بمصادرة محل الحق الفكري المعتدى عليه فحسب، بل أنه أجاز للمحكمة أن تأمر بمصادرة العائدات المتحصلة من استغلاله أيضاً. وهذا يتطلب حصر الإيرادات الناتجة من استغلال المصنف المحمي، وللمحكمة أن تستعين بـ لجنة خبراء في ذلك. وكان القانون العراقي قد نص على مجموعة الإجراءات المشار إليها سابقاً في المادة السادسة والأربعون من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971م.

المطلب الثاني: الحماية المدنية للحقوق الفكرية الرقمية

إذا لم تحقق الوسائل والإجراءات التحفظية هدفها، ولم تجد نفعاً في منع حدوث الضرر ورد التعدي، فعندئذ يتم اللجوء إلى الحماية المدنية كحل نهائي في حال فشل الإجراءات السابقة، وهذا لا ينفي إمكانية اللجوء إليها ابتداءً، عند عدم وجود ضرورة تدعو الجهة القضائية المختصة إلى اتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة لحين تعويض الضرر ورد الاعتداء. فيكون استخدام الحماية المدنية دون المرور بالإجراءات التحفظية أكثر فاعلية، لاسيما أن أحد الاعتبارات التي يعتمد عليها في تحديد نوع وسيلة الحماية الملائمة، هو وقت استعمال تلك الوسيلة⁽³⁷⁾. وتتمثل الحماية المدنية بالجزاء المدني القائم على أساس التعويض عن الضرر،

والضرر قد يصيب الحق المادي (المالي) لصاحب الحق الفكري، أو يصيب الحق الأدبي (المعنوي)، وفي كلتا الحالتين فإنّ الحماية المدنية تقوم بمجرد تحقق الضرر⁽³⁸⁾.

ولكن الوضع يختلف في حال ما إذا كان الضرر قد حدث من قبل شخص يرتبط مع صاحب الحق الفكري برابطة عقدية، أو أنّ محدث الضرر لا تربطه أية رابطة عقدية بصاحب الحق الفكري. ففي الحالة الأولى يتم مطالبة محدث الضرر بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، أما في الحالة الثانية فتتم مطالبة محدث الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية الناشئة عن خطأ الغير⁽³⁹⁾. ويشترط لقيام الحماية المدنية من الناحية الإجرائية توافر الصفة والمصلحة لقبول دعوى الملكية الفكرية، كما يجب على المدعي أن يثبت ملكيته للحق الفكري⁽⁴⁰⁾. أما من الناحية الموضوعية فيتوجب بالحق الفكري أن يكون محلاً للحماية، فإذا كان الحق الفكري يندرج تحت طائفة الحقوق الأدبية والفنية مثلاً، فيشترط أن يتوافر فيه الابتكار⁽⁴¹⁾. أما إذا كان الحق الفكري مندرجا تحت طائفة الحقوق الصناعية، فيشترط توافر الجودة والخطوة الإبتكارية والتطبيق الصناعي فيه لكي يصلح محلاً للحماية بمقتضى قانون حماية براءات الاختراع⁽⁴²⁾. إذ أنّ لكل طائفة من الحقوق الفكرية شروطاً يجب توافرها في ما يندرج تحتها من مصنفات، حتى تتمتع بالحماية القانونية بالقواعد الخاصة لقوانين الملكية الفكرية. وعموماً يمكن تقسيم الحماية المدنية للحقوق الفكرية الرقمية إلى نوعين :

أولاً: الحماية المدنية بمقتضى القواعد الخاصة المتمثلة بقوانين الملكية الفكرية .

ثانياً: الحماية المدنية بمقتضى القواعد العامة المتمثلة بالقانون المدني .

الفرع الأول: الحماية المدنية بمقتضى القواعد الخاصة لقوانين الملكية الفكرية

اهتمت التشريعات عامة بالحقوق الفكرية من خلال حرصها على سن حزمة قوانين متخصصة بتنظيمها وحمايتها، مثل قوانين حماية الملكية الأدبية والفنية كقانون حماية المؤلف والحقوق المجاورة، وقوانين حماية حقوق الملكية الصناعية كقانون حماية براءات الاختراع والنماذج الصناعية، وقوانين حماية الملكية التجارية كقانون العلامات التجارية .

وعلى الرغم من وجود مجموعة القوانين، أعلاه والمهتمة بحماية وتنظيم الحقوق الفكرية، إلا أنّها ظلت مقتصرة على الحقوق الفكرية في صورتها التقليدية الاعتيادية حتى وقت قريب، ونتيجة للتطور الهائل الذي حدث في مجال تقنيات الاتصال والمعلوماتية ودخول العالم عصر جديد هو عصر المعلوماتية والانترنت، ظهرت الحاجة الماسة لتنظيم هذا العالم الرقمي الجديد، وتأسيس غطاء قانوني من وسائل تقنية وقانونية كفيلة بتوفير الحماية المناسبة والملائمة للبيانات والمعلومات التي تطوف في الفضاء الرقمي. واستجابة لهذا المطلب سعى الفقه القانوني في مجال الملكية الفكرية وعلماء تكنولوجيا الحاسوب والانترنت إلى العمل لوضع

ضوابط فنية وتشريعات قانونية لحمايتها. ومن هنا برزت أهمية قوانين الملكية الفكرية عموماً والملكية الفكرية الرقمية خصوصاً⁽⁴³⁾.

وسنقتصر في دراستنا للحماية القانونية بموجب القواعد الخاصة لقوانين الملكية الفكرية، على قواعد الحقوق الأدبية والفنية (حق المؤلف). نظراً لاتجاه غالب الفقه إلى حماية المصنفات التقنية والمعلوماتية بموجب قواعد حق المؤلف، واستبعاد حمايتها بقواعد الملكية الصناعية (قانون براءة الاختراع)⁽⁴⁴⁾. لذا سنقوم ببيان الأحكام الموضوعية لقانون حق المؤلف أولاً ثم نقوم ببيان الجزاء المدني لها ثانياً وكما يلي :

المقصد الأول: حماية المصنفات الرقمية بمقتضى قواعد حماية حق المؤلف

يعدّ قانون حماية حق المؤلف الإطار القانوني لتنظيم وحماية حقوق الملكية الأدبية والفنية، إذ يتضمن هذا القانون على قواعد موضوعية تبين النطاق الموضوعي والشخصي للحماية، وقواعد إجرائية تبين آلية التقاضي والإيداع والإجراءات التحفظية، بيد أن هذا القانون مخصص لحماية وتنظيم الحقوق الأدبية والفنية لصورتها التقليدية في البيئة الاعتيادية، مما يدعو إلى التساؤل عن مدى فعالية وملاءمة هذه القواعد لحماية وتنظيم المصنفات الفكرية في محيط البيئة الرقمية، فلا صعوبة في تطبيق قواعد الملكية الأدبية والفنية على المصنفات في حالة عرضها بالوسائل التقليدية. ولكن الصعوبة تثور عندما يتم تداولها في بيئة رقمية عالمية يستطيع الجميع الدخول إليها في أي وقت، ومن أي مكان بشرط توافر مستلزمات الاتصال بالإنترنت (بوابة البيئة الرقمية)، ولعل السبب وراء تلك الصعوبة يرجع إلى سهولة الدخول إلى البيئة الرقمية، وصلاحيّة الأشخاص المطلقة في إنشاء مواقع و صفحات لهم في فضاء الانترنت وسهولة استخدام الشبكة والاستفادة منها في البث والنشر والتحميل دون مراعاة للحقوق الأدبية والفنية، وضعف وسائل الحماية والأمن الإلكتروني⁽⁴⁵⁾. بالمقابل تنوعت المصنفات الرقمية وتعددت وازداد انتشارها بشكل كبير وسريع، مما حتم على الفقه أن يسعى جدياً إلى حمايتها فظهر نتيجة لذلك اتجاهان :

اتجاه أول يدعو إلى إسباغ الحماية على المصنفات الرقمية الأدبية والفنية بالنصوص التقليدية، استناداً إلى عمومية النصوص الواردة في المصنفات التقليدية ولا حاجة إلى تعديلها أو تشريع قوانين متخصصة بالمصنفات الفكرية الرقمية⁽⁴⁶⁾.

أما الاتجاه الثاني فيقوم على تعديل النصوص التقليدية لقوانين الملكية الفكرية الأدبية والفنية، لجعلها ملائمة لتنظيم وحماية للمصنفات الرقمية صراحة وباختلاف صورها⁽⁴⁷⁾. والحقيقية أنّ الدول بشكل عام أمام خيارين بشأن ظاهرة المصنفات الرقمية المتداولة عبر البيئة الرقمية ، فهي إما أن تكتفي بالقوانين التقليدية وتجتهد في تطويع نصوصها لاستيعاب الجديد من هذه المصنفات، أو أن تتمتع بجرأة تشريعية وتدخل تعديلات إلى

النصوص التقليدية أو تشريع قوانين خاصة تتلاءم مع طبيعة هذه المصنفات وخصوصية البيئة الرقمية التي تنتقل خلالها⁽⁴⁸⁾، ولعل هذا هو الأرجح لاسيما أنّ النصوص التقليدية قد شرعت لحماية مصنفات تختلف بطبيعتها وطريقة التعبير عنها عن المصنفات الفكرية الرقمية، لذا فإنّ الاتجاه الثاني يبدو أكثر فاعلية في توفير الحماية المناسبة للمصنفات الرقمية وأكثر ملاءمة لطبيعة طرق التعبير عنها، وهذا تماماً ما أخذ به المشرع الفرنسي في تقنين الملكية الفكرية رقم 361 لسنة 1994، وتبعه المشرع المصري إذ قام بضم جميع قوانين الملكية الفكرية (قانون حماية حق المؤلف، قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعي، وقانون العلامات التجارية) في قانون موحد يسمى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002⁽⁴⁹⁾.

أما المشرع العراقي فلم يتناول المصنفات الرقمية قبل تاريخ 2004، عندما قامت سلطة الائتلاف المؤقتة بإجراء حزمة من التعديلات على المنظومة القانونية المتعلقة بهذا الموضوع وكان من بين تلك التعديلات، قرار رقم 83 لتعديل قانون حق المؤلف، وقرار رقم 81 لتعديل قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية⁽⁵⁰⁾. وإنّ المتبع لتلك التعديلات لا يجد صعوبة في ملاحظة أنّ البعض منها كتب على عجل، ويحتاج نوعاً ما إلى الدقة في الصياغة، وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يعتمد إلى إصدار قانون موحد للملكية الفكرية يأخذ بنظر الاعتبار التطور الحاصل في مجال تقنيات الاتصال والمعلومات، والذي انعكس بشكل كبير على الملكية الفكرية بظهور مصنفات رقمية متنوعة، تحتاج إلى التنظيم والحماية في إطار شبكة الانترنت الدولية، لاسيما أنّ تشريع قانون للملكية الفكرية هو أحد أهم متطلبات النمو الاقتصادي وانتعاش الحركة الاستثمارية، التي تحتاج إلى توفير مناخ استثماري مناسب لتطمين رؤوس الأموال وجذبها للاستثمار داخل العراق .

وتجد حقوق الملكية الفكرية الأدبية والفنية في البيئة الرقمية سند حمايتها القانوني في نص المادة 138 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 نصت على : " المصنف كل عمل مبتكر أدبي أو فني أو علمي أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه "⁽⁵¹⁾.

وفي الاتجاه ذاته ذهب المشرع العراقي في المادة الأولى الفقرة رقم (1) من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدل والتي تنص على : " يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات الأصلية في الأدب والفنون والعلوم أياً كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها والغرض من تصنيفها "⁽⁵²⁾.

ويتضح من هذه النصوص نطاق الحماية المقررة في قانون حماية حق المؤلف، وشمول المصنفات الفكرية المتداولة في البيئة الرقمية بهذه الحماية، بغض النظر عن طريقة التعبير عن تلك المصنفات أو قيمة المصنف وأهميته أو الهدف منه، طالما أنّ المصنف قد غادر كيان التجريد وارتدى لباساً مادياً أظهره لحيز الوجود إذ لا حماية قانونية لمجرد الأفكار⁽⁵³⁾. ويشير مضمون المواد القانونية السابقة كذلك إلى أمرين:

الأول أنّ المشرع يوفر الحماية لجميع المصنفات بغض النظر عن طريقة التعبير عنها، ولا تأثير لطريقة التعبير على درجة الحماية بعد خروج المصنف إلى حيز الوجود. كما أنّ عبارة (أيّاً كانت طريقة التعبير عنه) تتضمن وعموميتها المصنفات الرقمية ويشملها بالحماية⁽⁵⁴⁾. والأمر الثاني أنّ أساس الحماية بمقتضى القواعد الخاصة لقانون حق المؤلف نجده قائماً على توافر الابتكار في المصنف، فعلى الرغم من أنّ المشرع في القانون المقارن (الفرنسي والمصري والعراقي) قد وسع من نطاق الحماية وفسح مجالاً واسعاً أمام ما قد يفرزه التطور من مصنفات رقمية جديدة، إلا أنه في ذات الوقت قيد الحماية بشرط توافر الابتكار في المصنف⁽⁵⁵⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، أنّ فكرة الابتكار تتركز حول قدرة صاحب الحق الفكري على إخراج أفكاره الشخصية من حيز التجريد إلى حيز التحديد، بما يُمكن الغير من إدراكها والشعور بها، فهو ترجمة للجهد الفكري متسمة بالطابع الشخصي يظهر أثرها في مصنف ما⁽⁵⁶⁾. والابتكار بهذا المفهوم ليس بدرجة واحدة فلكل شخص أسلوبه المميز وطريقته الخاصة في ترجمة أفكاره بصورة عملية إلى مصنفات. فهناك ابتكار مطلق متى ما كان التعبير مستنداً إلى الأصالة. وابتكار نسبي متى ما بذل صاحبه جهداً فكرياً يتسم بالطابع الشخصي⁽⁵⁷⁾.

بناءً على ما تقدم يمكن القول بأنّ المصنفات الرقمية المدرجة تحت قسم الحقوق الأدبية والفنية، تحتاج إلى توافر قدر من الإبتكارية لاستحقاق الحماية بقانون حق المؤلف، إذ يجب أن تتمتع المصنفات المتواجدة في محيط البيئة الرقمية بالأصالة في التعبير أو ببذل مجهود شخصي يتسم بالبصمة الفكرية لمؤلفه على أقل تقدير. وعليه فكل مصنف رقمي مكتوب أو مسموع أو مرئي أو سمعي بصري أو برنامج وكل ما هو من قبيل ذلك، ويحمل قدراً من الابتكار وتظهر فيه شخصية مؤلفه، فإنه يستحق الحماية المقررة بقانون حق المؤلف⁽⁵⁸⁾.

بيد أنّ الأمور لا تبدو بهذه السهولة في الفضاء الرقمي، إذ ثمة عقبات تحول دون تطبيق الحماية القانونية المقررة طبقاً لأحكام قانون حق المؤلف، الشكل الذي يكفل الحماية الناجعة للحقوق الفكرية في محيط البيئة الرقمية، نظراً لاختلاف الوسط الذي يتم تداول المصنفات عبره، وطبيعة البيئة الرقمية وخصوصية أحكامها وكيفية استخدامها، إذا أنّها تسمح لكل مستخدم بتلقي ما يشاء من بيانات ومعلومات وإمكانية استعمالها وفقاً لما يراه متجاهلاً حقوق

أصحابها. ومن أهم تلك الصعوبات التي تواجه حماية الحقوق الفكرية الرقمية طبقاً لأحكام قانون حماية حق المؤلف ما يلي :

1- تداول المصنفات عبر شبكة الانترنت يتيح الاستغلال غير المشروع لها، بسبب طبيعة البيئة الرقمية التي تسمح بذلك، خلافاً لأحكام قانون حماية حق المؤلف التي تجعل من مؤلفها مالكاً مستأثراً بجميع الحقوق مالم يتنازل عنها صراحة وبشكل مكتوب، وللمؤلف وحده أو خلفه من بعده منع استغلال مصنفه بأي وجه من الوجوه ونجاحه، عن طريق النسخ أو البث الإذاعي أو إعادة البث أو الأداء العلني أو الترجمة أو التحوير أو التأجير أو الإعارة أو الإتاحة للجمهور، عبر أجهزة الحاسب الآلي ومن خلال شبكة الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصال وغيرها من الوسائل⁽⁵⁹⁾.

وتعدّ اتفاقية الويبو لحماية حقوق التأليف WCT 1996 الأساس القانوني للتعامل مع المصنفات الفكرية المتداولة عبر شبكة الانترنت، ومن أهم ما يميز هذه الاتفاقية أنّها جعلت من تخزين الأعمال على وسط الكتروني مقابلاً لمفهوم النسخ في الأعمال الأدبية والفنية⁽⁶⁰⁾، وقررت الاتفاقية أيضاً أنّ بث العمل على الانترنت، يجب أن يكون حصرياً ومحددًا بموافقة المؤلف أو صاحب الحق في المؤلف مع مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك⁽⁶¹⁾.

وحسناً فعل المشرع العراقي وكذلك المصري عندما استند إلى المادة التاسعة من معاهدة بيرن في ما يتعلق بالخرن الرقمي أو الالكتروني، وعده مقابلاً للنسخ الاعتيادي للمصنفات الأدبية، سواء كان التخزين دائماً أم مؤقتاً⁽⁶²⁾. بيد أنّ المشرع العراقي تميز عن نظيره المصري عندما فرق بين التخزين الرقمي والتخزين الالكتروني، وذلك عندما استخدم لفظي (الرقمي او الالكتروني)⁽⁶³⁾، أخذاً بالاتجاه الحديث في عالم البيئة الرقمية الذي يميز بين الحاسوب والانترنت، وما يتداول من مصنفات عبرهما وما يقع من اعتداءات في محيطهما وخاصة بعد توصيات مجموعة الثمانية G8⁽⁶⁴⁾، بتوسيع مصطلح جرائم الحاسوب باستخدام مصطلح جرائم التقنية العالية High Tech Crime. فضلاً عن ما جاءت به بنود اتفاقية الجريمة عبر العالم الافتراضي 2001، والتي ساقّت مجموعة من الأفعال غير المشروعة في محيط بيئة الانترنت، واعتبرتها اعتداءات معلوماتية (رقمية) تمييزاً لها عن الاعتداءات الالكترونية الواقعة في محيط جهاز الحاسب الآلي⁽⁶⁵⁾.

وفي إطار الحديث عن الاستعمال والاستغلال المشروع للمصنفات الرقمية، لا بد من التمييز بين ما يعدّ مشروعاً وما لا يعدّ كذلك من الانتفاع بالمصنفات من قبل الغير، وكيف يمكن اعتبار تخزين رقمي لمصنف أدبي معين خزاناً مشروعاً، ومتى نعدّه خزاناً رقمياً غير مشروع .

وفي معرض الإجابة عن هذا التساؤل، نجد أنّ الفقه قد اعتمد على معيار الأثر النهائي المترتب على الخزن الرقمي أو الالكتروني للمصنفات بغرض الاستخدام العام (النشر)، والنسخ والتخزين الرقمي أو الالكتروني لغرض الاستخدام الشخصي الخاص⁽⁶⁶⁾، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 171 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002، والمادة الثالثة عشر من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971م المعدل.

2- صعوبة تمتع المؤلف بكامل حقوقه المنصوص عليها في قانون حقوق المؤلف، والتي يمكن حصرها بأربعة حقوق : (حق الاحترام، حق الأبوة، حق النشر، حق الندم). ويلاحظ أنّ الاعتراف للمؤلف بتلك الحقوق لا يثير أية صعوبة في إطار البيئة التقليدية، وإنما الصعوبة تظهر عندما يتم تداول تلك المصنفات في محيط البيئة الرقمية؛ بسبب طبيعة المصنفات الرقمية من جهة وخصوصية البيئة الرقمية من جهة أخرى. إذ بمجرد إدخال المصنف للبيئة الرقمية يعدّ ذلك بمثابة تنازل عنه؛ لأنّ المؤلف بإقدامه على النشر الرقمي أو الالكتروني، فإنّه يضع في اعتباره أنّ مصنفه مُعرض للاستعمال والاستغلال من قبل الغير بحدود الاستعمال المشروع الذي أجازته القانون، لاسيما في ظل ضعف الوسائل الكفيلة بمنع الاستعمال غير المشروع الذي يمكن أن يرد على المصنف، وصعوبة تتبع أثر المتعدي إذا ما تم النشر عبر الفضاء الرقمي من قبل الغير وصعوبة سحب المصنف من التداول والرجوع عنه⁽⁶⁷⁾. وعلى الرغم من وجود هذه الصعوبات العملية في تطبيق حقوق المؤلف على المصنفات الفكرية المتداولة عبر البيئة الرقمية، إلا أنّ ذلك لا يحول دون أعمال تلك الحقوق إذ أنّها تبقى مكفولة حصرياً للمؤلف وحده دون غيره.

3- الاستفادة من الحماية بمقتضى قواعد الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف) بالنسبة للمصنفات المتداولة عبر البيئة الرقمية، هو (مؤلف المصنف) وهو الشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه، سواء أكان بذكر اسمه على المصنف أم بأي طريقة أخرى إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك، ويسري هذا الحكم على الاسم المستعار بشرط أن لا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف، بمعنى أنّ قانون حق المؤلف لا يعترف بصفة المؤلف إلا للشخص الطبيعي بحسب الأصل، واستثناءً أجاز للشخص المعنوي فقط في المصنف الجماعي⁽⁶⁸⁾. وعليه يمكن القول بأنّ المستخدم الذي قام بإدخال المصنف إلى شبكة الانترنت هو في الأصل المؤلف المتمتع بالحماية، ولا يمنع ذلك من الاعتراف لمورد الخدمة بصفة المؤلف المتمتع بالحماية بمقتضى قانون حماية حق المؤلف، قياساً على الاستثناء السابق الذي منح الشخص الاعتباري صفة المؤلف⁽⁶⁹⁾.

4- مدة الحماية بمقتضى قواعد الملكية الأدبية والفنية تستمر طيلة حياة المؤلف، فضلا عن 50 سنة بعد وفاته⁽⁷⁰⁾، ويبدو من الناحية العملية أنّ هذه المدة يصعب اعتمادها مع المصنفات الرقمية التقنية منها والمعلوماتية، نظراً لطبيعة وخصوصية البيئة الرقمية التي تمتاز بسهولة وسرعة في الحصول على المعلومات والتحكم بها، وسهولة وسرعة في التغيير بالمعلومات وإعادة بثها وسهولة التخزين الرقمي أو الإلكتروني (التحميل) للمصنفات، وإخراجها بصورة مشابهة للأصل وسهولة التلاعب في مضمون المصنفات وإعادة إنتاجها وبثها من جديد. ومن جهة أخرى فإنّ المعلومات دائمة التجدد وقابلة للتغيير باستمرار، إذ أنّ فائدة المصنفات الرقمية تكون محدودة جداً بعد مرور أسابيع معدودة من نشرها أو ربما أيام في بعض الأحيان، وتقنيات المعلومات ووسائل الاتصال في تطور دائم لتمكين أصحاب الشأن من الحصول على عائد مالي مجزٍ لاستثماراتها. وإنّ الواقع العملي يثبت أنّ اعتماد هذه المدة الطويلة، وإن كانت ذات فائدة للمصنفات التقليدية فإنّها لا تتناسب مع طبيعة المصنفات المتداولة في محيط البيئة لرقمية⁽⁷¹⁾.

المقصد الثاني: الجزء المدني

تطرقنا في الوسائل العلاجية إلى إمكانية اتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة قبل رفع الدعوى. بيد أنّ هذه الإجراءات مهددة بالإلغاء، إذا لم يبادر المدعي بإقامة دعوى المطالبة بالتعويض عن التعدي الواقع على مصنفه الفكري خلال ثمانية أيام من تاريخ صدور القرار باتخاذ الإجراء التحفظي، وعليه يتوجب على المؤلف المعتدى على حقوقه أن يبادر برفع الدعوى خلال المدة المقررة، وإلا زال كل أثر للإجراء التحفظي⁽⁷²⁾. والدعوى التي يرفعها المؤلف المعتدى على حقوقه هي دعوى مسؤولية مدنية يرفعها ضد من تسبب بالاعتداء، وهذه الدعوى إما تكون دعوى مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، وذلك تبعاً لعلاقة المؤلف بالمتسبب بالتعدي⁽⁷³⁾. فإذا وقع التعدي من شخص أجنبي لا تربطه أية رابطة عقدية بالمؤلف، فإنّ قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق، أما إذا كان الضرر الذي أصاب المؤلف ناتجا عن التزام عقدي يربطه بشخص المتسبب بالاعتداء، فإنّ قواعد المسؤولية العقدية هي التي تحكم الدعوى، وما على المؤلف إلا أن يثبت وجود عقد صحيح، فينتقل عبء الإثبات إلى المدعي الذي عليه نفي إخلاله بالتزامه إما بسبب قوة قاهرة أو بسبب أجنبي عنه⁽⁷⁴⁾. أما إذا كانت الدعوى مسؤولية تقصيرية، فإنّ عبء الإثبات يقع على المؤلف أو من خلفه، إذ عليه إثبات الفعل غير المشروع والضرر والعلاقة السببية بينهما⁽⁷⁵⁾. وإذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية أو العقدية فإنّ للمحكمة أن تقضي بتعويض مناسب للمؤلف المعتدى على حقوقه، مع الأخذ بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض المنزلة الثقافية للمؤلف والقيمة الأدبية والعلمية والفنية للمصنف،

ومدى الفائدة التي حصل عليها المعتدي من استغلال المصنف⁽⁷⁶⁾، والهدف من التعويض هو إزالة الضرر وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر .

ويتحقق ذلك إما من خلال التعويض العيني، وهو تنفيذ عين ما التزم به المدين متى ما كان التعويض العيني ممكناً⁽⁷⁷⁾، وهو بهذا المفهوم أفضل من التعويض بمقابل، لأنه يؤدي إلى إزالة الضرر بدلاً من بقاءه على حاله وإعطاء المتضرر مبلغاً من المال عوضاً عنه⁽⁷⁸⁾.

أو أن يتحقق التعويض بالتعويض بمقابل، إذ أن هناك أضرار تستعصي على التعويض العيني كالإساءة إلى سمعة المؤلف أو تشويه المصنف، فيكون التعويض بمقابل هو السبيل الأفضل لإزالة الضرر وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قدر المستطاع⁽⁷⁹⁾. وهذا ما أشارت إليه المادة 181 سابعاً من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 والمادة الخامسة والأربعون الفقرة رابعاً من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971 المعدل⁽⁸⁰⁾.

وبالنسبة للمحكمة المختصة بنظر دعوى التعويض عن الاعتداء على الحقوق الفكرية، فقد نص قانون حماية حق المؤلف على أن محكمة البداية هي صاحبة الاختصاص في نظر الدعوى. وبعد أن اتجه القضاء نحو التخصص، ظهرت محاكم متخصصة بنظر دعاوى الملكية الفكرية، فقد تأسست المحكمة الاقتصادية بمصر في 22 حزيران 2008، وهي صاحبة الاختصاص الأصيل بدعوى الملكية الفكرية، ويقابلها في العراق محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية⁽⁸¹⁾.

وأخيراً نخلص إلى القول بأن الحماية المدنية للمصنفات الفكرية المتداولة عبر البيئة الرقمية، يتم عن طريق القواعد الخاصة لقانون الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف)، متى ما توافر في صاحب المصنف صفة المؤلف وظهر المصنف بصورة مبتكرة. والدعوى التي يرفعها المؤلف المعتدى على حقوقه هي دعوى مسؤولية مدنية (عقدية أو تقصيرية) بحسب علاقة المؤلف بالمتسبب بالضرر، فإذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية أو العقدية فإن المحكمة تقرر للمعتدى على حقوقه تعويضاً مناسباً، وهذا التعويض إما أن يكون عيناً بالإتلاف أو المصادرة أو تعويض بمقابل. أما إذا خرج المصنف عن نطاق الحماية الشخصي أو الموضوعي فلا يمكن تطبيق قواعد حق المؤلف عليه، فعندئذٍ يظهر نوع آخر من الحماية المدنية متمثلاً بالحماية طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني، وهذا ما سنأتي على بيانه في المقصد القادم.

الفرع الثاني: الحماية المدنية بمقتضى القواعد العامة

تحقق قواعد الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف) توازناً منطقياً بين الاحتياجات المتعارضة والمتمثلة بحاجة المجتمع للمعلومات والعلوم والمعارف من جهة، وحماية حقوق المبدعين من جهة أخرى، لذا وفر القانون وسائل متعددة لحماية حقوق المؤلف الأدبية والمالية

من الاعتداء عليها، إلا أنه لا يستطيع تطبيقها إلا بعد أن يكتسب صاحب الحق الفكري الأدبي أو الفني صفة المؤلف، ويكتسب إنتاجه الفكري صفة المصنف⁽⁸²⁾.

بيد أن ثمة صعوبات تحول دون تطبيق إحدى هاتين الصفتين أو كليهما، عند طرح المصنف للتداول في نطاق البيئة الرقمية، فيتعذر مع تلك الصعوبات أعمال قواعد الملكية الأدبية أو الفنية (حق المؤلف) كقواعد خاصة لحمايتها، فيتم اللجوء عندئذٍ إلى الحماية المدنية بالقواعد العامة المتمثلة بالقانون المدني، إذ يمكن حماية المصنفات الرقمية بتطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، فيجوز لكل من لحقه ضرر نتيجة نسخ أو تقليد أو انتهاك خصوصية أو أي تعدي آخر على حق فكري يتعذر على صاحبه حمايته بالقواعد الخاصة لقوانين الملكية الفكرية، أن يرفع دعوى المنافسة غير المشرعة، يطالب بتعويض من خلالها بتعويض ما أصابه من ضرر ضد كل من تسبب في إحداثه، متى ما توافرت شروط تلك الدعوى من خطأ وضرر ورابطة سببية تجمع بينهما⁽⁸³⁾. ويشتمل التعويض عن الأضرار المادية والأدبية المباشرة بشرط أن تكون نتيجة طبيعية لذات العمل غير المشروع⁽⁸⁴⁾. ودعوى المنافسة غير المشروعة واسعة النطاق، إذ يمكن تطبيقها على كل واقعة يحدث فيها ضرر نتيجة فعل ضار متى ما توافرت الأركان الثلاثة سالفة الذكر.

أولاً/دعوى المنافسة غير المشروعة: تعدّ المنافسة⁽⁸⁵⁾ نزعة فطرية لدى البشر، تدفعهم نحو التفوق في مجالات الأعمال والأنشطة المختلفة أيّاً كانت طبيعتها، وتؤدي المنافسة القائمة على وسائل تنافسية مشروعة إلى تطور المجتمعات وازدهارها، بعدها حقاً يحميه القانون⁽⁸⁶⁾.

فالمنافسة الشريفة بين التجار تعدّ عملاً مشروعاً وأن ترتب عليها تحول زبائن محل أو منتج تجاري معين وانجذابهم نحو محل أو منتج تجاري آخر، طالما أنّها تتم باستخدام وسائل مشروعة⁽⁸⁷⁾. وإذا كان الأصل حرية المنافسة المشروعة، المستندة إلى قواعد الشرف والأمانة والقوانين والأعراف والعادات التجارية المرعية، فإنّ انتهاج أي وسيلة تخرج عن إطار تلك القواعد يؤدي إلى تحقق المنافسة غير المشروعة، والتي توجب توافر وسيلة حماية للمتضرر منها، وهي دعوى المنافسة غير المشروعة⁽⁸⁸⁾.

وبالنسبة للتعريف القانوني للمنافسة غير المشروعة، فنلاحظ أنّ التشريعات المقارنة قد تجنبت إيراد نص صريح يعرّف المنافسة غير المشروعة بشكل محدد، دون أن تهمل تنظيمها، وهو أمر يحسب لها إذ أنّ إعطاء تعريف محدد لهذا المفهوم سوف يقضي على مرونة النص، ويجعله أكثر جموداً ولا يستطيع مواكبة مستجدات التطور العلمي والتقني والانسجام معها⁽⁸⁹⁾. وبهذا الاتجاه سار المشرع العراقي إذ تجنب النص على تعريفها في قانون التجارة الحالي رقم 30 لسنة 1984، بخلاف قوانين التجارة السابقة، دون أن يهمل تنظيمها، إذ ترك ذلك

للقواعد الخاصة كقانون حماية براءات الاختراع والنماذج الصناعية وقانون حماية العلامة التجارية، وإلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية استناداً إلى المادة 204 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951⁽⁹⁰⁾.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي للمنافسة غير المشروعة، فقد اختلفت آراء الفقه في تحديد المفهوم الفقهي لها فهناك من ذهب إلى تعريفها بأنها: " اتجاه التاجر إلى وسائل غير شريفة تتنافى مع الأمانة والنزاهة والعادات المرعية في التجارة أو الصناعة بغية اكتساب العملاء وتحقيق أكبر ربح ممكن"⁽⁹¹⁾، بيد أن هذا التعريف اعتمد معياراً غير دقيق ويصعب تحديده، ذلك أن العادات التجارية فكرة نسبية تختلف من مكان لمكان ومن زمان لآخر، فظهر رأي آخر من الفقه اعتمد على توافر قصد التعدي والإضرار بالمنافسين، فذهب إلى تعريفها بأنها: (استخدام طرق ووسائل منافية للقانون والعادات المحمية التجارية في التجارة والصناعة أو مخالفة الشرف والأمانة والاستقامة التجارية تجاه تاجر آخر للإضرار به)⁽⁹²⁾. وتعرض هذا الرأي للانتقاد أيضاً من قبل بعض من الفقه، إذ يرى أن وجود فعل التعدي كافي لقيام المنافسة غير المشروعة وإن لم يكن مقصوداً، أو ناتجاً عن إهمال وعدم أخذ الحيطة، طالما أن السلوك التنافسي قد أدى إلى الإضرار بالغير⁽⁹³⁾.

ويرى جانب فقهي آخر أن مجرد وجود هدف تحقيق مكاسب مادية على حساب المنافسين وباعتماد وسائل منافية للقانون يعدّ منافسة غير مشروعة، لذا يذهب هذا الجانب من الفقه إلى تعريفها بأنها: " كل عمل في مجال التجارة أو الصناعة أو المال أو الخدمات أو غيرها من المجالات من شأنه إلحاق ضرر بالمنافسين أو تحقيق مكاسب على حسابهم باتباع وسائل يمنعها القانون"⁽⁹⁴⁾. وعلى الرغم من تباين الآراء الفقهية السابقة بشأن تعريف المنافسة غير المشروعة، فإنه من الملاحظ أنّها جميعاً تتفق على أن جوهر المنافسة غير المشروعة، يتمثل باتباع وسيلة أو أسلوب غير مشروع في المنافسة لمخالفته القانون أو الأعراف والعادات التجارية السائدة⁽⁹⁵⁾.

وتعدّ دعوى المنافسة غير المشروعة إحدى تطبيقات المسؤولية التقصيرية، وتتميز عنها بتعدد الجزاءات المترتبة عليها وتنوعها، لذا فهي تجمع بين الوظيفتين الوقائية والعلاجية كوسيلة حماية مدنية احتياطية عند تعذر أعمال قواعد الحماية الخاصة للملكية الفكرية الرقمية، ذلك أن دعوى المسؤولية التقصيرية تهدف إلى تعويض الضرر فحسب، في حين أن دعوى المنافسة غير المشروعة قد تتجاوز تعويض الضرر إلى اتخاذ المحكمة لإجراءات وقائية تمنع وقوع الضرر مستقبلاً⁽⁹⁶⁾. فضلاً عن ذلك فإنّ التعويض في المسؤولية التقصيرية يتم تقديره بمقدار الضرر الحاصل، أما في المسؤولية عن المنافسة غير المشروعة، ونتيجة لصعوبة تقدير قيمة الضرر، فإنّ المحكمة قد تحكم بالتعويض بصورة جزافية دون الاستناد إلى مقدار

الضرر المتحقق بالفعل، إذ أنّ إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة لا يشترط فيها أن يكون الضرر محققاً، سواء أوقع بالفعل أم سيقع حتماً بل يكفي أن يكون الضرر محتمل الوقوع⁽⁹⁷⁾. وأخيراً يمكن القول أنّ دعوى المنافسة غير المشروعة بعدها إحدى تطبيقات المسؤولية التقصيرية، تعدُّ من أفضل الوسائل لحماية المصنفات الرقمية المتداولة عبر شبكة الانترنت، على اعتبار أنّها تغطي جميع الاعتداءات التي يمكن أن تطال المصنفات الرقمية، فمتى ما توافر عنصر الخطأ قامت المسؤولية التقصيرية، فضلاً عن قدرتها على مواكبة التطورات التقنية الحديثة ومستجدات النشاط الاقتصادي عامة⁽⁹⁸⁾. كما أنّ دعوى المنافسة غير المشروعة تجمع بين الوظيفة الوقائية والعلاجية، وتأخذ طابع الزجر والردع⁽⁹⁹⁾. وتجدر الإشارة أخيراً إلى أنّ قيام المسؤولية التقصيرية، لا يمنع المتضرر من المطالبة بحقه وفقاً للمسؤولية الجنائية⁽¹⁰⁰⁾.

ثانياً/دعوى المنافسة الطفيلية: إنّ المنافسة الطفيلية فكرة قانونية حديثة وليدة الفقه والقضاء الفرنسي⁽¹⁰¹⁾. إذ لا يوجد في القوانين التي نظمت مفهوم المنافسة ما يشير إلى المنافسة الطفيلية، ظهرت فكرة المنافسة الطفيلية لتقرير مسؤولية من يستفيد بدون وجه حق من نشاط وجهود الغير الذي حقق نجاحاً متميزاً في مجال ما، بهدف إيهام الأفراد على تصور غير الحقيقة بغية تحقيق منفعة دون وجه حق⁽¹⁰²⁾. ومن هنا جاءت تسميتها بالمنافسة الطفيلية لأنها تشبه الاستفادة من جهد الغير دون وجه حق بالطفيلي⁽¹⁰³⁾. فهي تستند إلى التمرکز في مكان الغير والاعتماد على جهده ونشاطه⁽¹⁰⁴⁾.

ولا يقتصر نطاق الحماية الذي توفره فكرة المنافسة الطفيلية على الحقوق الصناعية والتجارية فحسب⁽¹⁰⁵⁾، بل يمكن إعمالها أيضاً لحماية الحقوق الأدبية والفنية، إذ أنّها تمثل حماية احتياطية للحقوق الفكرية التي لم تتوافر فيها شروط الحماية المقررة في قوانين حماية الملكية الفكرية، كما أنّ البعض يرى إمكان دعوى المنافسة الطفيلية حتى مع تمتع الحقوق الفكرية بالحماية القانونية المقررة بالقواعد الخاصة⁽¹⁰⁶⁾. وتشتمل الطفيلية على كل تصرف يتم بموجبه الاستفادة بشكل غير مشروع من جهود الغير، دون أن يتحمل المستفيد منها أي نفقات أو من دون بذل أدنى جهد، ويحقق الطفيلي من خلال اعتدائه على نشاط وجهود الغير على كسب غير مشروع، ويتحصن في ذات الوقت من إمكانية مطالبته طبقاً لدعوى المنافسة غير المشروعة لتعذر توافر شروطها، بسبب اختلاف النشاط التجاري الممارس من قبل الطفيلي (المستفيد) والمتطفل عليه (المتضرر)⁽¹⁰⁷⁾، ومن هنا بادر الفقه والقضاء الفرنسي إلى ابتداء فكرة المنافسة الطفيلية، مستنداً إلى التشابه بين المنافسة الطفيلية والكائن الطفيلي⁽¹⁰⁸⁾. وهذا ما أكدته محكمة باريس بتاريخ 18-12-1962 في قضية (Pontiac) وهي ماركة تجارية مشهورة مسجلة باسم شركة تصنيع سيارات أمريكية، عندما أقدم مصنع

آخر لبيع البطاريات على بيع منتجاته باسم Pontiac مستفيداً من شهرة هذه الماركة التجارية المشهورة، ومستغلاً عدم التماثل في النشاط التجاري الممارس من قبل المصنعين للتهرب من المسائلة القانونية طبقاً للمسؤولية التقصيرية بدعوى المنافسة غير المشروعة، ولكن المحكمة على الرغم من ذلك فإنها عدت هذا الفعل منافسة طفيلية؛ لأنّ فيه تطفل على جهود الآخرين⁽¹⁰⁹⁾. وتوالت الأحكام القضائية الصادرة بهذا الشأن بعد ذلك، ثم انتقل مفهوم المنافسة الطفيلية وعلى المستويين الفقهي والقضائي إلى الدول المتأثرة بالنظام القانوني الفرنسي، فكانت محكمة استئناف بيروت أول محكمة عربية أصدرت قراراً يشير إلى المنافسة الطفيلية وذلك في 3-5-1993⁽¹¹⁰⁾.

وعلى الرغم من التقارب بين المنافسة غير المشروعة والمنافسة الطفيلية، حتى أنّ بعض شرّاح القانون⁽¹¹¹⁾ عدّوها صورة موسعة عن المنافسة غير المشروعة أو تطبيق حديث من تطبيقاتها، إلا أنّ المنافسة الطفيلية تختلف عن المنافسة غير المشروعة في أنّ المنافس الطفيلي يستفيد من جهود منافسه في نشاط يختلف عن نشاطه، أما المنافسة غير المشروعة ففيها تماثل أو تشابه في النشاط التنافسي الممارس من قبلهما، فتكون هناك علاقة تنافسية تربط بينهما ضمن نشاط متماثل⁽¹¹²⁾. ودعوى المنافسة الطفيلية لا توجد لها نصوص قانونية تنظمها، فهي فكرة قانونية حديثة كما سبق بيانه وعليه فإنها تجد أساسها القانوني في قواعد المسؤولية التقصيرية، التي تقرر إلزام محدث الضرر بالتعويض، متى ما ثبت صدور خطأ منه أدى إلى ضرر وكانت هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فهي دعوى مدنية تستند إلى قواعد المسؤولية التقصيرية تماماً كما هو الحال مع المنافسة غير المشروعة و، ربما هذا هو السبب الذي أدى إلى عدّ المنافسة الطفيلية تطور عن المنافسة غير المشروعة.

خاتمة

فيما يأتي أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث:

أولاً: النتائج

1- تقف الدول بشكل عام أمام خيارين بشأن ظاهرة المصنفات الرقمية المتداولة عبر البيئة الرقمية، فهي إما أن تكتفي بالقوانين التقليدية وتجتهد في تطويع نصوصها لاستيعاب الجديد من هذه المصنفات، أو أن تتمتع بجرأة تشريعية وتدخل تعديلات إلى النصوص التقليدية، أو تشرع قوانين خاصة تتلاءم مع طبيعة هذه المصنفات وخصوصية البيئة الرقمية التي تنتقل خلالها، ولعل هذا هو الأرجح لاسيما أنّ النصوص التقليدية قد شرّعت لحماية مصنفات تختلف بطبيعتها وطريقة التعبير عنها عن المصنفات الفكرية الرقمية.

2- تداول المصنفات عبر شبكة الانترنت يتيح الاستغلال غير المشروع لها، بسبب طبيعة البيئة الرقمية التي تسمح بذلك، وفي مقابل تلك الاعتداءات هناك نوعان من الوسائل القانونية

وتقنية، واتضح عملياً أنّ الوسائل الوقائية السابقة للاعتداء وهي في الغالب تقنية و تهدف إلى منع حدوثه، أكثر فاعلية وأهمية بالنسبة للمستفيد من الوسائل العلاجية (القانونية)، فالمستخدم يبحث عن الوسيلة التي توفر أمن وموثوقية الاتصالات والمعلوماتية أكثر من الوسيلة القانونية التي تضمن تعويض الأضرار في حال ما إذا وقع الاعتداء .

3- الحماية المدنية للمصنفات الفكرية المتداولة عبر البيئة الرقمية تتم عن طريق القواعد الخاصة لقانون الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف)، متى ما توافر في صاحب المصنف صفة المؤلف وظهر المصنف بصورة مبتكرة. أما إذا خرج المصنف عن نطاق الحماية الشخصي أو الموضوعي فلا يمكن تطبيق قواعد حق المؤلف عليه، فعندئذٍ يظهر نوع آخر من الحماية المدنية متمثلاً بالحماية طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

4- الإيداع كإجراء وقائي يتضمن الالتزام بتسليم نسخة أو أكثر من نسخ المصنف إلى جهة مختصة بالإيداع قانوناً، يتلاءم مع المصنفات التقليدية المتداولة عبر الطباعة والنشر والتوزيع، أما بالنسبة للمصنفات الالكترونية المتداولة عبر البيئة الرقمية، فيتعذر معها إعمال نظام الإيداع في ظل عالم افتراضي تفاعلي تسبح فيه البيانات والمعلومات بسرعة تخترق حاجز المكان وتختصر وحدات الزمان، فالإيداع قرينة لإثبات الحق وليس شرطاً للتمتع بالحقوق الأدبية القابلة للإثبات بجميع طرق الإثبات القانونية .

5- أخذ التسجيل الإجباري كشرط لحماية المصنفات بالانحسار تدريجياً مقارنة مع التسجيل الاختياري، وتم اعتماد التأشير بديلاً عملياً عن التسجيل وكإجراء وقائي يهدف إلى المحافظة على حقوق المؤلف. وتعدّ رخص المشاع الإبداعي هي نظام التأشير الحديث الأكثر ملاءمة مع طبيعة المصنفات الرقمية، بعدها المنطقة الوسطى بين حقوق النسخ الكاملة (جميع الحقوق محفوظة) والملكية العامة (بعض الحقوق محفوظة).

ثانياً : المقترحات

- 1- تشريع قانون موحد ومتخصص بالحقوق الفكرية التقليدية والرقمية .
- 2- إقامة مؤتمرات وعقد ندوات تهدف إلى توفير مناخ ملائم لحماية الحقوق الفكرية، وتفعيل قوانينها ونشر ثقافتها والحث على إدخالها في المنهج الدراسي لكليات القانون، ورفع الوعي بأهميتها وأثرها في تنمية وتطوير البلدان .

الهوامش:

(1) أشار إلى ذلك قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم 579 – 92 لسنة 1992، وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 وقانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971 . وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية ينظر اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية (وثيقة باريس) واتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المنقحة سنة 1979، واتفاقية التريس لسنة 1994

(2) ينظر : نص المادة السادسة والأربعون، الفقرة 3 من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971 .

- (3) نايت عمر علي، الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 12 .
- (4) ينظر : نص المادة الخامسة من اتفاقية بيرن 1886 لحماية الحقوق الأدبية والفنية . كذلك ينظر نص المادة السادسة من قانون الإيداع العراقي رقم 37 لسنة 1970 النافذ .
- (5) ينظر : نص المادة الثامنة والأربعون من قانون حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 .
- (6) د . نواف كنعان، حق المؤلف (النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته)، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 36 .
- (7) ديالا عيسى ونسه، حماية حقوق التأليف على شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، صادر ناشرون، بيروت، 2002، ص 128 .
- (8) ينظر : نص المادة الثانية فقرة 1، 2 من قانون الإيداع العراقي رقم 37 لسنة 1970 المعدلة بموجب قانون 48 لسنة 1985 المنشور بالوقائع العراقية بالعدد 3052 في 7 / 1 / 1985 . كذلك ينظر : نص المادة 184 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002، الكتاب الثاني، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة له .
- (9) د . نواف كنعان، مرجع سابق، ص 437 .
- (10) من أمثلة القوانين التي نصت على اعتبار التسجيل شرطاً لتمتع المصنفات بالحماية القانونية، قانون حماية حق المؤلف السوداني لعام 1996 إذ نصت المادة 14 منه على : " لا يتمتع أي مؤلف بحماية حقوق المؤلف المقررة في القانون إلا إذا قام بتسجيل مصنفه وفقاً لأحكام هذا القانون " .
- (11) ينظر : المواد (22 – 25) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة السوداني لسنة 1996 .
- (12) ينظر : نص المادة (5) من اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية وكذلك ينظر نص المادة (3) من الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، كذلك ينظر المادة الرابعة من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف والمادة (11) من اتفاقية روما لحماية فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة والمادة (20) من معاهدة الويبو بشأن التسجيل الصوتي .
- (13) د . نواف كنعان، مرجع سابق، ص 440 .
- (14) وهي مجموعة من الاتفاقيات النموذجية تستخدم لمنح الجمهور العام الحق في استخدام أعمال محمية بحقوق المؤلف . ويرمز بالحرفين cc وهما أول حرفين من مصطلح المشاع الإبداعي creative common . والمشاع الإبداعي ترخيص غير حصري أوجدته منظمة المشاع الإبداعي سنة 2001 وهي منظمة غير ربحية أوجدت تراخيص بسيطة سهلة الفهم تسمح للمبدعين بتبادل ونشر أعمالهم بسهولة كما تسمح للجميع الوصول إلى أعمال المبدعين دون استحصال إذن مسبق، في محاولة عملية لخلق توازن بين حماية حق المؤلف من جهة وحماية حق تداول المعرفة من جهة أخرى . بمعنى أنها لا تمنع النسخ غير المشروع وإنما (تنظم) النسخ وتبادل المتداولة عبر البيئة الرقمية ، ويندر وجود دراسة تناولت هذه الرخص على المستوى العربي .
- (15) Catharina marcke , creative commons international (the international) license porting project – origins , experiences , challenges) , jpitec , berlin , 2010 , p . 5 .
- (16) سيموني اليراندي، دليل استخدام المشاع الإبداعي، ترجمة هبة فريد، 2014م، ص 13 – 15 . متاح على موقع كتب عربية حرة على الرابط : www.liberbooks.org .
- (17) مداخلة بعنوان (تراخيص المشاع الإبداعي)، متاحة على البريد الالكتروني : www.jonastana.ipq .
- (18) Catharina Marcke , Creative Commons International – The International License Porting Project Origins , Experiences , and challengers , Berlin , 2010 , p . 13 available at : <http://creativecommons.org/license> .
- تاريخ زيارة الموقع : 2015-5-13 .
- (19) Electronic Location Of Creative Commons available at : <https://creativecommons.org/license/?lang=ar> .
- تاريخ زيارة الموقع : 2015-5-5 .

- (20) د. عمر مشهور حديثة حجازي، الحماية المدنية لحق المؤلف، بحث منشور على الموقع الإلكتروني للمركز الأردني لتسوية النزاعات، متوفر على الرابط: www.jcdr.com، ص 2.
- (21) ديالا عيسى ونسه، مرجع سابق، ص ص 135 – 136.
- (22) د. غازي أبو عرابي، الحماية المدنية للمصنفات الفنية في القانون الأردني والمقارن، مجلة التشريع والقانون، العدد الثالث والعشرون، حزيران 2005 ص 296.
- (23) د. أسامة أحمد المليجي، الحماية الإجرائية في مجال حق المؤلف، دراسة مقارنة، 1996م، ص 40.
- (24) ينظر: نص المادة 179 من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 والمادة 38 من قانون حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971.
- (25) عبد الحميد المنشاوي، حماية الملكية الفكرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002م، ص ص 110 – 111.
- (26) د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ط 3، 2011م، ص ص 309 – 312.
- (27) ينظر: نص المادة السادسة والأربعون من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971 المعدل بقرار سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 83 لسنة 2004 المنشور بالوقائع العراقية بالعدد 3984 في 2004.
- (28) خاطر لطفي، قانون حماية حق المؤلف والرقابة على المصنفات، ط 1، 1988م، ص 105.
- (29) استخدم المشرع العراقي "مطالبة المعتدي" في نص المادة السادسة والأربعون من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدل، وهي لفظة تدل على معنى الطلب المحتمل للقبول أو الرفض، وكان الأولى به استخدام لفظ يدل على الإلزام مثل "الأمر بوقف الاعتداء" أو "منع المعتدي".
- (30) د. نزيه محمد الصادق المهدي، آلية حماية حقوق الملكية الفكرية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، ص ص 825-826. بحث متاح على الرابط الإلكتروني: www.slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/2004/dnazehalmahdy.pdf
- (31) أشار إلى ذلك: نص المادة 2-335-L من قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم 361 لسنة 2002.
- (32) أشار إلى ذلك نص المادة 179 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002.
- (33) نص المادة 16 من اتفاقية بيرن لحماية الحقوق الأدبية والفنية على: "تكون جميع النسخ غير المشروعة لمصنف محلاً للمصادرة....". للمزيد ينظر: وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 80.
- (34) أشار إلى ذلك: ديالا عيسى ونسه، مرجع سابق، ص 138.
- (35) المصادرة لغة: تعني المطالبة، فيقال صادر فلان على كذا أي طالبه به، وهي تقضي الحرمان، ينظر: ابن منظور لسان العرب، ج 5، مرجع سابق، ص 116. أما على المستوى الفقهي فنجد تباين في تعريف المصادرة بين من ذهب إلى تعريفها بأنها (نزع ملكية المال جبراً على مالكه وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل). ينظر: السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط 3، دار المعارف، القاهرة، 1957، ص 667. بينما نجد رأي فقهي آخر يذهب إلى تعريف المصادرة بأنها: (حرمان المحكوم عليه من كل أو بعض أمواله جبراً لغرض يختلف بحسب الأحوال). ينظر: علي فاضل حسن، نظرية المصادرة في القانون الجنائي المقارن، عالم الكتب، القاهرة، ص 68.
- (36) الأصل في القانون أن المصادرة هي احد العقوبات التكميلية أو التدابير الاحترازية التي نص عليها قانون العقوبات العراقي رقم 11 لسنة 1969، وهذا خلط واضح بين قواعد القانون المدني التي تأخذ بالحجز وقواعد القانون الجنائي التي تأخذ بالمصادرة. وهذا ما نصت عليه المواد 101، 117 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
- (37) د. عمر مشهور حديثة حجازي، الحماية المدنية لحقوق المؤلف، بحث منشور على الموقع الإلكتروني للمركز الأردني لتسوية النزاعات www.jcdr.com.
- (38) عصمت عبدالمجيد بكر، صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، بيت الحكمة، بغداد، 2001، ص 157.
- (39) محمد عبد الظاهر حسين، حق التأليف من الناحيتين الشرعية والقانونية وفقاً لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم 82 لسنة 2002، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 107.

(40)

عبدالرحمن الطاف، تحديات حماية الملكية الفكرية للمصنفات الرقمية، بحث متوفر على الرابط الالكتروني :

www.F-Law.net.

(41)

د. عصمت عبدالمجيد بكر، صبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، بيت الحكمة، بغداد، ص 17 .

(42)

د. عبدالله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، 2005،

ص 67.

(43)

فتحي نسيم، الحماية الدولية لحقوق الملكية الفكرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2012م، ص 2 .

(44)

د. علي عادل اسماعيل، الجرائم الماسة بحقوق الملكية الفكرية الالكترونية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة

إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2008، ص 135 . د. أكرم فاضل سعيد قصير، د. طالب محمد جواد، المرجع

السابق، المعين في دراسة المسؤولية الناشئة عن تطبيقات الحاسوب واستخداماته بحوث في تطبيقات الحاسوب

الناشئة من استخدام التقنيات الحاسوبية الحديثة، دار السنهوري، بيروت، 2015، ص 14. د. عصمت عبد المجيد

بكر، د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 257. كذلك ينظر : Brett Frischman and Dan Moylan , The

Evolving common Law Doctrine Of Copyright misuse , London , 1987 , p . 57 .

(45)

د. محمد حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1987، ص

117 .

(46)

د. أحمد السعدان، النظام القانوني لحماية برامج الكمبيوتر، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، السنة 11،

العدد 4، 1987، ص 30. ومن الدول التي نادى بهذا الاتجاه (إيطاليا وكندا وتايلاند) .

(47)

ومن الدول التي نادى بهذا الاتجاه (الولايات المتحدة الأمريكية وكوريا الجنوبية) . ينظر : Nancy E.Musndlinger

American case Law , international business usiness layer . vol . 15 , N3 , 1987 , p . 107

السعدان، المرجع السابق، ص 28 .

(48)

د. محمد محمد شتا الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص 97 .

د. كوثر مازوني، المرجع السابق، ص 9 - 10 .

(49)

د. حسام الدين الصغير، قضايا عالمية جديدة في مجال الملكية الفكرية، بحث منشور في الاجتماع المشترك بين

الويبو وجامعة الدول العربية حول الملكية الفكرية للمثلي الصحافة والإعلام للفترة 23 و 24 أيار 2005، ص 2 . د .

سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 19 .

(50)

د. أكرم فاضل سعيد قصير، د. طالب محمد جواد عباس، المرجع السابق، ص 5 .

(51)

أشار إلى ذلك : أشواق عبد الرسول عبد الأمير، الحماية القانونية للمصنفات ومؤلفيها دراسة مقارنة، بحث منشور

على موقع جامعة أهل البيت، متاح على الرابط الالكتروني :

www.alhulbaitonline.com/karbala/new/html.

(52)

ينظر : نص المادة الأولى من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف لسنة 1981 .

(53)

أشار إلى ذلك : د. تركي صقر، حماية حقوق المؤلفين بين النظرية والتطبيق، منشورات اتحاد العرب، دمشق،

1996م، ص 73 .

(54)

د. عصمت عبدالمجيد بكر، د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 17 - 18 .

(55)

د. محمد حسام لطفي، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية، ط 3، 1993، ص 26 .

(56)

د. مختار القاضي، مرجع سابق، ص 34 .

(57) Lugas A ,La protection de creation industrielle These Paris , 1987 , p . 42 . available on website : www.wipo.com .

(58)

د. محمد حماد مرهج الهيتي، نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة في القوانين العربية لحماية

حق المؤلف، مجلة الشريعة والقانون، ع 48، 2011م، ص 385 .

- (59) ينظر: نص المادة 137 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002. والتي تقابل نص المادة الثامنة من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدل.
- (60) ينظر نص المادة 8 من اتفاقية wct والتي نصت على: " يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية بالحق الإستثنائي في التصريح بنقل مصنفاتهم إلى الجمهور بأي طريقة سلكية ولاسلكية ... " وقد جاءت هذه المادة استناداً إلى المادة (9) من اتفاقية بيرن.
- (61) د. بسام التلهوني، تحديات حماية حق المؤلف على الانترنت، إدارة الحقوق الرقمية وإنفاذها، بحث مقدم إلى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو). متاح على الرابط: www.wipo/ip/journ/mct/oy/doc.5.
- (62) نصت المادة التاسعة من اتفاقية بيرن لحماية الحقوق الأدبية والفنية المعدلة 1971 على (1) - يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحمهم هذه الاتفاقية بحق استثنائي في التصريح بعمل نسخ من هذه المصنفات بأية طريقة وبأي شكل كان ...).
- (63) ينظر نص المادة الثامنة فقرة (1) والمادة الرابعة والثلاثون فقرة (1/ب)، من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971. إذ استخدم المشرع فيها لفظي (الرقمي والالكتروني) وفي ذلك دلالة على أن حكمة التشريع تقتضي التمييز بين المصطلحين، وما يستتبع ذلك من ضرورة التمييز بين البيئة الرقمية والبيئة الالكترونية والمصنفات الرقمية والمصنفات الالكترونية والجرائم الرقمية والجرائم الالكترونية، على غرار التخزين الرقمي والتخزين الالكتروني.
- (64) وهو مصطلح يشير إلى مجموعة الدول الصناعية الثمانية الكبرى في العالم والتي تضم الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان، ألمانيا، روسيا، إيطاليا، المملكة المتحدة، فرنسا، كندا. ويبلغ اقتصاد هذه الدول 65% من اقتصاد العالم.
- (65) د. جميل عبدالباقي الصغير، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، ص 24. د. نائلة عادل محمد فريد قوره، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005م، ص 35.
- (66) Lucas, A., Laprotection de Creations industrielles, op.cit, p. 181.
- (67) د. سليم عبدالله الجبوري، المرجع السابق، ص 261.
- (68) أشار إلى ذلك: نص المادة 13 من قانون حماية حق المؤلف الفرنسي لسنة 1957، وكذلك نص المادة 175 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002، وكذلك نص المادة 27 من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971. وللمزيد ينظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، النسر الذهبي، القاهرة، 1999، ص 114.
- (69) د. سليم عبدالله الجبوري، المرجع السابق، ص 277 - 278.
- (70) ينظر: نص المادة 160 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 وكذلك نص المادة العشرون من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971.
- (71) د. سليم عبدالله الجبوري، المرجع السابق، ص 236.
- (72) غازي أبو عرابي، الحماية المدنية للمصنفات الفنية في القانون الأردني والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، ع 23، 2005، ص 312.
- (73) د. أكرم فاضل سعيد، د. طالب محمد جواد عباس، المرجع السابق، ص 106 وما يليها.
- (74) د. عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص 5 - 6.
- (75) محمد عبد الظاهر حسين، حق التأليف من الناحيتين الشرعية والقانونية وفقاً لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، دار النهضة العربية، 2003، ص 107.
- (76) ينظر: نص المادة الرابعة والأربعين من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 العراقي المعدل.
- (77) د. محمد حسين منصور، سمير عبد السيد تناغو، القانون والالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 211.

(78) د . عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، الجزء الأول، بند 643، ص 966 . كذلك ينظر : د . سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981م، ص 149 .

(79) د . عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص 8 – 9 .

(80) تنص المادة 181 / سابعاً من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002 على : " مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد في قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تتجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :
سابعاً : الاعتداء على أي حق أدبي أو مالي من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها في هذا القانون ... " .
بالمقابل نصت المادة الخامسة والأربعون من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 على :
" 1- يعتبر أي فعل يرتكب مما يأتي من أعمال القرصنة التي يعاقب عليها بغرامة لا تقل عن 500000 دينار ولا تتجاوز 1000000 دينار

2 – من عرض للبيع أو للتداول أو للإيجار مصنفاً مقلداً أو نسخاً منه ونقله إلى الجمهور بأية وسيلة، واستخدمه لمصلحة مادية أو ادخله إلى العراق أو أخرجه منه، سواء أكان عالماً أم لديه سبب كافي للاعتقاد بأن ذلك المصنف غير مرخص ... " .

(81) من خلال المقابلة الشخصية مع القاضي الثاني في المحكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية جبار جمعة اللامي، أوضح أنّ المحكمة لم تتشكل وفقاً لقانون خاص وإنما تشكلت ببيان أصدرته السلطة القضائية الاتحادية في 1 / 11 / 2010 استناداً إلى أحكام المادة 22 من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979، والمتضمن تشكيل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية تسمى (محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية) وهي كما هو واضح من تسميتها متخصصة بالدعاوى التجارية عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها، ويشمل هذا الاختصاص القضاء المستعجل والأوامر على العرائض .

وفي مقابلة أخرى بتاريخ 2015/1/20 مع القاضي الأول أمير الشمري والقاضي الثاني على الساعدي، بينا أنّ المحكمة متخصصة بالدعاوى التجارية أولاً ثم اضيف إليها اختصاص دعاوى المقاولات . ووضحنا ان الفرق بين دعاوى المحكمة التجارية ودعاوى عقود المقاولات يكمن في ان الأولى يكون احد اطرافها أجنبي من غير العراقيين وتتعلق بعمل تجاري، اما الثانية فتكون دوائر الدولة طرفاً فيها وتتعلق بمقاولات أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية حصراً . وللمزيد من التفاصيل حول محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية، ينظر : جبار جمعة اللامي، الوجيز في شرح الأعمال التجارية مكتبة القانون والقضاء، بغداد، 2012، ص 103 .

(82) ديالا عيسى ونسه، المرجع السابق، ص 75 .

(83) المتيت أبو اليزيد علي، الحقوق على المصنفات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1967، ص 168 . كذلك ينظر : حسام الدين الصغير، الدعاوى القضائية وقضايا مختارة من القضاء المصري في مجال الملكية الفكرية، بحث منشور على موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مصر، 2004م، ص 6 – 7 . متوفر على الرابط :

www.wipo.int/edocs/arab/ar...wipo.ip.amm:05 .

(84) ينظر : نص المادة 207 من القانون المدني العراقي التي تنص على : " تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة للعمل غير المشروع " .

(85) المنافسة لغة : مشتقة من الفعل (نفس) أي غلا وصار مرغوباً فيه و (نافس) في الشيء (منافسة) إذا رغب فيه على وجه المباراة . ينظر : عصام نور الدين، مرجع سابق، ص 1044 . كذلك ينظر : أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، دار الصادر بيروت، دون سنة نشر، ص 167 .

(86) د . إسماعيل محمد هاشم، مبادئ الاقتصاد التحليلي، دار النهضة العربية، بيروت، 1998م، ص 317 .

(87) د . أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي (الصناعة، التجارة، الخدمات (، 1994، ص 11

(88)

ماهر فوزي حمدان، حماية العلامات التجارية، دراسة قانونية مقارنة، الجامعة الأردنية، عمان، 1999، ص 66.

(89)

نهاد الحسان، تجربة القضاء الأردني في إنقاذ حقوق الملكية الفكرية ص 45. بحث متوفر على الرابط الإلكتروني:

www.wipo.int/edocs/madcs/arab/ar...wipo.amm.05

(90)

نظم قانون التجارة الملغى رقم 45 لسنة 1943 المنافسة غير المشروعة في المواد (62 – 71) إذ حدد طائفة من الأعمال التي تعدّ من قبيل المنافسة غير المشروعة على سبيل الحصر، كما نظم قانون التجارة الملغى رقم 149 لسنة 1970 المنافسة غير المشروعة من خلال المادتين (98 – 99) منه، والتي تميزت بالعمومية لتشمل جميع الأفعال التي يمكن أن تندرج تحت وصف المنافسة غير المشروعة، إذ نصت المادة 98 على تعريف المنافسة غير المشروعة بأنها: " كل فعل يخالف العادات والأصول الشريفة المرعية في المعاملات التجارية ". أشار إلى ذلك: د. صلاح الدين الناهي، مبادئ القانون التجاري وقانون المكاسب، مطبعة بغداد 1962، ص 236.

(91)

ينظر: د. محمد بهجت عبدالله قايد، القانون التجاري (نظرية الأعمال التجارية – التاجر – المتجر – الشركات التجارية)، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م، ص 209.

(92)

د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م، ص 439.

(93)

زينة غانم عبدالجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، دراسة مقارنة، ط 1، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 28. كذلك ينظر: أحمد سالم البياضة، المنافسة غير المشروعة والحماية القانونية للمتضرر منها في التشريعات الأردنية، 2007م، ص 8. متاح على الرابط الإلكتروني:

www.jc.jo/files/reseach-1.pdf

(94)

د. طعمة الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، سنة الإصدار 1990م، ص 17. متاح على الرابط الإلكتروني: www.pubcouncil.kuniv.edu.kw/jol/homear.aspx.

(95)

د. إلياس ناصيف، الكامل في القانون التجاري، ط 2، ج 1، منشورات عويدات، بيروت، 1985م، ص 111. كذلك ينظر: د. محمد بهجت عبدالله قايد، مرجع سابق، ص 131.

(96)

د. علي حسين يونس، المرجع السابق، ص 136.

(97)

يونس عرب، النظام القانوني للمنافسة غير المشروعة في القانون الأردني، ص 3، بحث متاح على الرابط الإلكتروني: www.arablaw.org. تاريخ زيارة الموقع: 2015-3-17.

(98)

د. احمد محمد محمود، الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي (الصناعة، التجارة، الخدمات)، دون ناشر، القاهرة، 1994م، ص 342.

(99)

احمد سالم سليم البياضة، المرجع السابق، ص 57.

(100)

د. أكرم فاضل القصير، د. طالب محمد، مرجع سابق، ص 477. أبو اليزيد على المتيت، المرجع السابق، ص 168.

(101)

د. محمد سلمان ماضي مرزوق، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 99.

(102)

د. حلي محمد الحجار، هالة حلي الحجار، المزاحمة غير المشروعة وجه حديث لها الطفيلية الاقتصادية، ط 1، الناشر المؤلف، بيروت، 2004، ص 44.

(103)

محمد بن بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1982م، ص 394.

(104)

بخلاف دعوى المنافسة غير المشروعة إذ نصت قوانين التجارة المنظمة لها على تقيدها في مجال التجارة والصناعة، كما أنّ تنظيمها مقتصر على قوانين التجارة في إشارة واضحة إلى أنّها دعوى تقوم في مجال الصناعة والتجارة. ينظر رباب حسين كشكول، المسؤولية عن المنافسة الطفيلية، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد 14، المجلد 4، السنة السادسة، 2011، ص 410.

(105)

وهذا ما أشارت إليه محكمة استئناف فرساي في حكمها بتاريخ 1993/1/20، أشار إلى ذلك: جورج ربيير، لويس فيجال، رينيه روبلو، المطول في القانون التجاري، ج 1، المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2007م، ص 755.

(106)

د. محمد سلمان ماضي مرزوق، المرجع السابق، ص 89.

- (107) د . أكرم فاضل سعيد قصير، د . طالب محمد جواد عباس، المرجع السابق، ص 127 وما يليها .
- (108) د . محمد سلمان مضي مرزوق الغريب، المرجع السابق، ص 89 .
- (109) د . حلبي محمد الحجار، هالة الحجار، المرجع السابق، ص ص 45 – 46 .
- (110) سمير فرنان بالي، قضايا القرصنة الصناعية والتجارية والفكرية، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص ص 176 – 177 .
- (111) ينظر : د . محمد سلمان مضي مرزوق، المرجع السابق، ص 101 وكذلك ينظر : د . حلبي محمد الحجار، هالة حلبي الحجار، المرجع السابق، ص 113 وما يليها .
- (112) ينظر : رباب حسين كشكول، المرجع السابق، ص 414 .

نظرية العقد والنظام القانوني البيئي قراءة في القانون الفرنسي*

Dr. MEZAOULI Mohammed,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bechar, Algérie.

د. مزاوي محمد،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بشار، الجزائر.

الملخص:

إذا كان توغل قانون البيئة في مجال القانون العام معلومة بشكل كاف، فإن تقاطعه مع فروع القانون الخاص يبقى محدودا، ولعل هذا من بين الأسباب التي تدعو إلى سد هذه النقائص من خلال النظر عن كثب في العلاقات القائمة بين نظرية العقد وقانون البيئة اعتمادا على تطور وسائل البحث القانوني من جهة، وتدخل المشرع في الكثير من الأحيان، مما نتج عنه عقود جديدة بين أشخاص القانون الخاص، أو بينهم وبين أشخاص القانون العام، تهدف مباشرة إلى حماية المجال البيئي مرتكزة على مبدأ الإلتزام بالإعلام. خاصة عقود بيع الوسائل والآلات، والمواقع الصناعية، والمنشآت المصنفة.

الكلمات المفتاحية:

قانون البيئة، قانون عام، قانون خاص، منشآت المصنفة، إلتزام بالإعلام، تلوث، إشعاعات.

The contract theory and the legal system of the environment Viewpoint of French law

Abstract:

If the incursion of environmental law in public law seems clear and appropriate, its intersection with the other branches of private law remains limited, and perhaps this is one reason for the closing these gaps by looking closely at the relationship between contract theory and environmental law, depending on the evolution of one hand legal research resources, and legislative intervention often resulting in new contracts between individuals or between them and the public law in general, aimed directly at the protection of the environment based on the principle of the obligation of information., particularly those that relate to the sale of means and machinery, industrial sites and installations.

Key words:

Environmental law, public law, private law, installations classified, Commitment to public information, radiation, pollution.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/06/28 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/12/19 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

La Théorie du contrat et le régime juridique environnemental Lecture en droit Français

Résumé :

Si l'incursion du droit de l'environnement dans le droit public semble claire et appropriée, son intersection avec le reste des branches du droit privé reste limitée, cela est, peut-être, l'une des raisons militent pour combler ces lacunes en regardant de près la relation entre la théorie du contrat et du droit de l'environnement et en prenant en compte l'évolution des moyens de la recherche juridique et de l'intervention fréquente du législateur. De nouveaux contrats sont apparus et qui visent directement la protection l'environnement sur la base du principe de l'obligation de l'information, surtout ceux ayant pour objet à la vente de machines, de sites industriels ou des installations classées.

Mots clés :

Droit de l'environnement, droit public, droit privé, installations classées, obligation d'information, radiation, pollution.

مقدمة

إنّ التداخل بين قانون البيئة والقانون الخاص، عن طريق تحديد الإلتزامات ذات البعد البيئي، يكشف لنا مدى قدرة العقد على تنفيذ الأحكام البيئية، رغم ما يتطلبه ذلك من التفكير اعتماداً على استقرار الأحكام والأهداف، المتمثلة في الحفاظ على بيئة متوازنة، إلا أنّ التساؤل الذي يمكن أن يطرح في هذا الإطار هو، هل يمكن لقانون البيئة - بعد قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة- أن يعطي نفساً جديداً لنظرية العقد؟

لعل الإجابات الأولية على هذا التساؤل ستكون مفاجئة، من منطلق أنّ قانون البيئة بعيد نوعاً ما ليس عن مجال العقد، بل وبالنسبة لقانون حماية المستهلك وقانون المنافسة، فهو يرتبط بالقانون العام⁽¹⁾، لاهتمامه بالمصلحة العامة. فبالنسبة لحماية المستهلك، وتحت وطأة المناداة بالحماية وفق أطر قانونية خاصة، نشأت الرغبة في إعادة تكييف المفاهيم القانونية المؤطرة لقانون العقود، ودعت الفقه إلى ضرورة إعطاء تفسيرات لنظرية العقد، من خلال تسارع النصوص المتعلقة بحماية المستهلك.

من هذا المنطلق، نحن أمام حلّين، إما بالاعتراف بقانون حماية المستهلك كاستثناء عن قانون العقود، وبالتالي تقبُّل المخاطرة بشكل قد يؤدي إلى تقلص القواعد العامة بشكل معتبر⁽²⁾، وإما باحتوائها عن طريق إدماجها في قانون العقود. ولعل هذه الطريقة، هي التي سمحت بتجديد الكثير من قواعد نظرية العقد، بشكل تأثرت فيه القواعد الكلاسيكية، بقيم تهدف لحماية الطرف الضعيف، كما ساهمت في المحافظة على حسن سير تنافسية السوق، من خلال فرض منطوق قانون خاص قائم على توازن العلاقات الإقتصادية⁽³⁾.

ولكن إلى أي مدى يمكن التسليم بوجود قانون خاص بالبيئة؟ فمفهوم المصالح المشتركة للمجتمع، يتسع ويتزايد سواء كانت مصالح خاصة بالمستهلكين أو المصالح الإقتصادية أو البيئية، في محيط كوني لا يقبل الإنقسام.

ومع ذلك، ورغم امتلاك قانون البيئة وسائل خاصة به كدراسة التأثير، تدخل جمعيات البيئة، إثراء مصادره بموجب القرارات الأوروبية⁽⁴⁾، إلا أنه لا يزال يعتمد في وسائل تطبيقه على تقنيات الفروع الأخرى، كاعتماده على القانون المدني في تعديل أحكام المسؤولية العقدية البيئية، كحالات الإعفاء، التخفيف، التشديد.

فمن وجهة نظر تقنية، تستوجب التشريعات البيئية عقوداً متخصصة⁽⁵⁾، تسعى إلى تعزيز الحماية مراعاة لمدى الخصوصية التي تميز عقود الإستصناع، كما تساهم في تطوير ما يعرف بالهندسة العقدية عن طريق إنشاء عقود جديدة⁽⁶⁾. أما من وجهة نظر أيديولوجية، يبتعد التشريع البيئي نوعاً ما عن اهتمامات الفكر الاحتكاري، ويرتكز على إيجاد نوع من التوازن يعرف بمبدأ العدالة والضرورة في قانون البيئة⁽⁷⁾، هذا الطرح يستوجب منا ضرورة الوقوف على حتمية التكامل بين نظرية العقد وقانون البيئة (مبحث أول)، ومن جهة أخرى على الآثار والنتائج الواجب تحقيقها وأفاق هذا التكامل بين نظرية العقد وقانون البيئة (مبحث ثان).

المبحث الأول: حتمية التكامل بين نظرية العقد وقانون البيئة

كوسيلة لتنفيذ القانون البيئي تعتبر تقنية العقد أداة مهمة للمشرع، يستند عليها لانتهاج سياسة بيئية محددة. بمفهوم أدق، إذا كان قانون البيئة يفرض على المتعامل أو المستغل إلتزامات معينة (مطلب أول)، يمكن كذلك أن تشمل هذه الإلتزامات على أحكام قابلة للتفاوض والإتفاق تتجسد عن طريق العقد (مطلب ثان).

المطلب الأول: الأحكام البيئية الأمرة

تستند الأحكام البيئية الأمرة بوجه خاص على الإلتزام بالإعلام البيئي الذي من شأنه أن يجعل من قانون البيئة عاملاً مفروضاً عن العقد، والذي يتميز بتطوره الطردي وبقوته الإنتاجية للقواعد القانونية الأمرة.

الفرع الأول: تزايد وتطور الإلتزام بالإعلام البيئي

يقع الإلتزام بالإعلام البيئي على عاتق المتعاقدين، حيث يأخذ بعين الإعتبار مدى تقنية وتخصص هذه المعلومات البيئية، وكذلك الأبعاد التي يمكن أن تتخذها.

ويعتبر مبدأ التخصص من المظاهر المعروفة في قانون العقود، إذ لجانب أحكام الإلتزام بالإعلام، هناك الإلتزامات فنية خاصة إما بعقود معينة، أو بمتعاقدين محددين⁽⁸⁾. وتجدر الإشارة، إلى أن التشريع البيئي أضحى يسجل تطوراً إضافياً، قد يفرض على البائع أو على المؤجر، تقديم معلومات بيئية دقيقة عند بيع أي عقار، أو تأجير بعض العقارات، ففي فرنسا، وخلال مرحلة التسعينيات، كان تدخل المشرع محدوداً في مجال أخطار المواد الضارة بالصحة

البشرية، مثل (الأميانت l'amiante والبلومب le plomb)، أو المتعلقة بطبيعة العقار في حد ذاته، كمعلومات نوعية البناء، أو تأثير الظروف الطبيعية. الخ.

لقد شهد مبدأ الإلتزام بالإعلام البيئي تطورا ملحوظا، وكرّس ذلك بقوانين أهمها القانون الفرنسي بتاريخ 13 جويلية 1992، المعدل لقانون المنشآت المصنّفة الصادر في 19 جويلية 1976⁽⁹⁾، الذي يعتبر بداية بلورة هذا المبدأ بخصوص المنشآت المصنّفة، لاسيما المادة 514-20 ق.بيئة فرنسي، التي تنص على أنه عندما يكون تأسيس المنشأة مشروط برخصة، يلزم بائع العقار بإعلام المشتري كتابيا، بالمعلومات الضرورية، والأخطار التي قد تنجم عن الاستغلال⁽¹⁰⁾. يمكن من خلال ما سبق القول أنّ هذا القانون، قد تبني نظرة شمولية، حول الأخطار البيئية، قد تنعكس على المجال التعاقدي، بل وقد تتجاوز الأخطار الناجمة عن استغلال المنشأة في حد ذاتها. أما بخصوص المعلومات في نطاق الإلتزام، غالبا ما تتعلق بمخططات الوقاية من الأخطار التقنية⁽¹¹⁾ (PPRT)، أو الأخطار الطبيعية⁽¹²⁾ (PPRN)، كالمناطق الزلزالية⁽¹³⁾، المناطق غير الزلزالية القابلة للتأثير، أو الإنزلاقات الأرضية، ضف إلى ذلك الإرشادات المتعلقة بالعقارات محل الإيجار أو البيع.

في نفس السياق نلاحظ أنّ المادة 28 من قانون 30 جويلية 2003، المتعلق بالأخطار التقنية والطبيعية الفرنسي⁽¹⁴⁾، قد أنشأت نصا جديدا تمثل في المادة 512-18 من قانون حماية البيئة، يفرض على البائع تقديم معلومات عن المنشآت المقامة على الأراضي موضوع العقد مع التصريح بدرجة تلوث التربة، وعن كل تعديل في شروط الإستغلال، مع إرفاق آخر تقرير عن حالة تلوث التربة بعقد البيع.

نستخلص مما سبق، بأنّ الإلتزام بالإعلام في المحيط البيئي ما لبث أن تطور وبشكل متزايد، أخذنا بعين الإعتبار خصوصية الواقع البيئي، وأصبح نشر المعلومات البيئية مطلبا قانونيا. بل واتسع ليشمل المعلومات المتعلقة بحالة انجاز الشبكات الداخلية للغاز⁽¹⁵⁾ والكهرباء، التي تعتمد على معطيات الوحدة السكنية في إطار الاستغلال الجماعي⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني: القوة الملزمة لقاعدة الإعلام البيئي

من منطلق أنّ الإلتزام بالإعلام يهدف لحماية المصلحة العامة، يجب أن تقدم هذه المعلومات عند إبرام العقد (كحالة البيع مثلا)، رغم أنّنا نسجل حول هذه النقطة بعض التردد في موقف المشرع الفرنسي، بين حالة العقد النهائي الرسمي أو مجرد الوعد. هذه الشكلية المطلوبة، تبيّن مدى حرصه على ضرورة احترام قاعدة المعلومات البيئية، وهذا ما يستوجب ضرورة الإستعلام المعمّق للحصول على معلومات كافية.

وفي ما يتعلق بالمعلومات الخاصة بحماية البيئة، يلتزم هؤلاء الحائزون بضرورة مراعاة هذه المعلومات وبشكل صارم، رغم كونهم متمتعون طبقاً للقواعد العامة بقريئة عدم العلم⁽¹⁷⁾، وهذا لا ينطبق حتماً على الحائز المستقبلي المعني الذي يجب عليه الاستعلام. فرغم صفته غير المهنية، على البائع أن يبيّن وجود المنشأة المصنّفة، بل وحالة التلوث الناتجة عن إستعمال أو تخزين المواد الكيميائية أو المشعة، وكذا الكوارث ذات المصدر الطبيعي أو التقني القابلة للتعويض... الخ.

وبخصوص المادة 20-514 / 1 ق. بيئة فرنسي، يمكن القول بأنّه يصعب على بائع عقار مقر المنشأة مصنّفة (ICPE)، أن يصرح بذلك ابتداءً من الوقت الذي تواجدت فيه المنشأة، حسب الأحكام التنظيمية المطبقة، أو حسب ما يستوجبه القضاء⁽¹⁸⁾، خاصة إذا لم تكن قد أنشئت منذ وقت بعيد، وفي حالة عدم إحترام الإجراءات الإدارية المطلوبة، فإنّ تبرير عدم الإطلاع على هذه المرجعية التاريخية والإدارية يكون مشروعاً. من منطلق عدم ضرورة أن يكون الحائز المالك، مستغلاً للمنشأة المصنّفة، كما يمكن أن تتوالى على هذا العقار منشآت مصنّفة مختلفة بموجب عقود متعددة، كحالات عقود الإستغلال، أو كحالات التخلي، أو الإيجار، أو الإيجار الفرعي.. الخ.

ورغم ذلك، على البائع أن يبحث على كافة المعلومات الضرورية من الجهات المختصة المختلفة، وفقاً للوائح البيانية الخاصة بتواريخ العمليات المختلفة⁽¹⁹⁾، وإن كنا نعتقد بصعوبة المسألة بالنسبة للقاضي المعروض عليه النزاع، الذي قد يأخذ بقاعدة أن يشمل واجب الإستعلام كافة الأخطار والمآخذ الناجمة عن عملية الإستغلال.

في الأخير، فإنّ فرض الإلتزام بالإعلام بشكل صارم، من شأنه أن يدعو كل حائز لعقار مخصص للإستغلال الصناعي، أن يبذل عناية الرجل الحريص في تنفيذ الإلتزامات الواقعة على عاتقه، مما يجعلنا نستنتج بأنّ العقد قد أصبح حقيقة وسيلة مهمة لتطبيق السياسة البيئية المرسومة من طرف المشرع، في كل ما يتعلق بالاستعلام حول حالة المحيط البيئي⁽²⁰⁾.

ومع ذلك، ونظراً لحجم هذه المهمة، فإنّه ليس من المستغرب أن يستخدم المنتفعون هذا العقد من أجل تهيئة وتنظيم التزاماتهم، إذ أنّ تطبيق قانون البيئة، يمكن أن يكون محل تفاوض في إطار العلاقة العقدية.

المطلب الثاني: الأحكام البيئية المكتملة

من أجل إعمال قانون البيئة وتحقيق الأهداف التي يسعى إليها، يمكن للمشرع أن يعتمد على مرونة الوسيلة التعاقدية، من منطلق أنّ العقد يشكل وسطاً عملياً مهماً للعلاقات التي يكون محلها النظام البيئي، واعتماداً على ذلك يمكن أن نميز بين نوعين من طرق التفاوض في إطار التشريع البيئي، مفاوضات غير مباشرة، في الحالات التي لا يطبق فيها قانون البيئة إلا

بشكل عرضي في إطار علاقة تعاقدية، كما قد تكون هذه المفاوضات مباشرة عندما يكون موضوع العقد في حد ذاته متعلقاً بقانون البيئة، بمفهوم آخر بالالتزامات البيئية.

الفرع الأول: المفاوضات غير المباشرة

رغم إمكانية فتح باب التفاوض في مجال العقود البيئية، إلا أن ذلك يبقى مقيّداً في حالة الإلتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، إذ يستحيل على المدين به المطالبة بعدم الوفاء. ورغم الانتقادات الفقهية⁽²¹⁾، إلا أن النقص الفرنسي، اعترف في مجالات أخرى، بأنه إذا كان التنازل المسبق محظور بموجب المادة 06 ق.مدني، فإنه وبالمقابل، يمكن لأحد الأطراف بعد نشأة الحق، المطالبة بعدم تطبيق القانون في إطار النظام العام⁽²²⁾. ولعل هذا هو السبب من وراء التساؤل حول التزم الإعلام، المحدد في المادة 1/20-514 بيئية فرنسي، أين يؤيد السيد Trébouille، فكرة إمكانية مطالبة المشتري بعدم تطبيق هذه الأحكام بمجرد ما أن يصبح الحق مكتسباً، أي بعد نشأة حقه في الإعلام⁽²³⁾. وبمفهوم آخر، فإن الشرط ينص على أن المالك أو المؤجر، يقبل استلام العقار حسب حالته، دون أن يستفيد من معلومات جوهرية، أو أن يتنازل عن حقه في الإعلام في مواجهة البائع، بشكل يؤدي إلى سقوط حقه في مواجهة البائع بالإعلام⁽²⁴⁾.

في ظل غياب موقف واضح للاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الصدد، فإن الحياة العملية تستوجب الحذر والحيطه في التعامل بهذه الشروط الإعفائية، والتي تحتوي على مخاطر كبيرة بالنظر إلى المعلومات الواجب الإعلام بها، فباستثناء الأحكام المتعلقة بكفاءة الأداء في التركيبات الطاقوية، والتي تعاني من عدم وجود عقوبات مدعمة لتنفيذها، نلاحظ أن المشرع الفرنسي يحرص على احترام هذه الالتزامات، فإذا ثبت تجاهل الإلتزام بالإعلام، يحق للمشتري المطالبة بفسخ عقد البيع، أو المطالبة باسترداد جزء من الثمن، إذا كانت مصاريف إصلاح هذا الضرر لا تتناسب والمبلغ الإجمالي لثمن البيع.

ومع ذلك، فإن هذا لا يعني أن الوفاء بهذا الإلتزام لا يمكن تنظيمه وتهيئته تعاقدياً، ففي مجال الأميانت والبلومب والتيرميت، أثبت الواقع العملي، بأن البائع يقوم بتنفيذ التزامه بإرادته، إذ ليس من الضروري أن يدعن لكافة الشروط المحددة مسبقاً مثل ما هو الأمر في بقية الإلتزامات البيئية. ولتدعيم ذلك، فإن أحكام القضاء في مجال المنشآت المصنفة الخاضعة للترخيص⁽²⁵⁾، تبين بأنه يمكن للبائع تنظيم وتهيئة تنفيذ التزاماته عن طريق إلقاء العبء الخاص بالبحث على عاتق المتعاقد، كما يمكن للبائع اللجوء إلى إجراءات المعاينة والمراقبة، بحيث يتم تقاسم العبء بين المتعاقدين، من منطلق أن الإلتزام بالإعلام يجب أن يحترم.

أما بالنسبة للالتزامات الإدارية المفروضة في المجال البيئي، نلاحظ أنه يجعل من تهيئة العقد أكثر دقة وصعوبة، وبشكل خاص الإلتزام بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه التي تطرح إشكالا⁽²⁶⁾، فحسب المادة 512-7 من قانون البيئة الفرنسي، عندما يتعلق الأمر بتوقف إستغلال منشأة مصنّفة بشكل نهائي، على المستغل أن يعيد تهيئة مكان الاستغلال، وفق الحالات المنصوص عليها في المادة 511-1 بيئة فرنسي. وعليه فإن إعادة الحالة لما كانت عليه، سيسمح بإعادة الإستغلال بشكل يتوافق ومقتضيات القانون، ويتم تحديد ذلك بالتنسيق مع الجهة الإدارية المؤهلة، ومع المالك إذا اختلف عن المستغل.

إنّ تطبيق قانون البيئة عن طريق العقد قد يحتوي على مخاطر بالنسبة للمكتسب أو المؤجر، فالعقد كعامل لتطبيق قانون البيئة قد يزيد من صعوبة العمل القضائي ليس فقط من حيث بعض التعسّفات، بل ومن حيث تحديد غاية القانون كذلك. كما أنّ عزوف الأفراد عن البحث واستقصاء المعلومات البيئية، سيؤثر على سلسلة مترابطة من المعلومات الضرورية والمهمة لحماية البيئة والتي يمكن أن تتأثر أو تنقطع، وبالتالي اهتزاز الثقة حول مدى مصداقيتها، ولعل هذه الريبة هو ما يستدعي ضرورة تعزيز سبل الرقابة الفعالة على الاتفاقات البيئية، والاتجاه نحو مفاوضات مباشرة حول قانون البيئة.

الفرع الثاني: التفاوض المباشر على الإلتزامات البيئية

يجد التفاوض المباشر أسسه في الحركية التعاقدية التي تسمح للأطراف بحث كيفية إيجاد الحلول القانونية، هذا الأخير يعكس تصاعد وتيرة اللجوء الى الطرق التعاقدية ضمن أطر قانونية لم توضع أصلا لكي تكون مرتبطة بأطر عقدية، وتحلّ ضوابط قانونية جديدة وما دام تطبيق قانون البيئة يقتضي وجود عقود جديدة، تترجم العلاقة القانونية⁽²⁷⁾، فإنّ العقد سيصبح في حد ذاته وسيلة لتطبيق الإلتزامات مختلفة نابعة من خصوصية هذا القانون في حد ذاته. وبمفهوم آخر تطبيق نص القانون بطريقة تعاقدية⁽²⁸⁾ (La contractualisation de la loi)، كتطبيق لفكرة قانون التفاوض⁽²⁹⁾.

أما العلاقة بين أشخاص القانون الخاص، نعتقد بوجود دلالات تعاقدية محتواه في التنظيمات الخاصة بمكافحة الاحتباس الحراري على سبيل المثال⁽³⁰⁾، بحيث يمكن الإشارة إلى أنّ تدخل الدولة في تنظيم نسب الحصص المتعلقة بالانبعاث الغازي، نتج عن اتفاقية 15 ابريل 2004 المتعلقة بتداول حصص الانبعاثات الحرارية. والذي نص على أنه إذا لم يقيم المستفيد من إستغلال حصته، له أن يحتفظ بحق إستغلالها للسنوات المقبلة، أو يتنازل عنها حسب ما هو مقرر بموجب المادة 229-15 II من قانون البيئة الفرنسي.

فبخصوص قانون تسيير النفايات، لا يمكن للمشرع الفرنسي سوى الانخراط في الرؤية الأوروبية، من خلال مشروع متكامل⁽³¹⁾ وحسب المادة 541-9 بيئة فرنسي، كل مالك أو منتج للنفايات، عليه ضمان التخلص منها وفقا للشروط القانونية. وللقيام بذلك ألزمت التشريعات المنتجين والمعالجين للنفايات على إنشاء علاقات واتصالات في إطار عقود القانون الخاص والتي لها بعدا بيئيا ملحوظا حتى يمكنهم تنظيم نشاطاتهم⁽³²⁾.

هناك مجموعة من الاتفاقيات البيئية بالنظر إلى تنوع المواضيع البيئية، والأهداف المتوخاة من وراء تطبيقها، سواء من حيث محتواها ومن حيث قوتها التعاقدية، ونلاحظ ذلك في قطاع الطاقة والصناعة، مع الإشارة إلى إمكانية إنتشاره في المجال الخاص بإعادة تهيئة المواقع الملوثة، حسب حالات الإستعمال المستقبلي.

هذه الاتفاقيات البيئية تخص في الكثير من الأحيان وبشكل مباشر حماية الطبيعة، وكدليل على ذلك أعمال القرار المسمى بـ (طبيعة 2000 - Natura 2000)⁽³³⁾، الهادف إلى وضع شبكة بيئية أوروبية متكاملة مع محميات بيئية، حسب ما تنص عليه المادة 06 على الدول الأعضاء أن تضع إجراءات حماية ضرورية أخذا بعين الإعتبار برامج تسيير خاصة بهذه المواقع، أو محتواه داخل مخططات تهيئة، وإجراءات تنظيمية إدارية أو تعاقدية، تستجيب إلى المتطلبات البيئية.

ولتحقيق هذه الأهداف، فضلت فرنسا تقنية العقد⁽³⁴⁾ بالنسبة لبعض المالكين والمستفيدين من وكالات بموجب عقود مع الدولة، مع فرض احترام الالتزامات الخاصة بالمحافظة على الوسط البيئي، وإعادة الحالة إلى طبيعتها الأولية. مثل إجراءات حماية البيئة الزراعية⁽³⁵⁾، المنبثقة عن تطبيق اللوائح الأوروبية بتاريخ 30 جوان 1992، المتعلقة بمناهج الإنتاج الزراعي المتوافق مع متطلبات حماية البيئة، وصيانة الفضاء الفلاحي. وفي نفس السياق يمكن أعمال اللوائح الصادرة بتاريخ 17 ماي 1999 بخصوص تدعيم التنمية الفلاحية عن طريق الصندوق الأوروبي للتوجيه والضمان الفلاحي⁽³⁶⁾.

لقد ساهمت الإرادة السياسية الأوروبية في إنشاء عقود إقليمية للاستغلال، تسمح بإشراك المستغلين في برامج انجراف التربة والتصحر، حماية التربة والمحافظة على المياه وعلى المناظر الطبيعية، وقد استبدلت هذه العقود سنة 2003، بموجب عقود الزراعة المستدامة، والتي تضع حيز التنفيذ مبادرات الزراعة البيئية، مثل التحول الى الزراعة البيولوجية، هذا التحليل سيقودنا لا محال إلى التساؤل حول ما إذا كانت هذه التقاطعات بين قانون البيئة وقانون العقود، عاملا من عوامل تطوير النظرية العامة للعقد.

المبحث الثاني: أفاق التكامل بين نظرية العقد وقانون البيئة

يمكن أن نلاحظ أهمية الوسيلة التعاقدية، كآلية لتطبيق قانون البيئة، كونها تسمح إما بفرض التزامات معينة، أو بفتح مجال التفاوض حولها، فالمشرع لا يبقى حياديا، بل يمكنه أن يستفيد من الأحكام التعاقدية لوضع سياسة بيئية متوازنة، ليس فقط فرض التزام بالإعلام في الفترة السابقة عن العقد (مطلب أول)، بل وبتعزيز إنشاء التزام بيئي نابع من العقد يساهم في تكريس الأبعاد الجديدة لحقوق الإنسان (مطلب ثان).

المطلب الأول: قانون البيئة كعامل مساعد على تطوير نظرية العقد

يعتبر قانون البيئة عاملا فعّالا في تطوير نظرية العقد، من منطلق أنّ هذا الأخير يقوم على توافق أرائتين وفقا للقواعد الموضوعية⁽³⁷⁾، سواء من منظور إنساني متمثل في إنشاء علاقات ما بين شخصين أو أكثر⁽³⁸⁾، أو من منظور الرابطة المستقلة المنفصلة عن أطرافها والمحددة من خلال غايتها، اعتمادا على البعد المعياري الذي يحقق للعقد وظيفة إجتماعية⁽³⁹⁾، تجعله يرتبط بالعالم الذي يدور حوله بعيدا عن أطرافه⁽⁴⁰⁾.

الفرع الأول: العقد وسيلة تفاعلية في خدمة البيئة

مبدئيا يمكن القول بأنّ العقد يبدو غريبا وبعيدا نوعا ما عن قانون البيئة الذي يعكس بشكل كبير دور الدولة في حماية المصلحة العامة، في حين يدور العقد حول حماية المصالح الخاصة. فالطابع العام لقانون البيئة يبدو ظاهرا⁽⁴¹⁾، في حين لا يعتني العقد بشكل كبير بالمصالح العامة، فالعقد وجد لتنظيم علاقات الأفراد، محاولا ضبط النزعة الذاتية اللصيقة بالنفس البشرية⁽⁴²⁾، وعليه وبتأثير من قانون البيئة إتسع نطاق العقد داخل المجتمع، وأصبح وسيلة في خدمة قانون البيئة بموجب آليات مدعّمة حديثة.

وقد يكون الإستدلال هنا أكثر وضوحا، إذا اعتمدنا سلم القراءة الذي اقترحه الأستاذ مصطفى مكي في أطروحته حول المصلحة العامة والعقد، أين يبيّن أنّ العقد ليس غاية في حد ذاته، وإنّما هو عنصر انتماء كوني، مدمج في المصلحة العامة، يفهم على أساس أنّه مبدأ مشروعية سواء كان ذلك بخصوص القانون العام أو القانون الخاص، والمحدّد كنتيجة للتدرجية الناتجة بين مختلف المصالح، من بين مظاهرها الحماية البيئية⁽⁴³⁾.

الفرع الثاني: الوسيلة التعاقدية مساهمة جديدة في حماية المصلحة العامة

يؤكد المشرع الفرنسي بكل وضوح أنّ إعادة الوضعية إلى ما كانت عليه، وتسيير المساحات والمحميات، وكل ما يساهم في المحافظة على التوازن البيئي، يدخل في إطار المصلحة العامة⁽⁴⁴⁾. وعلى الرغم من النظرة التجزئية، فإنّ حماية البيئة تحظى باعتراف دولي ووطني مهم. في هذا الإطار وكما يرى أحد المؤلفين، يجب أن تُقيّم البيئة وتُقدّم باعتبارها المجال الذي ينمو فيه كل

ما هو كائن حي. وهذا ما أكدته المادة 01 من الميثاق البيئي، على أنّ لكل فرد الحق في الحياة وفي بيئة متوازنة ومحترمة للصحة⁽⁴⁵⁾.

هذا الطرح الوطني لحماية البيئة يعكس من جهة، الإتجاه الجديد لفرنسا من خلال إعادة صياغة مفهوم المصلحة العامة، وبذلك فهي تقترب من مفهوم تحرير الإرادة، بحيث تتجاوز حدود الإرادة التعاقدية للأفراد إلى أن تصل الضمان العام الذي تحميه الدولة، وهنا نلاحظ أنّ المشرع لم يترك المجال كلياً لسلطان الأطراف، عندما فرض عقوبات خاصة عن عدم إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، بخصوص الأراضي الملوثة، في حالة الجهل بالالتزامات المتعلقة بالإعلام، والخاصة بوضعية المنشآت المصنّفة الخاضعة للترخيص⁽⁴⁶⁾.

بالإضافة إلى ما سبق، غالباً ما يدعو المشرع - بخصوص نقل حصص انبعاث الغازات الدفيئة-، إلى إلزام المنتجين بضرورة التخلص منها عن طريق عقود خاصة لتصفية النفايات، عن طريق دمج هذه العقود في إطار سياسة بيئية مع المحافظة على المصالح الخاصة بالمتعاقدين، والذين يساهمون في ذات الوقت في التزام ذو طبيعة عامة.

وعند استلهامنا من السلم الاستقرائي المقترح من طرف الأستاذ مكي، وجب أن نذكر أنّ نظرية العقد قد تؤدي إلى نوعين من المشاركة في المصلحة العامة⁽⁴⁷⁾، مشاركة تخضع فيها العلاقة العقدية إلى القواعد الآمرة التي تفرضها المصلحة العامة، ومشاركة منفعية عملية، عندما يفرض العقد من خلال اتفاق الأطراف إلى مراعاة هذه المصلحة العامة.

نستخلص مما سبق، بأنّ التشريع البيئي يهدف إلى حماية المصلحة العامة، من خلال أحكام العقد، وذلك بالاستجابة إلى إرادة الأطراف المتعاقدة من جهة، واحترام الالتزامات المفروضة من جهة أخرى، من خلال تصفية النفايات وإعادة تهيئة الأراضي الملوثة.

الفرع الثالث : إطار أكثر اتساعاً لقواعد للنظام العام

يقوم النظام العام على مفهوم وظيفي⁽⁴⁸⁾ مقدّم كتقنية تسمح بموجب نظام، يكرّس مبدأ سمو المجتمع على الفرد بموجب القيم العليا⁽⁴⁹⁾ و الضرورة الاجتماعية التي يسعى إلى تحقيقها⁽⁵⁰⁾، وعليه فإنّ النظام العام يستوجب دوماً ضرورة ضمان المحافظة على المصلحة العامة. ويسمح بتكريس مشاركة العقد في هذه الحماية⁽⁵¹⁾، من خلال طبيعته المرنة القابلة للتمدد والاتساع⁽⁵²⁾، والهادفة إلى الدفاع على أعمدة المجتمع مثل مبدأ الدولة العاملة، الحرية الفردية، فالبيئة لم تعتبر في السابق دعامة تقليدية للمجتمع، كما أنّها لم تكن تمثل نموذجاً للنظام العام الاقتصادي سواء في منحاه الحمائي أو التوجيهي.

لذلك يطالب جانب من الفقه بضرورة توسيعه، بل وحث المجتمع الدولي على مكافحة كل ما من شأنه المساس بالوسط البيئي، وبالتالي انصهار مفهوم النظام العام الأيكولوجي في المفاهيم القانونية المختلفة، عن طريق الالتزامات التوجيهية الإدارية. وباستعمال تقنيات

عقدية حديثة، وبأهداف متجددة. وقد أضاف المشرع الفرنسي بذلك إلى مفهوم النظام العام قيمة مضافة تجلّت في محتواه الإنساني، متجهة إلى احترام كرامة الإنسان، بإعطاء تفسير موسّع أكثر لهذا النظام، فإذا كانت الكرامة الإنسانية الفردية متكاملة مع كرامته الاجتماعية، فهي ترتبط بشكل وثيق بنوعية الحياة، التي ينبغي أن تشمل نوعية الوسط البيئي في إطار نظرة متكاملة ضمن العلاقة (إنسان-طبيعة).

في هذا الاتجاه على القضاء ألا يتردد في تقبل فكرة أنّ تلوث التربة يعتبر بمثابة عيب خفي⁽⁵³⁾، تكريسا لموقف محكمة النقض في قرار 08 جوان 2006 بخصوص بيع موقع صناعي، موجه ليصبح عقارا صناعيا، حيث صرحت محكمة النقض، بوجود العيب بقولها " أنّ أي بناء يبقى محفوفًا بالمخاطر التي يمكن أن تمس الصحة أو السلامة الجسدية، سواء بالنسبة للمشاركين في ورشة العمل، أو المستغلين المستقبليين⁽⁵⁴⁾. وعلاوة على ذلك، وبالرغم من عدم وجود التزام خاص بالإعلام البيئي، قد أيد القضاء مؤخرا فكرة، أنّ السكوت عن إنشاء منشأة مصنّفة يعتبر في حد ذاته تدليسا⁽⁵⁵⁾.

ويؤكد القضاء في ذات السياق، بأنّ تحقيق الفوائد الاقتصادية للعقد، يهدف إلى تحقيق المصلحة العليا المستوى الكوني، ولذلك يركز القضاء على ضرورة إعادة تصحيح عدم التوازن العقدي، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. ويقودنا هذا التحليل إلى التساؤل حول مدى اهتمام الأطراف المتعاقدة بمراعاة حماية الوسط البيئي من خلال موضوع العقد، وبالتالي هل يمكن تصور اهتمام العلاقة التعاقدية من حيث هي بالبيئة؟

في الواقع فإنّ الالتزامات البيئية التي يتخذها المتعاقدون أو المتفاوضون في الفترة ما قبل العقد تعكس ليس فقط شكلا من أشكال التضامن، ولكن أيضا بظهور فرع قانوني جديد يعنى بضمان حماية الوسط البيئي، ألا وهي الحقوق البيئية المعروفة في الاصطلاح الفقهي بحقوق الإنسان الجيل الثالث.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن علاقة التكامل بين نظرية العقد وقانون البيئة

الفرع الأول: انعكاس نظرية العقد على مبدأ التضامن البيئي

يقوم قانون البيئة على فكرة التضامن بين الأفراد كواقع أنشأته تلك العلاقة الحيوية بين الأفراد والوسط البيئي، والتي اعتمد عليها المشرع لتكريس أهداف التنمية المستدامة، التي تستوجب أعمال نوع من التضامن الوجودي⁽⁵⁶⁾، على الأطراف التحلي به، والذي نعتقد أنّ من شأنه تقديم رؤيا جديدة حول التضامن التعاقدية.

ويجب الإشارة كذلك إلى أنّ هناك جوانب أخرى للقانون الخاص، يمكن أن تقرأ من منظور التنمية المستدامة⁽⁵⁷⁾ كمفهوم وليد الفكر المستوحى من نص المادة 03 من اتفاقية ريو دي جانيرو، حيث تم إدماجها بعد ذلك في القانون الفرنسي بواسطة قانون بارني ل 01 فيفري

1995 (Envir, Art. L. 110-1 C)، وكان جزءاً من ديباجة الميثاق الدستوري للبيئة، من أجل ضمان تنمية مستدامة، فهذه الخيارات المصممة من أجل تلبية الاحتياجات الراهنة، من خلال خلق توافق بين الحماية القانونية وتحسين البيئة من جهة، والتنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي من جهة أخرى، إذ تندمج القواعد القانونية مع قواعد التنمية المستدامة كمفهوم توجيهي يسمح بإرساء الأحكام المنظمة لحماية البيئة⁽⁵⁸⁾ في القانونين العام والخاص على حد سواء.

وفي ذات الاتجاه يشير الأستاذ مكي، في تعليقه على مشروع ماكرون (59) Le projet de loi Macron، إلى البعد الذي أخذه مشروع تعديل المادة 1833، مدني فرنسي بخصوص عقد الشركة بحيث أضافت إلى جانب حماية المصلحة العليا للشركاء، ضرورة أن تكون هذه الحماية في إطار احترام المصالح الاقتصادية والاجتماعية والبيئية داخل المجتمع. بقي الآن الوقوف على ما إذا كان هذا التضامن، حاملاً لمعان ونظرات أخرى تعزز من مفهوم التضامن العقدي، ذلك أنّ مبدأ التضامن يستند على المبادئ الأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع. وبقدر ارتباط الفرد بالمجتمع فهو كذلك مرتبط بمجموعة الأفراد داخل هذا المجتمع، كما أنّ نشوء فكرة الدين الاجتماعي الذي يجب أن يشترك فيه كل فرد، هو الذي يضيء الشرعية حول مدى اتجاه الحقوق والالتزامات لأغراض المجتمع، مما يترتب عليه نوعاً من الترابط الوثيق، يدعو الفرد تأدية دوره ووظيفته الاجتماعية⁽⁶⁰⁾.

حالياً وحسب اتجاه من الفقه، يكرّس هذا التضامن منحى قانونياً حديثاً يعمل على تطوير القانون الوضعي يهتم بالطرف الضعيف، بحيث يتجه نحو معاني الإيثار والتسامح والاحترام المتبادل بالإضافة إلى فضائل أخرى إضافية، كما يهدف إلى الوقاية من سيطرة مفهوم الإذعان على العلاقة التعاقدية، بالاستناد على إعادة اكتشاف حسن النية في تنفيذ الاتفاقيات المستوحاة من المادة 1-134 الفقرة 3 من القانون المدني الفرنسي⁽⁶¹⁾.

في هذا الإطار، على المؤسسات أن تراعي عند إبرام عقودها الخاصة بتصفية النفايات أو استغلال الحصى المتعلقة بانبعاث الغازات الدفيئة، الاعتناء بالمصالح المشتركة للأفراد، وليس فقط المنتجين للنفايات أو الغاز، مع أعمال النصوص التشريعية المتعلقة بالبيئة التي تساهم في توسيع مبدأ التضامن التعاقدية، الذي يدعو الأطراف إلى الاعتناء ليس فقط بمصالحهم الخاصة المحددة بالعقد، ولكن كذلك بمصالح الغير، وهذا ما يتجسد بشكل جلي من خلال حكم محكمة استئناف نانسي بتاريخ 26 سبتمبر 2007⁽⁶²⁾.

الفرع الثاني: انعكاسات نظرية العقد على الحقوق البيئية للإنسان

من منطلق دعوة المتعاقدين إلى الأخذ بعين الاعتبار المعطيات البيئية، كرّس التشريع البيئي الكثير من الأحكام المرتبطة بحقوق الإنسان البيئية⁽⁶³⁾، بحيث اعتبرت التشريعات البيئية في الكثير من أحكامها البيئة حقا إنسانيا، مما يدعو إلى التفكير في آفاق هذا الاتجاه، هذه الحقوق الجديدة المستوحاة من الميثاق البيئي المضافة إلى الدستور ابتداء من 01 مارس 2005، إضافة إلى الحقوق والواجبات المتضمنة في الميثاق البيئي جاءت لتكمل الأحكام الدستورية.

حيث ينص هذا الميثاق على حقوق الجيل الثالث التي تظهر حدود العلاقة بين الإنسان والطبيعة، والتي تقوم على فكرة حق الإنسان في العيش في بيئة متوازنة، مراعية للشروط الصحية. بالإضافة إلى تكريس حرية الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالبيئة لدى الهيئات العمومية، والمشاركة في القرارات العمومية.

ومن حيث الإلتزامات، يمكن الإشارة إلى واجب أن يتحمل كل إنسان جزءا من المساهمة في المحافظة وبحسن نية في حماية الوسط البيئي، وكذا الحيلولة دون تلويث البيئة أو على الأقل الحد منها، والعمل على إصلاح الضرر، فمبدأ الحيطة يدعو السلطات العمومية إلى توخي الحذر لاتقاء الأضرار، رغم عدم التأكد من وقوعها وفقا للمنطق العلمي، كمبدأ دستوري، وتشير المادة 05 إلى ضرورة العمل على إرساء قواعد تقوم عليها تنمية مستدامة، بشكل عام يقتضي إبرام عقود بيئية تطبيق تدابير احترازية ووقائية في مواجهة الأضرار المحتملة، فعقود تصفية النفايات تشكّل في واقع الأمر وسيلة للوقاية من أخطار المساس بالصحة العامة، كما يهدف الإلتزام بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه بمثابة إصلاح الضرر البيئي. كما يسمح بتكريس الإلتزامات البيئية مثل شروط الضمان البيئي، بتشجيع الأطراف المتعاقدة على الاستجابة أكثر للإلتزام بالوقاية ضد الأخطار البيئية، إلى جانب ذلك يكرّس الميثاق البيئي مبدأ العيش المشترك كهدف ذو قيمة دستورية يسمو على الحقوق الفردية في إطار بيئة متوازنة.

في هذا السياق صرح قاضي الموضوع وقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بضرورة إعطاء دعما قويا لهذا الطرح. لكن وكما أنّ للمدين هذا الحق الأساسي الجديد، يرى بعض الباحثين أنّ ذلك يتعلق بحق دائنيه الذي يُمكن للأفراد مطالبة الدولة به⁽⁶⁴⁾، في حين يرى جانب من الفقه بأنّ الحق في البيئة هو حق شخصي يحتج به في مواجهة الأفراد. ولعل هذا السبيل الوحيد الذي يمكننا من خلاله تصور تأثير حقيقي في قانون المسؤولية المدنية⁽⁶⁵⁾ بل وكذلك في إطار المجال التعاقدية، يمكن أن نلاحظ بوادر نشوء اتجاه نحو تأصيل وتأسيس نظرية العقد، الذي يترك مجالا إلى المطالبة ببعض الحقوق الشخصية في العقد مثل ما يتعلق بحرية تكوين الجمعيات⁽⁶⁶⁾، والحق في احترام الحياة الخاصة، وحديثا في مجال الإيجار

التجاري وحقوق الملكية الفكرية والصناعية والتجارية، حيث اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنّ هذه الحقوق لا تنفصل عن الحق في البيئة مثل ما هو الأمر بخصوص الحق في الحياة واحترام المسكن.

خاتمة

يمكن في الأخير القول بأنّ لقانون البيئة أن يعزز الإجراءات التشريعية، وكذلك يدعو القاضي إلى إضافة الالتزامات جديدة لأحكام العقد تهدف إلى حماية أفضل للإطار البيئي، قانون شخصي يتجه نحو مصالح مشتركة معتمدا في ذلك على حسه الإبداعي، وروحه النقدية وعلى النحو الذي اقترحته محكمة استئناف نانسي في حكمها الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 2007 في المجال الصناعي، تقديرا للمصالح البيئية في مواجهة المصالح الاقتصادية لإقرار مدى التوازن بين الالتزامات المحددة بموجب العقد سواء بدعم أو بدون دعم للشروط البيئية، حيث يضمن العقد السلامة البيئية بالإضافة إلى السلامة الجسدية والمادية المستوحاة من الالتزامات التعاقدية التي تهدف إلى تصفية النفايات، ففي مجال الاستهلاك مثلا يمكن لمدي الالتزام بالإعلام أن يصل إلى تأثير وتيرة الإنتاج على البيئة، من خلال تحديد الآثار الإيجابية والسلبية منها. فيتم الارتقاء من مجرد إعلام بيئي إلى التزام بيئي متغلبا على تلك الحدود التي تحول دون التوحيد أو أي وسيلة إرادية أخرى من شأنها أن تحول دون ذلك، عندما يتوجب على بعض الأشخاص إبرام عقودهم ذات الصلة بتحقيق أهداف إيكولوجية.

في الأخير وبالارتكاز على حق المشاركة والاستعلام بالنسبة لأشخاص القانون الخاص، عندما يمكن هذا الالتزام من تحقيق إعلام شامل، يسهّل للغير صاحب المصلحة أن يطلع على محتوى بعض العقود البيئية، ونقصد في هذا الصدد امتدادا لما هو موجود بالنسبة لعقود تصفية النفايات المبرمة بين أشخاص القانون الخاص الملزمون بالإعلام، بحيث تكون هذه المعلومات محل العقد معلومات قابلة للتداول وبالتالي في متناول الغير بما في ذلك الجمعيات المهتمة بحماية البيئة.

استنادا على هذه الملاحظة، يمكن دراسة قانون البيئة، من منظور اعتباره قانونا مستقلا، تدعيما لفكرة القانون البيئي كفرع قانوني خاص، وهذا بالطبع لتوسيع وتوضيح أهمية طبيعته الخاصة، ودون إغفال فكرة أنّ العقد ليس مجرد أداة أو تقنية صماء تستعمل كوعاء لحمل قيم قانونية معينة فقط، بل هو أحد الأعمدة الأساسية للقانون، وموضوع تخصص حي ومتطور، ذو أسس أصيلة قابلة للتجديد (قوة خلاقية)، مثل ما هو الحال بخصوص قواعد حماية الطرف الضعيف، والعمل على اتقاء المخاطر البيئية، كعيوب الإرادة المتعلقة بالالتزام بالإعلام، ضمان العيوب الخفية، توسيع مفهوم واجب التسليم في العقود الخاصة، كل ذلك يعتبر بمثابة إكتشاف حيوي قابل لتطوير مفهوم العلاقة العقدية. ومع ذلك

فإننا نعتقد بأن المتطلبات التي طرحها قانون البيئة منذ عدة سنوات، تستحق تمحيصا خاصا، لقيامها على قرارات وتشريعات نابعة من سياسة بيئية مقصودة ومحددة. والتفاتا إلى تلك الانشغالات التي يطرحها الشعور بواجب الحفاظ على المصالح المشتركة القائمة على العلاقة التلازمية، التي تربط الإنسان بالبيئة، نلاحظ أنّها تعكس لا محالة روح التضامن بين مختلف الفاعلين قصد حماية المصير المشترك، باستعمال وسائل القانون الخاص، والتي يمكن أن تساهم بدورها في إنعاش النظرية العامة للعقد.

وعليه فإنه من الواجب أن تحظى كافة الأنماط التعاقدية، والتقنيات القانونية المنبثقة عن التشريع البيئي، بالدراسة المستفيضة والمتأنية، حتى يمكن إثراء فكرة القانون الخاص البيئي، وحتى يمكن خلق نظرية عقدية بيئية خالصة، إلى جانب قانون المسؤولية المدنية البيئية، بل ويسمح للقانون البيئي بإعطاء نفس جديد لنظرية العقد، كما هو الحال بالنسبة لقانون حماية المستهلك، وقانون المنافسة.

هذه القراءة، جعلتنا نقف على جملة من الملاحظات التي صادفناها بين نظرية العقد وقانون البيئة وقد يكون كذلك أيضا مجرد نتيجة عن الاعتراف بالنظام العام الأيكولوجي، وتأثير مبدأ التضامن في مواجهة الأخطار البيئية. مما يستوجب منا التسليم بأن التحدي البيئي في العصر الراهن، يستوجب منا بالضرورة إعادة قراءة الطروحات القانونية المختلفة المهتمة بالمجال البيئي وتحديد مكانتها بالنظر إلى درجة الاهتمام الاجتماعي، وليس من منطلق القانون العام أو القانون الخاص، بحيث نعيد مَوْقَعَةَ قانون البيئة وفق التقسيم القانوني الحديث الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على حد سواء وفي ذات الوقت.

الهوامش:

(1) انظر في هذا الصدد: وناس يحي، الآليات القانونية لحماية البيئة في القانون الجزائري، دكتوراه قانون عام، جامعة تلمسان، 2007.

(2) M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, préface M.-A. Frison-Roche, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèse, vol. 7, 2001, p. 178 s.

(3) انظر في هذا الصدد:

M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préface J. Ghestin, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèse, vol. 32, 2004.

(4) Dir. du 21 avr. 2004 n° 2004-35, V. not. A. Van Lang, « La directive responsabilité environnementale et le droit administratif », *Environnement*, déc. 2005. p10.

(5) انظر في التعليق على أحكام القضاء الفرنسي:

Not. J.-P. Boivin, *Le droit des installations classées*, Le moniteur, 2^e éd., 2003, p. 494 s.

(6) حول تطور الحقوق الخاصة انظر:

L. Cadet, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, *Economica*, 1987, n° 24 s.

(7) J. Morand-Deville, « Le juste et l'utile en droit de l'environnement », *Mél. M. Prieur, Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p.321.

(8) حول الإلتزام بالإعلام في القانون الفرنسي يرجع الى:

J. Ghestin (dir), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, 3^{ème} éd.

(9) Loi. n° 92-646, JO 14 juill. 1992.

(10) في القانون الجزائري، مرسوم تنفيذي 06-198 مؤرخ في 4 جمادى الأولى عام 1427 الموافق 31 مايو سنة 2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج.ر. رقم 37، ص 09.

(11) Plan de Prévention des Risques Technologiques.

(12) Plan de Prévention des Risques Naturels.

(13) Il s'agit des installations soumises à autorisation et non à déclaration, Civ. 3^e, 20 juin 2007, V. Une interprétation stricte du champ d'application de l'article L. 514-20 du code de l'environnement, Environnement, août-sept. 2007. 30, n° 168, note M. Boutonnet .

(14) L. n° 2003-699, JCP N 2003, n° 40, 1350. Parmi les commentaires : F.-G. Trébulle et L. Fonbaustier, Réflexions autour de la loi relative à la prévention des risques technologiques et naturels, RD imm. 2004.23 s.

(15) D. Boulanger, « Diagnostic de performance énergétique et état de l'installation intérieure de gaz », JCP N, 29 sept. 2006, act. 576.

(16) D. Boulanger, « Les diagnostics techniques : nouveautés pour demain et aujourd'hui, le diagnostic de l'installation d'assainissement non collectif », JCP N 5 janv. 2007, act. 100.

(17) P. Lascoumes, *Un droit de l'environnement négocié*, GAPP, CNRS, 1990.

(18) Civ. 3^e, 17 nov. 2004, n° 03-14.038, JCP A 2005. 1127 obs. Ph. Billet.

(19) انظر في ذلك :

-Les difficultés révélées dans l'arrêt rendu par la Paris, 2^e ch. B, 13 févr. 2003, SCI Clavel Pasteur c/ Soc. Dassault Aviation, Juris-Data n° 2003-204181, Environnement, juill. 2003. 21, obs. F.-G. Trébulle.

(20) في التشريع الجزائري: القانون رقم 01-19 المؤرخ في 27 رمضان عام 1422 الموافق 12 ديسمبر سنة 2001، ج.ر. رقم 77 لسنة الثامنة والثلاثون، يتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ص 09. وراجع كذلك للقانون رقم 01-20 مؤرخ في 30 رمضان عام 1422 هـ الموافق 15 ديسمبر 2001، رقم 77 لسنة الثامنة والثلاثون، يتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة.

(21) Sur ce point V. M. Fabre-Magnan, th. préc. n° 573 s.

(22) Civ. 3^e, 27 oct. 1975, Bull. civ. III, n° 310, p. 234.

(23) RD imm. mai-juin 2003. 243.

(24) Le raisonnement de L. Leveneur sous Civ. 3^e, 4 avr. 2001, JCP N 2002. 25, au sujet de l'amiante dans un immeuble.

(25) Le raisonnement issu de l'arrêt Paris, 13 févr. 2003, JCP G 2003. II. 10075, note F.-G. Trébulle. V. aussi Civ. 3^e, 4 avr. 2001, CCC 2001. comm. 122, L. Leveneur.

(26) حول الالتزام الإداري :

- J.-P. Boivin, « Les nouveaux objectifs de la remise en état », BDEI mars 2006/2. P 45.

(27) انظر في ذلك :

- M.-P. Blin-Franchomme, « Le droit, le développement durable et l'entreprise éco-citoyenne : les places des accords environnementaux », in *Le droit saisi par la morale, travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques*, PU Toulouse, 2006, p. 217, également, Rev. europ. dr. envir. mars 2007.

(28) C.-A. Morand, « La contractualisation du droit dans l'état providence », p. 139 s. in F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Droit et société, 1991.

(29) F. Ost, *La nature hors la loi*, La découverte, 2003, 2^e éd., p. 115.

(30) T Code permanent Environnement et nuisances, n° 480-74 .

(31) L. n° 75-633 du 15 juill. 1975 ; dir. 75/442/CE du 15 juill. 1975, JOCE L 194, 25 juill. 1975.

(32) Th. M.-P. Lavoillotte, *Les contrats privés d'élimination des déchets*, préface M. Boutelet, PUAM, 2002, n° 4.

(33) N°92/43 CEE. Sur cet exemple de contractualisation, V. spéc. E. Truillhé-Marengo, « Contractualisation, réglementation : quelle articulation entre les outils de gestion des sites Natura 2000 ? », Rev. jur. envir. 2/2005. 131 s.

(34) décret du 20 déc. 2001 n° 2001-1216, JO, 21 déc. 2001, et circ. du 3 mai 2002 relative à la gestion contractuelle des sites Natura 2000, BO du ministère n° 02/6, 26 sept. 2002.

(35) « Du droit des pollutions agricoles », in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 137 s.

(36) JOCE L 160, 26 juin 1999, p. 80.

- (37) J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982. Chron. 1, spéc. p. 3.
- (38) Th. Revet, « Objectivation ou subjectivation du contrat, quelle valeur juridique ? », in La nouvelle crise du contrat, op. cit., p. 88.
- (39) - C'est ce que M. Mestre nomme « l'entité contractuelle » ou le contrat comme « bien », L'évolution du contrat en droit privé français, préc. p. 55 s.
- (40) J.-G. Belley, *Le contrat comme phénomène d'internormativité*, préc. p. 195.
- (41) حول المصلحة العامة في القانون العام يرجى الاطلاع بشكل خاص على :
-Le Rapport public du Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, 1999, Doc. fr., EDCE n° 50, spéc. D. Truchet, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, retour aux sources, p. 366.
- (42) F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 6^e éd., n° 86.
- (43) ولعل هذا ما توصل إليه القانون الفرنسي، حديثاً بخصوص مشروع نص المادة 1833 مدني فرنسي والذي يقترح فيه ضرورة إدراج مفهوم التنمية المستدامة كمحدد جديد للالتزامات التعاقدية، وفي هذا الصدد يمكن أن نقارن بين النص الحالي للمادة 1833 والنص المشروع: النص الحالي في صيغته الحالية:
-L'article 1833 du Code civil dispose dans sa version actuelle que « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».
- النص المقترح في إطار المشروع:
-L'article 1833, dans sa nouvelle formule, va plus loin encore : « après les mots : “ et être constituée dans l'intérêt commun des associés ” sont ajoutés : “ Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental ” ».
- انظر في هذا الصدد مقال للأستاذ مصطفى مكي على موقع دالوز- الطالب :
-<http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/le-projet-macron-et-le-nouvel-article-1833-du-code-civil-quand-la-force-du-droit-vient-de-la/h/ab58af973d31526e3f37a8c66b1ce8d7.html>
-أطلع عليه بتاريخ 2014/12/02.
- (44) M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004, préface J. Ghestin.
- (45) F.-G. Trébulle, « Du droit de l'homme à un environnement sain, Environnement », avr. 2005. 19.
- (46) art. L. 514-20 al. 3 c. envir.
- (47) L. Boy, « Les utilités du contrat », LPA 10 sept. 1997. 3.
- (48) Comme le montre bien L'ordre public à la fin du XXe siècle, coordination de Th. Revet, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, spéc. F. Terré, Rapport introductif, p. 3.
- (49) J.-L. Aubert, J. Flour et E. Savaux, Les obligations, 1. *L'acte juridique*, A. Colin, coll. U, 11e éd., 2004, n° 277.
- (50) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 9^e éd., n° 373; J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations ?* 2, Puf, 2004, n° 983 s.
- (51) Ibid. n° 288 s. V. J. Hauser, « L'ordre public et les bonnes mœurs », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 105.
- (52) Ph. Malaurie, L'ordre public et le contrat, étude de droit civil, th. Paris, 1951.
- (53) حول آليات القواعد العامة وقانون البيئة يرجى الاطلاع على :
- B. Wertenschlag, Propriétaires immobiliers, les réflexes en matière de pollution des sols, AJDI 2003. p20.
- (54) Civ. 3^e, 8 juin 2006, n° 687 FS-PB, Sté Total Fluide c/ SEM Plaine commune développement, La pollution appréhendée par la garantie des vices cachés ou le passage du risque environnemental au risque juridique, Environnement déc. 2006, n° 134, note M. Boutonnet.
- (55) Civ. 3e, 7 nov. 2007, n° 06-18.617, V. JCP N déc. 2007, note M. Boutonnet.
- (56) J.-L. Laville, « Solidarité et développement durable », in J.-P. Maréchal et B. Quenault (dir.), *Le développement durable, une perspective pour le XXI^e siècle*, PUR, p. 319.
- (57) F.-G. Trébulle, « Entreprise et développement durable », JCP E 2006. 1257, n° 6-7, p. 309 ; JCP E 2007. 1957, p. 30.
- (58) J. Morand-Deville, *Le droit de l'environnement*, Puf, Que sais-je ?, juill. 2003, p. 16.
- (59) Le projet de loi sur la croissance et l'activité, dit projet « Macron »
- (60) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, réédité par les éd. La mémoire du droit, Bibliothèque Léon Duguit, 1999, spéc. p. 27.

- ⁽⁶¹⁾ C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002. Chron. 901.
- ⁽⁶²⁾ Sur le « progrès des droits spéciaux », L. Cadet, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », *in* Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, n° 24 s.
- ⁽⁶³⁾ M. Déjeant-Pons, M. Pallemarts, *Droits de l'homme et environnement*, Council or Europe Publishing, 2002.
- ⁽⁶⁴⁾ B. Mathieu, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », Cah. Cons. const. n° 15, 2003. 145.
- ⁽⁶⁵⁾ A.-M. Leroyer, RTD civ. 2005. 470 et 490 s.
- ⁽⁶⁶⁾ Civ. 3e, 12 juin 2003, Société Les Marguerites, n° 02-10.778, obs. J. Rochfeld, RDC 2004. 231.

مراجعة المعاهدات متعددة الأطراف: بين تعدد المعاني وتباين حالات نفاذ أحكامها*

Dr. OUKIL Mohamed Amine,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

د. أوكيل محمد أمين،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تتصف عملية مراجعة المعاهدات متعددة الأطراف بتضارب المصطلحات وعدم دقة المعاني الدالة عنها، ويظهر هذا الاختلاف لدى كلا من الفقه والقانون الدولي الاتفاقي لاسيما اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، وكذا في الممارسة الدولية ذات الصلة. ولذلك ترمي هذه الدراسة لمحاولة إظهار الفوارق الموجودة بين هذه المصطلحات قصد الوصول إلى ضبط معنى دقيق للمراجعة، علاوة عن بيان أساليب إجراءات وحالات إحداثها لأثارها القانونية بالنسبة للأطراف المتعاقدة ومدى التزامهم بنتائجها.

الكلمات المفتاحية:

مراجعة المعاهدات، إعادة النظر، التعديل، التغيير

Revision of multilateral treaties: Between polysemy and different applications of provisions

Abstract:

The revision of multilateral treaties is distinguished by the difference in terminology and the vagueness of the meanings assigned to it. This difference between international doctrine and conventional law. While the former adopts the term "revision" or "re-examination" to refer to the amendment of the treaty, the 1969 Vienna Convention As well as in relevant international practice.

therefore This study is intended to try to show the differences between these terms in order to arrive at a precise meaning of the review, as well as to describe the ways in which they are conducted and their consequences for the contracting parties, and their commitment to their results.

Key words:

Review of treaties, revision, amendment, change.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/15 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/28 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Révision des traités multilatéraux : Entre polysémie et différents cas d'entrée en vigueur

Résumé :

La révision des traités multilatéraux se caractérise par la différence de terminologie et l'imprécision des sens qui lui sont donnés. C'est ce qui ressort de l'analyse de la doctrine, du droit international conventionnel, notamment la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, et de la pratique internationale en la matière. Ainsi, l'étude a pour objet de mettre l'accent sur la différence entre les termes en question, et ce, en vue de cerner le sens exact de la révision. Elle vise par ailleurs à clarifier les modalités de cette dernière et les cas de la production de ses effets sur les parties contractantes.

Mots clés :

Révision des traités, réexamen, amendement, modification

مقدمة

يُملي واقع تطور المجتمع الدولي منطقه على القواعد التي تحكم العلاقات الدولية، فالتغيير حتمية مؤكدة لا مناص لقواعد القانون الدولي من مواكبتها، ومن ثم فإنّ مراجعة هذه القواعد من الثوابت المُلحّة كلّما دعت الضرورة لذلك. والمعاهدات الدولية بوصفها المصدر الرئيسي لقواعد القانون الدولي العام لا تشذ عن هذه القاعدة، فقد تغدو قواعد المعاهدات بعد حين من الزمن متخلفة عن مسايرة النسق الدولي في تطوره مما يجعلها أقل انسجاماً مع تحولاته وضروراته المحيطة به، فتفرض الحاجة حينها مراجعة المعاهدة أو تعديلها أو إعادة النظر في أحكامها، كما قد يُنبئ تطبيق أحكام المعاهدة عن خلافات جذرية بين فرقائها لم تكن ظاهرة وقت إبرامها، فتكون المراجعة الخيار الأمثل لحسمها، وأياً يكن من أمر المعاني والمصطلحات المختلفة⁽¹⁾ التي يتخذها هذا الاجراء أو المبررات الموضوعية أو الوظيفية الدافعة له، فإنها تقتضي جميعها اتباع شروط وإجراءات قانونية تضبط عملية مراجعة المعاهدة تتقيّد بها الأطراف المتعاقدة.

بيد أن التزام الأطراف بإجراءات المراجعة يختلف بحسب نوع المعاهدة المعقودة، فالمعاهدات الثنائية لا تطرح إشكالات بشأن مراجعتها نظراً لارتباط هذا الإجراء بتوافق إرادة الطرفين المتعاقدين فقط، فحصول اتفاق بينهما كاف لِنفاذ آثار المراجعة بينهما، بخلاف المعاهدات متعددة الأطراف التي تأخذ عملية مراجعتها كصفات متعددة مردّها تضارب أوجه تكوين ارتضاء الأطراف حول مبدأ مراجعة المعاهدة؛ فقد تتوافق إرادة جميع الأطراف على مراجعة المعاهدة أو تعديل بعض أحكامها، كما يمكن أن يصدر ارتضاء بمراجعة المعاهدة من أطراف معيّنة دون أخرى، أو أن ينشأ توافق على تعديل أحكام من المعاهدة دون أخرى، كما يحدث أن يتم هذا الاجراء بين أطراف في المعاهدة فقط، بينما لا تُعنى بقية الأطراف بنتائجه. وهذه كلها طرق وأساليب ينسحب عليها مبدئياً مفهوم المراجعة، غير أنها متباينة من حيث التسميات التي تُطلق عليها أو إجراءات القيام بها، فضلاً عن اختلاف الأطراف الملزمين بنتائجها أي الذين تسري في حقهم آثار المراجعة، فالواقع العملي يُظهر أنّ إخضاع أي معاهدة للمراجعة

أو إدخال تعديلات عليها، يعترضه عادة رفض الأطراف المستفيدين من الاستمرار في تطبيقها وفق صيغتها الأصلية النافذة بها، وبالتالي هل يجوز قانونا إلزامهم قسرا بأحكامها المعدلة رغم مخالفة إرادتهم لها؟

إنّ الدراسة المقدّمة ترمي أساسا لتحديد مضمون مراجعة المعاهدات متعددة الأطراف المتّسم بتباين المصطلحات والمعاني الدالة عنه لدى كل من الفقه الدولي من جانب، والقانون والممارسة الدولية ذات العلاقة من جانب آخر، علاوة عن تباين سبل ترتيبها لأثارها القانونية في مواجهة كامل الأطراف المتعاقدة، وذلك من خلال تحديد ضوابط وإجراءات مراجعة المعاهدات ونظام سريان أحكامها على أطراف المعاهدة المعنية ومدى التزامهم بنتائجها، وهذا من خلال طرح الإشكالية التالية:

فيما يتمثل مفهوم مراجعة المعاهدات متعددة الأطراف؟ وما هي حالات إحداثها لأثارها القانونية بين أطرافها؟ تتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية: هل تعدد التسميات المستعملة للدلالة عن إجراء المراجعة مردّها تضخم في المصطلحات الدالة عليه فقط؟ أم هي ناجمة فعلا عن تمايز في معاني المراجعة؟ وهل التضارب الحاصل في مصطلحات أو معاني المراجعة يمتد لنتائج هذا الإجراء؟ وفيما تتمثل إجراءات وضوابط المراجعة؟ وكيف يتم ترتيب أثارها في حق الأطراف المتعاقدة؟

للإجابة عن الإشكالية والتساؤلات ذات الصلة بها، قمنا بتقسيم الدراسة إلى محورين، يتضمن الأول إشكالية تحديد مفهوم المراجعة، أما الثاني فيتعلق بآلية إجراءاتها ونظام سريان أثارها القانونية بين أطرافها.

المحور الأول: إشكالية تحديد مفهوم المراجعة: تعدّد في المصطلحات أم تمايز في المعاني؟

تطرح محاولة تحديد تعريف جامع ومانع للمراجعة إشكالا حقيقيا نظرا لكثرة المصطلحات المتداولة في هذا الصدد ولاتصالها جميعا بمفهوم المراجعة، الأمر الذي يُثير التساؤل حول تحديد مغزى ومؤدى هذه المصطلحات بالضبط: فهل هي مرادفات لمعنى واحد؟ أم مصطلحات مختلفة في المدلول؟، ولذلك نبين في هذا المحور تعريف المراجعة، وذلك بتحديد المصطلحات المستعملة من طرف الفقه والقانون الدوليين للتعريف بها (أولا) ثم استجلاء جوانب العلاقة فيما بينها من خلال تمييز المراجعة عن باقي المصطلحات المقاربة لها في المعنى أو المتداخلة معها في المضمون للوصول إلى ضبط معنى دقيق للمراجعة (ثانيا).

أولا/ تضارب مصطلحات المراجعة

تتعدد الاصطلاحات المتداولة في مجال القانون الدولي العام للدلالة على معنى مراجعة المعاهدات، من قبيل: "التعديل" و"التغيير" و"التنقيح" و"إعادة النظر". إنّ تعدد هذه التعابير حتى وإن كانت ظاهرا متقاربة في المعنى، فإنها ليست بالضرورة تهدف لتحقيق نتيجة واحدة،

سيما عند اتخاذها من طرف البعض كمرادفات لنفس المضمون،⁽²⁾ الأمر الذي أدى بالنتيجة إلى الخلط والغموض في ألفاظ القانون.⁽³⁾ وعليه نحاول فيما يلي إبراز التباين الموجود بين هذه المصطلحات، سيما ما بين الفقه الدولي (1) والقانون الاتفاقي (2).

1- في الفقه الدولي: يختلف فقهاء القانون الدولي في اعتمادهم مفردات التعبير عن مفهوم المراجعة، فمنهم من يتخذ هذه التعابير للدلالة عن نفس المفهوم وخاصة بالنسبة لتعبري "المراجعة" و"إعادة النظر"⁽⁴⁾، وقد أسهم في تعزيز هذا الخلط تجانس مصطلح "المراجعة" في اللغتين الفرنسية والإنكليزية «révision»، بينما يختلف مصطلح "إعادة النظر" في اللغة الفرنسية «réexamenle» مقارنة عنه باللغة الإنكليزية «review»⁽⁵⁾ وهناك من يُشرك في معنى المراجعة مصطلح التعديل «l'amendement»⁽⁶⁾، كما هناك من يستعمل مصطلح "التغيير" La modification⁽⁷⁾ وثمة من يُلحق مصطلحات أخرى بالمراجعة كالتنقيح مثلا⁽⁸⁾.

وفي الصدد يرى الأستاذ محمد بوسلطان "أن مصطلحي "المراجعة" و"التعديل" هما الأكثر تداولاً سيما في المؤلفات العربية، بينما يرى آخرون أن اعتماد مصطلح المراجعة في اللغتين الفرنسية والإنكليزية «revision» يقابله مصطلح إعادة النظر في اللغة العربية،⁽⁹⁾ وهذا مع ملاحظة الخلط الواضح في الترجمة (المراجعة/إعادة النظر)، أو التداخل مع مصطلحات أخرى: حيث يوجد من يُعرّف "إعادة النظر" في المعاهدة بأنه: "إعادة التدقيق في أحكام المعاهدة بقصد إدخال التعديلات الضرورية أو المفيدة"، كالأستاذ سموحي فوق العادة⁽¹⁰⁾ ومنهم من يرى في إعادة النظر مرادفاً لمصطلح "التنقيح"، كالأستاذ صلاح الدين عامر⁽¹¹⁾، أما الأستاذ أحمد أبو الوفا فهو أكثر وضوحاً بحيث يرى أن التفرقة بين هذه المصطلحات تُقام على محورين هما: "التعديل" و"التغيير" من جهة، و"المراجعة" و"إعادة النظر" من جهة أخرى،⁽¹²⁾ بحيث يرتبط إجراء كل من التعديل والتغيير بعدد محدود من نصوص المعاهدة، عكس المراجعة وإعادة النظر التي تهدف إلى تبديل كلي لأحكام المعاهدة أو إعادة بحثها من جديد، وهي مقارنة جديدة بالتأييد⁽¹³⁾ تتأكد صحتها عند التمييز بين المدلول القانوني لهذه المصطلحات أدناه. كما أن هذا الطرح يتقاطع إلى حد بعيد مع ما ذهب إليه الأستاذ "جون لوكا" "Jean Leca" في مؤلفه: "تقنيات مراجعة المعاهدات الدولية"، حيث يعتمد مصطلح المراجعة كمرجع عام،⁽¹⁴⁾ لكنه يُرجع فيصّل التفرقة بين المصطلحات المرتبطة بها إلى هدف الإجراء المُتخذ، بحيث ترمي المراجعة حسبه إلى تغيير نصوص المعاهدة ككل، فيما يكتفي التعديل بإحداث تغيير نسبي، وهو نفس الاستنتاج الذي انتهى إليه الأستاذ "Charles De Visscher" عند تمييزه إجراءات مراجعة أحكام ميثاق الأمم المتحدة طبقاً لنص المادة 109، مقارنة بإجراءات التعديل الخاضعة لأحكام المادة 108 منه⁽¹⁵⁾. وأياً يكن من أمر تعدد هذه المصطلحات أوتقاربها، فإننا نجد مصطلح «La révision» (المراجعة) الأكثر استعمالاً خاصة لدى الفقه الغربي⁽¹⁶⁾.

2- في القانون الدولي الاتفاقي: تختلف طريقة استعمال المصطلحات الدالة عن مراجعة المعاهدات بين ما نصت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (أ) وبين ما هو متداول في الممارسة الدولية (ب)

أ- في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات: بالرجوع إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بين الدول لعام 1969،⁽¹⁷⁾ نجدها قد اكتفت باعتماد مصطلحين فقط هما "التعديل" «Amendement» و"التغيير" «Modification» للدلالة عن مفهومين مختلفين، وهذا في الباب الرابع منها بعنوان: "تعديل المعاهدات وتغييرها" الواقع في المواد: 39 إلى 41 منها. أما علّة خلّو الاتفاقية من استعمال تعبير المراجعة «revision» فمردها الوقوع في إشكال المصطلحات الممتد أصلا إلى تضارب رؤى الفقه حوله، ولذلك ارتأت لجنة القانون الدولي عند دراستها لموضوع المراجعة في معرض تحضير اتفاقية المعاهدات ذات الصلة، تجنّب اعتماد هذا المصطلح لكونه مصدر الخلط والغموض والاستعاضة عنه بمصطلح "التعديل"، التي رأت أنه أشمل وأصدق منه وذلك بالرغم من اعترافها بمعارضة غالبية الفقه الدولي له⁽¹⁸⁾، وهذا عند مناقشة مشاريع المواد المشار إليها أعلاه والتي اعتمدت بعد التصويت عليها كلها خالية من تعبير المراجعة.

ب- في الممارسة الدولية: إن كانت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قد أثرت اتباع نقيض ما استقر عليه جُلُّ الفقه الدولي؛ في أن استعملت مصطلح "التعديل" كدليل للمراجعة، فإنّ الممارسة الدولية تكشف عن نمط مغاير لها تماما، فميثاق الأمم المتحدة مثلا قد اعتمد مصطلح "التعديل" في المادة 108 منه، بالإضافة إلى اعتماده في المادة 109 مصطلح "إعادة النظر" وفق النسخة العربية، لكنه قد استعمل مصطلح "révision" أي "مراجعة" للمادة ذاتها في النسخة الفرنسية. فمصطلح إعادة النظر كثيرا ما يُستعمل بدل مصطلح المراجعة في النسخ العربية للعديد من الاتفاقيات، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، نص المادة 26 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979،⁽¹⁹⁾ بالإضافة إلى نص المادة 8 من اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية مفرطة الضرر المبرمة في جنيف في 10 أكتوبر 1980،⁽²⁰⁾ بحيث نجد النسخ الفرنسية لمثل هذه الاتفاقيات واقعة تحت لفظ "révision" وليس "réexamen"، وهو الاصطلاح المقابل لترجمة إعادة النظر، وعليه تكون النسخ الفرنسية في هذه الحالات أكثر دقة من نظيرتها العربية.

و تجدر الإشارة إلى وجود بعض الاتفاقيات التي تقوم باستعمال مصطلح "التنقيح" للدلالة عن المراجعة، وهذا مع الإشارة إلى استعمالها مصطلح «La révision» في النسخ الفرنسية لها، كاتفاقية حدود المسؤولية عن المطالبات البحرية المبرمة بلندن يوم 19 نوفمبر 1976، التي تضمنت المادة 20 منها إجراءات "التنقيح" و"التعديل" و قد وردت بالنسخة

الفرنسية، بمصطلحي: «La révision» و«l'amendement»⁽²¹⁾، بالإضافة لاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 18 ديسمبر 1990،⁽²²⁾ التي تنص المادة 90 منها على إجراءات "تنقيح" المعاهدة ويقابلها لفظ «La révision» في النسخة الفرنسية، والأمر نفسه بالنسبة للاتفاقية الدولية للإنقاذ الموقعة بلندن في 28 أبريل 1989،⁽²³⁾ حيث تنص المادة 32 منها على إجراءات التنقيح والتعديل، بينما تكتفي بعض الاتفاقيات باستعمال مصطلح التعديل فقط، كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 31 أكتوبر 2003،⁽²⁴⁾ حسب ما ورد في نص المادة 69 منها.

مما سبق يظهر التضارب في المصطلحات الدالة عن المراجعة، فحيث نلمس استعمال بعض الاتفاقيات مصطلح التنقيح كمرادف لمصطلح المراجعة كما سبق بيانه أعلاه، يكثر استعمال مصطلحي: "إعادة النظر" و"التعديل" بشكل لافت، وهو ما يوحي حتما باختلاف المدلول لاصطلاحي لكل منهما مقارنة بالمراجعة، الأمر الذي يقتضي تحديد المضمون القانوني لكل من هذه المصطلحات بالضبط، وهذا ما نبينه من خلال التمييز بينها فيما يلي:

ثانيا/ تمييز "المراجعة" عن كلاً من "إعادة النظر" و"التعديل"

إنّ ما يعقد من أمر تعريف المراجعة تداخلها في المضمون مع مصطلحات أخرى مقاربة لها، وحتى تستوفي المراجعة مفهومها الدقيق لابد من إزالة الغموض الذي يكتنف صلتها بالمصطلحات الأخرى الأكثر تداولاً، ونعني بها كلاً من "إعادة النظر" (1) و"التعديل" (2).

1- تمييز المراجعة عن إعادة النظر: نقوم بتبيان الفرق بين مصطلحي "المراجعة" و"إعادة النظر" بالتطرق لموقف الفقه من ذلك (أ) ثم من خلال التطرق لبعض نماذج استعمالهما في الممارسة الدولية (ب)

أ- موقف الفقه الدولي: يعتبر مصطلحا المراجعة وإعادة النظر من أعم وأشمل التعابير الدالة عن تعديل المعاهدات، ولعلّ هذا ما دفع الكثير من الأساتذة والباحثين إلى توظيفهما كمرادفين كناية عن تعديل المعاهدة ككل،⁽²⁵⁾ بيد أن هذه النتيجة لا يمكن التسليم كليّة بصحتها، لأن هناك من الفقه من استطاع إبراز فيصل واضح بين المفهومين، كالأستاذ: "محمد بوسلطان"، حيث يعتبر إعادة النظر مرحلة تمهيدية من أجل المراجعة لكنها لا تؤدي بالضرورة إلى نتيجة أي إحداث تعديل في أحكام المعاهدة، هذا بخلاف عملية المراجعة التي تعد أكثر تنظيماً من إعادة النظر وتهدف دائماً إلى ترتيب تعديل أو تغيير في نصوص المعاهدة،⁽²⁶⁾ فإعادة النظر تقتضي من الأطراف المتعاقدة قراءة عامة لنصوص المعاهدة، بغرض البحث عن موطن القصور أو الخلل الذي لم يعد يُسائر الواقع الحديث قصد تعديله، أو الأمر بوقف تنفيذها مؤقتاً أو تفسير بعض نصوصها حسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف،⁽²⁷⁾ كما قد لا تتوج

هذه العملية باكتشاف هذه الأسباب مما لا يفرض جدوى المساس بنصوص المعاهدة وبالتالي الإبقاء عليها وفق شكلها الأصلي، بينما تنصرف إرادة الأطراف عند مراجعة المعاهدة مباشرة إلى نصوص معينة منها بالذات بغرض تعديلها، ولذلك يكون هدف المراجعة أكثر وضوحاً وتحديدًا من إعادة النظر، فنتيجة المراجعة تُفضي حتماً إلى التعديل الفعلي لنصوص المعاهدة، مقارنة بإعادة النظر التي لا تتطلب بالضرورة تعديل المعاهدة.⁽²⁸⁾

ب- في الممارسة الدولية: رغم ميل العديد من الاتفاقيات إلى اعتماد مصطلح إعادة النظر للدلالة عن مراجعة المعاهدة، تُظهر الممارسة الدولية وجود اختلاف في استعمال هذين المصطلحين: ذلك أن المراجعة قد تؤدي إلى استبدال المعاهدة ككل أو تغيير بعض نصوصها فقط، أو إضافة نصوص جديدة مع الاحتفاظ بالنصوص الأخرى المتضمنة في الاتفاقية الأصلية⁽²⁹⁾، ومثال ذلك: إضافة بروتوكول 1977 (الأول والثاني) إلى اتفاقية جنيف لعام 1949 المتعلقة بالمدينين والجرحى والمرضى وأسرى الحرب.⁽³⁰⁾، والأمر نفسه بالنسبة للبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية الذي يعد إضافة للعهد المذكور.⁽³¹⁾ وكذلك إضافة بروتوكول لندن في 2 نوفمبر 1973 لاتفاقية التدخل في أعالي البحار في حالة وجود تلوث زيتي المعتمدة ببروكسل في 29 نوفمبر 1969،⁽³²⁾ والأمر نفسه فيما يتعلق بإضافة البروتوكول الخاص بحظر أسلحة "اللازر" الموقع بجنيف في 13 أكتوبر 1995، لاتفاقية حظر وتقييد استعمال الأسلحة التقليدية مفرطة الضرر، المبرمة بجنيف في 10 ديسمبر 1980.⁽³³⁾، بينما لا يستدعي إجراء إعادة النظر في المعاهدة إضافة ملاحق أو أية إضافات لنصوصها، لذلك تكون عملية المراجعة أوسع من إجراء إعادة النظر، وهذا علاوة عن اعتبار إعادة النظر في المعاهدة كمرحلة تحضيرية للمراجعة كما سبقت الإشارة له.

2- تمييز المراجعة عن التعديل: نعرض لاختلاف المراجعة عن التعديل لدى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (أ) ثم في الممارسة الدولية ذات الصلة (ب)

أ- في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات: التعديل هو تغيير صريح لنصوص المعاهدة بين جميع أطرافها، ولذلك فهو مبدئياً أدق من المراجعة حسب مفهومها العام. ويرجع سبب تحديد مفهوم التعديل على هذا النحو إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، التي قامت باعتماد هذا المصطلح مسابقة في ذلك لجنة القانون الدولي التي رأت عند تحضيرها لمشروع الاتفاقية المذكورة، أنّ تعبير التعديل أصح وأشملاً قانوناً من المراجعة لتداخل معنى هذه الأخيرة مع إعادة النظر، وهذا مع اعترافها بالموقف المخالف لغالبية الفقه،⁽³⁴⁾ حيث اقتضت اتفاقية فيينا على استعمال مصطلح التعديل فقط وجعلت مضمونه مرتبطاً بتعديل نصوص المعاهدة برضا أطرافها، وهذا وفق ما تنص عليه المادة 40 من الاتفاقية، وعلى هذا الأساس، يقترن مصطلح "التعديل" بإجراء قانوني تنصرف آثاره إلى إحداث تعديل في نصوص المعاهدة بشرط

اتفاق جميع أو غالبية أطرافها، بينما لا ينطوي مفهوم "المراجعة" بالضرورة على هذا القدر من الدقة أي وجود اتفاق بين أطراف المعاهدة من عدمه، بقدر انصرافه الى تبيان وقوع تعديل لأحكام المعاهدة فقط. يكون على هذا الشكل مفهوم التعديل أكثر دقة وتخصيصاً مقارنة بالمراجعة التي تتسم بطابعها العام، ويزيد من دقة مفهوم التعديل اختلافه عن مصطلح "التغيير"، المقصود به إجراء تعديل لنصوص المعاهدة بين بعض أطرافها فقط دون سريان آثاره لبقية الأطراف الأخرى، حسب ما أشارت إليه المادة 41 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

ب- في الممارسة الدولية: باستثناء المادتين 40 و41 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، نشير أنه ليس في قواعد القانون الدولي العام أي قواعد عامة تنظم إجراءات التعديل أو تميزه عن المراجعة القانونية، لكن هذا لا يمنع من أن يكون أسلوب التبدل الذي تخضع له المعاهدة معيار التفرقة بين المراجعة والتعديل، حيث أنّ المراجعة غالباً ما تقتضي استبدال الوثيقة الأصلية بالوثيقة التي تمت مراجعتها (الجديدة)، في حين يُشير التعديل الى الاجراء الذي تم بموجبه تغيير بعض نصوص المعاهدة،⁽³⁵⁾ ولذلك يمكن اعتبار التعديل بمثابة تغيير نسبي أو جزئي لنصوص المعاهدة، بينما ترمي المراجعة إلى التعديل الكلي لنصوصها،⁽³⁶⁾ والمؤكد أنّ لهذه التفرقة سنداً بيننا في قواعد ميثاق الأمم المتحدة، ونعني بذلك نصي المادتين 108 و109 منه، حيث أشارت المادة 108 إلى التعديل النسبي لنصوص الميثاق، حين نصت بأنّ تعديل الميثاق يتوقف على موافقة ثلثي أعضاء الجمعية بما في ذلك موافقة كل الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن، بينما نصّت المادة 109 على إمكانية عقد مؤتمر عام لأعضاء الأمم المتحدة لإعادة النظر (المراجعة) "révision" وفق النسخة الفرنسية في ميثاقها⁽³⁷⁾، بعد تحديد المكان والزمان من قبل الجمعية العامة بموافقة أغلبية ثلثي الأعضاء وموافقة 9 أعضاء من مجلس الأمن، حيث يُستنتج من طبيعة الشروط والمعايير الواردة في كلتا المادتين، التباين الواضح بين إجراءات التعديل والمراجعة، وبالطبع فإنّ المراجعة الشاملة لنصوص الميثاق تقتضي توفر شروط وإجراءات أكبر كالدعوة لانعقاد مؤتمر دولي مع ضرورة موافقة غالبية محددة من أعضاء مجلس الأمن، مقارنة بالشروط المتعلقة بإجراء التعديل التي لا تستدعي توفر نفس المعايير، وقد خضع الميثاق فعلاً لتعديل بعض نصوصه إعمالاً لنص المادة 108، غير أنه لم يخضع للمراجعة المنصوص عليها في المادة 109.⁽³⁸⁾

الجدير بالذكر أنه باستثناء ما ذهبت إليه لجنة القانون الدولي عند تقنينها لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات حول عدم جدوى وضع تفرقة بين "التعديل" و"المراجعة"، فإننا نجد العديد من الاتفاقيات، على غرار ما هو وارد في ميثاق الأمم المتحدة أعلاه، لازالت تُحافظ على تفرقة واضحة بين "التعديل" الذي يتسم بالنسبية، وبين "المراجعة" التي تشمل نصوص

المعاهدة بشكل عام⁽³⁹⁾، ورغم إقرارنا بأن ثمة اتفاقيات أخرى لا تُقيم تمييزاً بين التعديل أو المراجعة أو أساليب إجرائهما، إلا أننا نرى أنه من المفيد الإبقاء على هذه التفرقة بين المصطلحين لكونهما الأكثر بروزاً وتداولاً في الممارسة الدولية⁽⁴⁰⁾، فضلاً على أن كلا منهما يعبر عن وضع قانوني مخالف جزئياً للوضع الآخر خاصة في بعض جوانبه الشكلية: ف"التعديل" ينصرف مفهومه عادة إلى تحديد الإجراء الرامي لتغيير نص أو بعض نصوص المعاهدة أي إحداث تعديل نسبي لأحكامها فقط، في حين تهدف "المراجعة" غالباً إلى تعديل كافة نصوص المعاهدة أو استبدال نصوص المعاهدة بوثيقة جديدة أو الاحتفاظ بوثيقة المعاهدة مع إضافة ملاحق لها، ولذلك ينطبق عليها وصف التعديل الكلي، علاوة عن ذلك، يتبين لنا من دراسة بعض الاتفاقيات، أن المبادرة بالتعديل يكفي أن تقدمها دولة واحدة حتى تكون قابلة للعرض على الإقرار من طرف بقية الدول الأطراف، مقارنة بإجراءات المبادرة بالمراجعة التي تقتضي توفر نصاب معين لتقديمها كاشتراط موافقة ثلث الدول الأعضاء مثلاً، فضلاً على كون المبادرة بالتعديل يجري إقرارها بواسطة أغلبية معينة، بينما تقتضي عملية إقرار المراجعة عادة عقد مؤتمر للدول الأطراف خصيصاً لذلك.⁽⁴¹⁾

ومما سبق نستنتج أنه يمكن التماس تفرقة نسبية بين المصطلحات المختلفة الدالة عن المراجعة، مما يدل بأن هذه التعابير ليست بالضرورة مرادفات لنفس المضمون، فالمراجعة مثلاً قد تهدف إلى إحداث تعديل شامل لنصوص المعاهدة أو إضافة ملاحق لها، عكس التعديل الذي يقصد به في بعض المعاهدات إحداث تغيير جزئي لأحكام المعاهدة، أما لفظ "إعادة النظر" فيلحق غالباً بالمراجعة إما كمرادف لها كما هو الشأن بالنسبة لمصطلح "التنقيح"، أو قد يأتي بشكل أدق كمرحلة أولية وتحضيرية للمراجعة، أما لفظ "التغيير" فهو قريب من معنى "التعديل" في كونه يرمي إلى إحداث تعديل في بعض أحكام المعاهدة فقط، ولكنه يختلف عنه في الأثر الذي يحدثه بين أطرافها، بحيث يلتزم به عدد محدود فقط من أطراف المعاهدة ولا يسري أثره على بقية أطرافها كما هو الحال بالنسبة للتعديل أو بالنسبة للمراجعة، وهذا ما نحاول تبياناه بالتفصيل من خلال بحث أساليب مراجعة وتعديل المعاهدات الدولية وحالات نفاذ أثارها القانونية في المحور التالي.

المحور الثاني: آلية مراجعة (تعديل) المعاهدات ونطاق سريان أثارها القانونية

لما كان مبدئياً اختلاف مفهوم كلا من المراجعة والتعديل ممكناً من حيث نطاق الأثر الناجم عن كل إجراء، فإن ضوابط وأساليب إجرائهما ليست بالضرورة مختلفة فقد تكون متجانسة، بحيث يجوز مقدماً للأطراف المتعاقدة مراجعة أو تعديل نصوص المعاهدة باتباع نفس الإجراءات الواردة في الاتفاقية المعنية وذلك عندما تخلو نصوصها من أية قيود تحظر ذلك، أو بمراعاة الأحوال التي تشترط تحقق ضوابط محدّدة.⁽⁴²⁾، غير أن الإشكال يقوم في حالة

سكوت نصوص المعاهدة أصلاً عن مبدأ المراجعة أو التعديل، الأمر الذي يستدعي بالضرورة حصول اتفاق بين أطراف المعاهدة لتعديل نصوصها، لكون الاتفاق هو المعيار الأساسي لإقرار مراجعة المعاهدة (أولاً) ولترتيب أثارها القانونية بين أطرافها (ثانياً)

أولاً/الاتفاق كمعيار لإقرار مراجعة المعاهدات

جاءت اتفاقية فيينا مؤكدة لمبدأ الاتفاق، وذلك في نص المادة 39 منها: "يجوز تعديل المعاهدات باتفاق أطرافها". غير أن الاتفاقية لم تحدد صراحة شكل الاتفاق أو طبيعته وإنما جعلت منه قاعدة عامة لأي تعديل، بحيث يأخذ الأخير أشكالاً مختلفة للتعبير عن إرادة أطراف المعاهدة له، وذلك بأن ترتضيه هذه الأطراف صراحة (1) أو ضمناً (2).

1-الاتفاق الصريح على مراجعة المعاهدة: تقوم المعاهدات مسبقاً على شرط الاتفاق، لذلك فإنّ الاتفاق الصريح يكون الأسلوب الأنسب لتعديلها أو مراجعة أحكامها، ويأخذ هذا الاتفاق شكل معاهدة جديدة، لكنّ عملية صدور هذا الاتفاق قد يعترضه إشكال أساسي مردّه ضرورة التوفيق بين رغبة بعض فرقاء المعاهدة في إخضاع أحكامها للمراجعة وتمسك أطراف أخرى بأحكامها الاصلية من دون أيّ تعديل، وهو ما قامت اتفاقية فيينا بحسمه عن طريق وضعها لأسلوبين مختلفين يجري بهما الاتفاق الصريح لتعديل المعاهدات، وهما: التعديل (أ) والتغيير (ب)

أ- الاتفاق على مراجعة المعاهدات بين جميع أطرافها: (التعديل): في هذه الحالة تشمل مراجعة المعاهدة جميع أطرافها المتعاقدة، وقد نظمت اتفاقية فيينا الحالة المذكورة في نص المادة 40 منها بعنوان "التعديل"، بحيث ينبغي أولاً أن يتم إخطار جميع الأطراف بشأن اقتراح التعديل، كما أنّ كل الأطراف لها الحق في المشاركة في اتخاذ القرار الخاص باقتراح التعديل، علاوة عن حقها في المشاركة في التفاوض وفي إبرام الاتفاق الجديد حوله، ويمكن للدول التي ليست أطرافاً في المعاهدة المراد تعديلها والتي لها الحق في أن تصبح أطرافاً فيها، أن تشارك الفرقاء في المعاهدة إجراءات الاتفاق على تعديلها أي التفاوض وإبرام اتفاق تعديلها⁽⁴³⁾. وبالتالي يمكن الاستنتاج بأن جميع الدول التي ارتضت الالتزام بالمعاهدة لديها كامل الحق في المشاركة في تعديل أحكامها، لكن هل ذلك مفاده أن قواعد التعديل قائمة كذلك على إجماع كافة الدول الأطراف في المعاهدة؟

إنّ مبدأ مشاركة كافة أطراف المعاهدة في مراجعة أحكامها لا يعني بالضرورة أنّ المبادرة بالتعديل تتوقف على إجماع الدول الأطراف كلّها، كما لا يفهم بتاتا أنّ الاتفاق على التعديل يُعتمد بإجماع الدول كلّها، وإنما تكمن الغاية من المبدأ المذكور في حفظ حق الأطراف المتعاقدة في المشاركة باقتراح التعديل والمساهمة في إجراءاته لاغير، أما قواعد الاعتماد ونسبته فتُحدّد سلفاً في متن المعاهدة الاصلية مثلما هو متبع غالباً في جُل المعاهدات متعددة الأطراف⁽⁴⁴⁾، أما

في حالة خلو المعاهدة المعنية من معيار محدد لإقرار التعديل⁽⁴⁵⁾، فالدول الأطراف تسن هذا الاجراء وفق ما تنص عليه الفقرة (أ) من المادة 40 المذكورة أدناه.

ب- الاتفاق على مراجعة المعاهدات بين بعض أطرافها فقط: (التغيير): قد تتوفر لدى بعض أطراف المعاهدة دوافع ومستجدات مشتركة تعزز من تقاربها، الامر الذي يدفعها إلى تمتين الرابطة التعاقدية فيما بينها عن طريق الاتفاق على إحداث تغيير في نصوص المعاهدة يتماشى مع تلك الدوافع التعاقدية،⁽⁴⁶⁾ وفي هذه الحالة يتم تعديل المعاهدة بين عدد محدود من أطرافها فقط، لكون اتفاق التعديل يكون مغلقا أو مقصورا على بعض أطراف المعاهدة فقط أي ليس متاحا لكافة أطرافها. وقد جاءت المادة 41 من اتفاقية فيينا بعنوان: "الاتفاقيات الخاصة بتعديل المعاهدات متعددة الأطراف فيما بين بعض أطرافها فقط"، لذلك يصطلح على هذا الأسلوب مسمى: "التغيير" "la modification" لتمييزه عن التعديل "l'amendement" السابق بيانه الذي يشمل تعديل المعاهدة بين جميع أطرافها، وليس بين عدد محدود منها فقط،⁽⁴⁷⁾ بحيث تحدد المادة 41 حق الدول الأطراف في معاهدة،⁽⁴⁸⁾ إبرام أي اتفاق فيما بينها لتغيير بعض أحكامها.

يمكن الاتفاق على تغيير أحكام المعاهدة، إذا كانت المعاهدة المعنية لا تمنع ذلك أو تنص على جواز التغيير. ويشترط لصحته ألا يؤثر على تمتع الأطراف الأخرى في المعاهدة بحقوقهم المقررة لهم، وبأدائهم للالتزامات المفروضة عليهم. كما يشترط ألا يتناول اتفاق التغيير أحكاما من شأن تطبيقها إحداث تناقض مع جوهر المعاهدة والغاية من إبرامها، وهو شرط شبيه بقيود التحفظ الواردة في نص المادة 19 من اتفاقية فيينا، بحيث ينبغي أن يكون التغيير المراد إحداثه في نصوص المعاهدة ملائما لموضوعها.⁽⁴⁹⁾ وبغية تعضيد هذا القيد، تشترط اتفاقية فيينا على الدول الراغبة في الاتفاق على تغيير نصوص المعاهدة أن تبلغ بقية الأطراف المتعاقدة بالإجراء الذي تعزم القيام به،⁽⁵⁰⁾ وهذا ما يسهل عليها إمكانية دراسة مدى ملاءمته مع نصوص المعاهدة وعدم عرقلته للتطبيق الأمثل لأحكامها.

2- الاتفاق الضمني على مراجعة المعاهدة: إذا كان الأصل أن أسلوب مراجعة المعاهدات أو تعديل نصوصها يتم باتفاق صريح بين فرقائها، فإنه ليس ثمة مانع من إجراء هذا التعديل باتفاق ضمني بين الأطراف المتعاقدة، يُستمد من السلوك والتعامل اللاحق له (أ) أو نتيجة تطور قواعد القانون الدولي العام (ب).

أ-مراجعة المعاهدة بالتصرف اللاحق: يمكن التماس تعديل أحكام المعاهدات بطريقة ضمنية في بعض التصرفات أو التعاملات أو المواقف الصادرة عن الأطراف المتعاقدة.⁽⁵¹⁾ وبالرغم من كون اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قد جاءت خالية من هذا الأسلوب، إلا أن هذا لا يعيظر أعماله في الممارسة الدولية، فالعمل الدولي يُبين حالات عديدة تم اللجوء فيها

لتعديل المعاهدات عن طريق السلوك اللاحق، فقد أمكن تعديل التوازن الذي أنشأه ميثاق الأمم المتحدة بين مجلس الأمن والجمعية العامة في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين لصالح الأخيرة، وذلك بعد صدور قرار الجمعية العامة رقم (5/377)، المعروف بـ: "الاتحاد من أجل السلم" الذي جرى التعامل اللاحق للمنظمة على اتباعه وارتضته مجموعة الدول الأعضاء.⁽⁵²⁾ كما جرى العمل على اعتبار أن امتناع عضو دائم في مجلس الأمن عن التصويت لا يحول دون اتخاذ قرار من المجلس، وذلك خلافا لما تنص عليه المادة 27 من ميثاق الأمم المتحدة في فقرتها الثالثة التي بموجبها تصدر قرارات المجلس في المسائل غير الإجرائية بموافقة تسعة من أعضاء من بينهم جميع أصوات الأعضاء الدائمين، حيث صار الامتناع عن التصويت لا يعترض صدور قرارات مجلس الأمن⁽⁵³⁾ وعللت ذلك محكمة العدل الدولية باستقرار الممارسة الدولية على هذا التعامل.

ب- تعديل المعاهدة نتيجة تطور قواعد القانون الدولي العام: يمكن تعديل نصوص المعاهدة نتيجة ظهور قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي العام، فمن المتصور مثلا أن تؤدي نشأة قاعدة قانونية عرفية الى تعديل نصوص معاهدة قائمة سابقة في نشأتها عن تاريخ نشأة هذه القاعدة العرفية⁽⁵⁴⁾ والأمر نفسه بالنسبة لتطور مبادئ القانون الدولي فإذا استقر مبدأ دولي جديد، يمكنه أن يدفع الى تعديل أو مراجعة ضمنية لنصوص المعاهدة الدولية السابقة عنه في التكوين.

وتجب الإشارة الى أن أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قد جاءت جميعها خالية من معالجة هذا الأسلوب من التعديل، غير أنها نصت على تنظيم حالات انقضاء وبطلان المعاهدات الدولية في حال تعارضها مع وجود قواعد أمره لحظة إبرامها⁽⁵⁵⁾ أو في حالة ظهور قواعد دوليه أمره جديدة في القانون الدولي يؤدي تطبيقها الى التعارض مع أحكام معاهدة قائمة،⁽⁵⁶⁾ ونشير أنه في كلتا الحالتين، يمكن فصل النصوص المتعارضة مع القواعد الأمرة لتلافي بطلان المعاهدة، أو تعديل هذه الأحكام بالصفة التي تجعل الاستمرار في تطبيقها ممكنا دون حصول إخلال بسريان القواعد الدولية الأمرة، نظرا لاستحالة مخالفة أو نقض هذه القواعد أو تعديلها إلا بقواعد أمره لاحقة لها نفس الطابع، كما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

ثانيا/ نفاذ أحكام المراجعة في مواجهة الأطراف المتعاقدة

لا يؤدي إقرار أو اعتماد نص المعاهدة عقب الاتفاق على إجراء المراجعة أو تعديلها إلى التزام الأطراف به تلقائيا، بل ينبغي أن تعبر هذه الأطراف عن ارتضاءها للالتزام به صراحة حتى يكون نافذا في حقها،⁽⁵⁷⁾ الأمر الذي يطرح التساؤل بشأن مدى نفاذ أحكام المعاهدة المعدلة في مواجهة الأطراف الراضية للتعديل أو غير المعنية به؟ للإجابة عن هذا التساؤل، سنبحث فيما

يلي آثار تعديل المعاهدة في مواجهة جميع أطرافها دون استثناء(1) ثم آثار التعديل في مواجهة الأطراف القابلة له فقط(2).

1- نفاذ أحكام المعاهدة المعدلة بين جميع أطرافها دون استثناء: تخضع مسألة نفاذ أحكام

المعاهدة بين جميع أطرافها لقاعدتين مختلفتين: الإجماع (أ) والأغلبية (ب)

أ- التعديل بالإجماع: إن الدول غير ملزمة مبدئياً بتنفيذ أي التزام تعاقدي مالم يكن نابعا عن محض إرادتها، ولذلك فالمفروض ألا تثير المعاهدات المعدلة بين جميع أطرافها أية إشكالات طالما ارتضتها كافة هذه الأطراف، فبمجرد دخول التعديلات حيّز النفاذ تحدث آثارها القانونية بين جميع أطراف المعاهدة المعدلة دون استثناء، بحيث تلتزم بها كل دولة تكون طرفا في المعاهدة المعدلة،⁽⁵⁸⁾ فإجماع الدول على تعديل المعاهدة يكون سببا لقبولهم الالتزام بتنفيذ أحكامها، ولا تزال قاعدة الاجماع تجد استمرارا في التطبيق بالنسبة لمسألة الالتزام بتعديل المعاهدات محدودة الأطراف، وحسبنا أن نشير في هذا الصدد إلى معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي الموقعة في مراكش يوم 17 فبراير 1989⁽⁵⁹⁾ التي اشترطت إجماع كافة الدول الأطراف في المعاهدة المنشئة للاتحاد لنفاذ أي تعديل لأحكامها، حيث جاء في نص المادة 18 منها الآتي: " يتم تعديل أحكام هذه المعاهدة بناء على اقتراح إحدى الدول الأطراف، ويصبح هذا التعديل نافذ المفعول بعد موافقة جميع الدول الأطراف عليه". وبطبيعة الحال موافقة الدول على الالتزام بالتعديل تتم وفق إجراءاتها الدستورية.

ب- التعديل بالأغلبية: تسود قاعدة الأغلبية مسألة نفاذ أحكام تعديل المعاهدات متعددة الأطراف، ويمكن الجزم بأنها القاعدة العامة في العمل الدولي، وهذا رغم مساسها الصريح بإرادة الأطراف الأخرى الرافضة للتعديل، لكن ذلك لم يمنع من استمرار أعمالها في الممارسة الدولية الراهنة، ويمكن رد ذلك لأسباب متفرقة: فمن المتعذر عمليا الوصول إلى إجماع كافة الأطراف المتعاقدة⁽⁶⁰⁾ حول إنفاذ تعديلات معينة مهما كانت صحتها والجدوى منها لتضارب وجهات النظر واختلاف سياسات ومصالح الدول، كما أنه لا يستوي قانونا ومنطقا اشتراط إجماع كافة الأطراف المتعاقدة لإقرار الالتزام بتعديل معين لمعاهدة ما قد سبق الاتفاق على الالتزام بقواعدها بالأغلبية فقط.

وهكذا نجد العديد من المعاهدات تنص على سريان أحكام التعديل على جميع الدول الأعضاء إذا ما صادقت عليه أغلبية الدول الأطراف، أي عند مصادقة ثلثي الأعضاء مثلا يتم نفاذ التعديل، وتسري أحكامه في مواجهة كافة الأطراف بما فيها تلك التي لم تصادق على التعديلات ومن أمثلتها ما ورد في نص المادة 108 من ميثاق الأمم المتحدة، وكذا في نص الفقرة الثالثة من المادة 25 من اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة بمابوتو في 11 يوليو 2003،⁽⁶¹⁾ ولا يُشترط أن تكون الأغلبية المطلوبة موصوفة، فقد يتم التعديل بالأغلبية

البسيطة إن نصت الاتفاقية الأصلية عليه صراحة أو نصت على شرط الأغلبية من دون تحديد نصابها. ولعل أهم ما يمكننا استخلاصه في هذا الصدد، أنّ اتخاذ أسلوب الأغلبية لسريان أحكام المعاهدة المعدّلة في مواجهة الأطراف بما فيها تلك الراضية للتعديل، يكون مرعياً عادة بنص صريح في صلب الاتفاقية الأصلية، كما أنه لا يوجد مانع عند خلو الاتفاقية من مثل هذا الشرط، يحول دون اتفاق أطراف المعاهدة صراحة على اعتماده لاحقاً كقاعدة لنفذ التعديلات في مواجهة كافة الأطراف، سيما إذا كانت هذه التعديلات ضرورية لمواكبة الظروف المستجدة أو لاستمرارية تطبيق أحكام المعاهدة ككل.

2- نفاذ أحكام المعاهدة بين الأطراف القابلة للتعديل فقط: تظهر مسألة تحديد سريان أحكام المعاهدة المعدّلة في مواجهة الأطراف القابلة للتعديل، عند خلو الاتفاقية الأصلية من نمط معيّن لقبول الالتزام بالتعديل، أو عند نص الاتفاقية صراحة على أنّ التعديلات المستحدثة تلزم الأطراف القابلة لها فقط، حيث يقتضي الأمر في هذه الحالة التمييز بين وضعين مختلفتين، يكون الفيصل بينهما ميعاد التزام الأطراف بالمعاهدة، أي قبل دخول التعديل طور النفاذ (أ) أو بعده (ب).

أ- الأطراف الملتزمة بالمعاهدة قبل دخول التعديلات حيز النفاذ: تعتبر الأطراف المشاركة في الاتفاق على التعديل، غير ملزمة بتنفيذ أحكامه تلقائياً، بحيث يبقى ذلك خاضعاً لإرادتها في قبول الالتزام به أو رفضه، فكل دولة طرف في الاتفاق الأصلي يمكن ألا يلزمها الاتفاق الجديد إن رفضت ذلك صراحة، هذا ما لم تنص المعاهدة المعنية على نفاذ التعديل في مواجهة كافة الأطراف كما سبقواًشّرنا إليه. أما الدول الأخرى التي ليست أطرافاً في الاتفاق المعدّل فلا يشملها التعديل ولا تسري أحكامه في مواجهتها، بحيث تبقى هذه الأطراف ملزمة بالمعاهدة الأصلية دون المعاهدة المعدّلة. وعادة ما يردّ في هذا الخصوص نص صريح في المعاهدة المعنية حيث نجد على سبيل المثال، الفقرة الثالثة من المادة 90 من اتفاقية الأمم المتحدة لحماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم،⁽⁶²⁾ تنص على: "متى بدأ نفاذ التعديلات فإنها تصبح ملزمة للدول التي قبلتها، أما الدول الأخرى فتبقى ملزمة بنص هذه الاتفاقية"، وهذا ما يتفق مع مبدأ الرضائية في التعاقد وحرية الارتباط بالتصرفات الدولية، بحيث لا تلتزم بالمعاهدة المعدّلة إلاّ الدول التي قبلت أحكام التعديل صراحة أو صادقت عليه، ونؤكد ذلك بما جاء في نص المادة 51 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان، التي أجازت لكل دولة طرف فيه، الحق في تقديم اقتراحات مكتوبة لتعديل الميثاق، تدخل حيز النفاذ بالنسبة للدول المصادقة عليها فقط.⁽⁶³⁾

يبقى التنويه هنا أن العلاقات بين الأطراف المتعاقدة في المعاهدة الأصلية والأطراف المتعاقدة في المعاهدة المعدّلة، تحكمها القواعد الخاصة بالمعاهدات المتتابعة المنظمة بموجب المادة 30 من اتفاقية فيينا.⁽⁶⁴⁾ بحيث تنطبق أحكام المعاهدة الأصلية على الحد الذي لا

يتعارض فيه نصوصها مع نصوص المعاهدة المعدلة فقط، وذلك شريطة ألا تكون المعاهدة الأصلية ملغاة أو عُلّق العمل بها مثلما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 59 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

ب- الأطراف الملتزمة بالمعاهدة بعد دخول التعديل حيّز النفاذ: يُثار هنا التساؤل بخصوص وضع الدول الملتزمة أو المنضمة للمعاهدة بعد دخول التعديلات حيّز النفاذ؟ ذلك أنّ العمل الدولي يُثبت أن العديد من الدول تترتب في التعبير عن رغبتها في التصديق أو الانضمام إلى المعاهدات لأسباب مختلفة، ولكن قد يحدث أن تنضم دولة إلى معاهدة ما بعد دخول التعديلات عليها طور النفاذ، ففي هذه الحالة، هل تكون الدولة المنضمة ملزمة بالمعاهدة المعدلة فقط دون المعاهدة الأصلية؟ أم العكس؟

جاءت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لتضع حلولاً لهذا الإشكال بحيث يعتبر الأشخاص المنضمين لاحقاً، أطرافاً في المعاهدة الأصلية وأطرافاً في نفس الوقت في المعاهدة المعدلة كذلك، ما لم يعبروا صراحة عن خلاف ذلك.⁽⁶⁵⁾ وعلى هذا الأساس تكون الدول الملتزمة بالمعاهدة المعدلة بعد دخول الاتفاق الجديد حيّز النفاذ طرفاً في هذه المعاهدة في مواجهة كافة أطرافها، وطرفاً كذلك في المعاهدة الأصلية وذلك في مواجهة الأطراف غير الملتزمين فيها بالاتفاق الجديد فقط،⁽⁶⁶⁾ وهذا ما لم تتحفظ هذه الدولة على ذلك أو تعبر صراحة عن أي موقف مخالف. أما عن العلاقة بين الدول الأطراف في المعاهدتين الأصلية والمعدلة مع الدول الأطراف في إحدى المعاهدتين المعدلة أو الأصلية فقط، فتخضع التزامات الأطراف وحقوقهم إلى الأحكام المشتركة بين المعاهدتين⁽⁶⁷⁾ وهذا وفق ما تحدده لنا الفقرة الرابعة من المادة 30 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

خاتمة

لا يستقر العمل الدولي على مصطلحات معيّنة للدلالة على مسألة مراجعة المعاهدات الدولية متعددة الأطراف، سيما بين ما هو سائد لدى الفقه الدولي، ذلك أنه منقسم حول الاتفاق على مصطلحات موحدة علاوة عن الاتفاق عن مضمون واحد للمراجعة، فهناك من يرى أنه تعدد في المعاني فحسب، في حين يبيّن جانب آخر أن ثمة اختلاف بينها خاصة فيما يتعلق بمصطلح المراجعة مقارنة بالتعديل، كما أنّ القانون الدولي الاتفاقي يكشف عن استعمال تسميات مختلفة في هذا الشأن، سيما في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تستعمل مصطلحي التعديل والتغيير فقط، مقارنة بالممارسة الدولية ذات العلاقة التي تختلف بدورها في كيفية استعمال هذه المصطلحات، فمع الإقرار بأن ثمة اتفاقيات لا تقيم تفرقة بين التعديل أو المراجعة مما يجعل استعمال هذه المصطلحات يظهر كمرادفات واحدة لنفس المضمون، توجد بعض الاتفاقيات التي تقيم تفرقة في طريقة استعمال هذه المصطلحات سيما

بين المراجعة (أو إعادة النظر) من جهة، وبين التعديل من جهة أخرى، ويظهر ذلك من خلال اختلاف الأساليب والإجراءات المطلوبة في اعتماد كلا من هذين الإجراءين، لذلك نعتقد أن إبقاء تفرقة بينهما تفيد في تبيان المغزى الحقيقي لمؤدى هذه الاصطلاحات، بحيث يدل مصطلح "المراجعة" "La révision" عادة على تعديل كلي لأحكام المعاهدة أو إضافة ملاحق لها، على عكس لفظ "التعديل" "l'amendement" الذي يرمي لتبيان إجراء تغيير في بعض أحكامها فقط. أما حالات إحداث المراجعة أو التعديل لأثارهما القانونية فتبقى متماثلة عادة، بحيث لا يمتد الاختلاف أو التعدد الحاصل في ألفاظ المراجعة، أو التفرقة المذكورة بين المراجعة والتعديل إلى حالة سريان أحكامهما، هذا ما لم تتخذ الأطراف المتعاقدة لنفسها سبيلا مغايرا لإجراءهما ونفاذهما في متن المعاهدة المعنية، وفي خلاف ذلك، فإن عملية النفاذ تكون مرتبطة باشتراط المعاهدة المعنية التزام كافة الأطراف فيها بأحكام المراجعة أو التعديل دون استثناء، أما في حال انتفاء هذا الشرط في المعاهدة المعنية، يكون نفاذ أحكام التعديل أو المراجعة مرتبطا بإرادة الأطراف، سواء إذا كان التعديل جاريا بين جميع أطراف المعاهدة، أو بين عدد محدود منها فقط، أو إذا كانت الأطراف تريد الاستمرار بالالتزام بالمعاهدة الأصلية فقط دون نسخها المعدلة أو الالتزام بالمعاهدة المعدلة، هذا في الحالة التي تكون فيها هذه الأطراف ملتزمة بالمعاهدة الأصلية قبل اعتماد التعديل، أما إن أرادت الالتزام بالمعاهدة بعد نفاذ التعديل، فيحق لها أن تكون طرفا في المعاهدة الأصلية وطرفا في المعاهدة المعدلة في آن واحد، ما لم تعبر عن خلاف ذلك.

الهوامش:

(1) نعتد خلال هذه الدراسة مصطلح "المراجعة" "La révision" كمرجع للدلالة على عملية مراجعة المعاهدات الدولية بشكل عام، ما لم تقتضي الحاجة التفرقة بينه وبين المصطلحات الأخرى ك: "إعادة النظر" و"التعديل"، وذلك لكونه الأكثر شمولاً لبقية المصطلحات والأعم مقارنة بها، كما سنبينه خلال المحور الأول من هذه البحث.

(2) إبراهيم بن داود، إعادة النظر في المعاهدات الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 113.

(3) محمد بوسلطان، فعالية المعاهدات الدولية، "البطلان والانتهاء وإجراءات حل المنازعات الدولية المتعلقة بذلك"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 337.

(4) David Ruzie, *Droit international public*, 15^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p.59.

(5) في هذا الخصوص، راجع: الأستاذ محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 342-343.

(6) David Ruzie, *op.cit*, p.59.

(7) إبراهيم بن داود، مرجع سابق، ص 114.

(8) نيكولا شالي، الجوانب القانونية للمفاوضات، دار أتراك للنشر، القاهرة، 2014، ص 600.

(9) مثل: صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 310.

- (10) سموحي فوق العادة، معجم الدبلوماسية والشؤون الدولية، القاهرة 1979، نقلا عن: محمد بوسلطان ، فعالية المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص 339.
- (11) صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص 310.
- (12) أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 166.
- (13) في هذا الخصوص، راجع بالتفصيل:
- Ahmed Abou-Elwafa, *Public international Law*, Dar el Nahdha el-arabia, Cairo, 2004, p.162..
- (14) -Jean Leca, *Les techniques de révision des conventions internationales*, LGDJ, Paris, 1961, p. 33
- (15) Charles De VISSCHER, « La conférence de la révision de la charte des Nations Unies: Article 109 de la charte » in, *Journal Article, Die Friendens- Warte. Vol. 53 (1955-56)*, p.37
- (16) راجع في هذا الخصوص:
- Joseph NISOT, « La révision de la charte des Nations Unies, (Articles108 et 109 de la charte), R.B.D.I, Vol.1, 1965- 2, p.369
- Paul De Visscher, « Les premiers amendementsaportes a la charte de l'organisation des Nations Unies », R.B.D.I, Vol. 2, 1966-2, p. 332et 333
- (17) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بين الدول في 23 ماي 1969، انضمت إليها الجزائر، بتحفظ، بموجب مرسوم رقم 87-222 مؤرخ في 13 أكتوبر سنة 1987، جريدة رسمية عدد 42 مؤرخة في 14 أكتوبر سنة 1987.
- (18) محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 342.
- (19) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة لسنة 1979، انضمت إليها الجزائر بتحفظ، بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 مؤرخ في 22 يناير 1996، جريدة رسمية رقم 6 مؤرخة في 24 يناير 1996.
- (20) اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية مفرطة الضرر المبرمة في جنيف في 10 أكتوبر 1980 صادقت عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 14-377 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، جريدة رسمية 02 مؤرخة في 25 يناير 2015.
- (21) اتفاقية حدود المسؤولية عن المطالبات البحرية المبرمة بلندن يوم 19 نوفمبر 1976، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-127 مؤرخ في 19 أبريل 2004، جريدة رسمية عدد 26 مؤرخة في 25 أبريل 2004.
- (22) الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 18 ديسمبر 1990، صادقت عليها الجزائر، بتحفظ، بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-441 مؤرخ في 29 ديسمبر 2004، جريدة رسمية عدد 02 مؤرخة في 5 يناير 2005.
- (23) الاتفاقية الدولية للإنقاذ الموقعة بلندن في 28 أبريل 1989، صادقت عليها الجزائر بمرسوم رئاسي رقم 11-385 مؤرخ في 23 نوفمبر 2011، جريدة رقم 64 مؤرخة في 27 نوفمبر 2011.
- (24) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 31 أكتوبر 2003، صادقت عليها الجزائر، بتحفظ، بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أبريل 2004، جريدة رسمية رقم 26 مؤرخة في 25 أبريل 2005.
- (25) نذكر من بينهم:
- علاء الدين عامر، مرجع سابق ص 310.
- إبراهيم بن داود، مرجع سابق ص 114.
- (26) محمد بوسلطان، فعالية المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص 338.
- (27) إبراهيم بن داود، مرجع سابق ص 115.
- (28) محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 343.
- (29) محمد بوسلطان، فعالية المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص 340.
- (30) مرسوم رئاسي رقم 89-68 مؤرخ في 16 ماي 1989، يتضمن الانضمام إلى البروتوكولين الإضافيين إلى اتفاقيات جنيف المبرمة في 12 أوت 1949، والمتعلقين بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة (البروتوكول الأول) والنزاعات غير الدولية

المسلحة (البروتوكول الثاني)، المصادق عليه في جنيف في 8 أوت سنة 1977، جريدة رسمية عدد 20 مؤرخة في 17 ماي سنة 1989.

(31) مرسوم رئاسي رقم 67-89 مؤرخ في 16 ماي 1989، يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الموافق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966، جريدة رسمية عدد 20 مؤرخة في 17 ماي 1989.

(32) مرسوم رئاسي رقم 11 - 246 مؤرخ في 10 يوليو 2011، يتضمن انضمام الجزائر إلى الاتفاقية الدولية للتدخل في أعالي البحار في حال وجود تلوث زيتي، المعتمدة ببروكسل في 29 نوفمبر 1969، و بروتوكولها المبرم بلندن في 2 نوفمبر 1973، جريدة رسمية رقم 45 مؤرخة في 14 أوت 2011

(33) اتفاقية حظر استعمال الأسلحة التقليدية مفرطة الضرر، المبرمة بجنيف في 10 ديسمبر 1980، مرجع سابق.

(34) صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص 311.

(35) محمد بوسلطان، فعالية المعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص 343.

(36) أنظر في هذا الصدد، صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص 310 و 311

(37) Charles De VISSCHER, « La conférence de la révision de la charte des Nations Unies », *op.cit*, p.37

(38) تم تعديل نصوص الميثاق لأول مرة في 17 ديسمبر 1963 بغرض زيادة عدد أعضاء مجلس الأمن من 11 إلى 15 عضوا، و للاستزادة بشأن التعديلات التي خضع لها ميثاق الأمم المتحدة، راجع أكثر:

- Joseph NISOT, « Les amendements à la charte de l'organisation des Nations Unies et leur mise en œuvre », R.B.D.I, Vol. 2, 1966-2, pp. 322-331

- Paul De VISSCHER, « Les premiers amendements apportés à la charte de l'organisation des Nations Unies », *op.cit*, pp.332-353

(39) أنظر على سبيل المثال لا الحصر، نص المادة الثالثة المتعلقة بالتعديل و نص المادة الثامنة المتعلقة بالمراجعة (إعادة النظر) من البروتوكول المتعلق بالتدخل في أعالي البحار في حالات التلوث بمواد غير زيتية، المبرم بلندن في 2 نوفمبر 1973، مرجع سابق.

(40) راجع في هذا الصدد كلا من:

- Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, T. 1 Sirey, 1971, p.233

- إبراهيم بن داود، مرجع سابق، ص 116.

- صلاح الدين عامر، مرجع سابق، ص 311-312.

(41) نلمس ذلك على سبيل المثال، في الاتفاقية المتعلقة بالتدخل في أعالي البحار في حالات التلوث بمواد غير زيتية المعتمدة ببروكسل و بروتوكولها المبرم بلندن في 2 نوفمبر 1973، حيث تنص المادة الثالثة منه على المبادرة بالتعديل يمكن تقديمها من طرف كل دولة طرف في هذه الاتفاقية، و يتم اعتمادها بموافقة أغلبية ثلثي الدول الأطراف، بينما تنص الفقرة الثانية من المادة الثامنة على ضرورة عقد مؤتمر خاص للدول الأطراف في الاتفاقية لمراجعة أحكامها بعد طلب ثلث الأعضاء، مرجع سابق.

(42) تخضع المعاهدات الدولية لمجموعة من القيود والضوابط القانونية عند مراجعة أحكامها يمكن استخلاصها من خلال الممارسة الدولية في هذا المجال، وتظهر هذه القيود كما يلي:

القيود الموضوعية: قد تحضر المعاهدة مطلقا تعديل بعض الأحكام الواردة فيها، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 155 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الموقع عليها في 10 ديسمبر 1982 بمونتيفو باي (جامايكا)، التي تحظر المساس بمبدأ التراث المشترك للإنسانية، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-53 المؤرخ في 22 يناير 1996، جريدة رسمية عدد 6 مؤرخة في 24 جانفي سنة 1996.

القيود الزمنية: يمكن أن تخضع المعاهدة لضوابط وشروط معينة تقرر وجوب مضي فترة زمنية معينة قبل مراجعة نصوصها أو إعادة النظر في أحكامها، ومنها مثلا: الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم،

المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1990، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 90 منها على عقد مؤتمر بعد انقضاء 5 سنوات للنظر في المعاهدة وإمكانية تعديلها، مرجع سابق.

(43) نشير إلى وجود بعض الاتفاقيات الدولية التي لا تسمح بمشاركة الدول غير الأطراف فيها، في إجراءات تعديلها أو مراجعة أحكامها سوى بصفة أعضاء مراقبين فقط في المؤتمر الخاص بتعديل الاتفاقية المعنية أو مراجعتها، ومنها مثلا نص المادة الثامنة من اتفاقية الاتفاقية الدولية للتدخل في أعالي البحار في حال وجود تلوث زيتي، المعتمدة ببروكسل في 29 نوفمبر 1969، مرجع سابق.

(44) قد تسكت الاتفاقيات عن تحديد نسبة معينة لإقرار التعديلات، بحيث يبقى ذلك رهنا بتوافق إرادة الدول على اتخاذ معيار معين لقبول التعديل، ومن بين هذه الاتفاقيات يمكننا ذكر: الاتفاقية الدولية للتدخل في أعالي البحار في حالة وقوع تلوث زيتي وبروتوكولها الاضافي الموقع بلندن في 2 نوفمبر 1973، مرجع سابق. كما قد تكون الأغلبية المطلوبة هي أغلبية الثلثين كما ورد في نص المادتين 108 و 109 من ميثاق الأمم المتحدة، و نشير أن بعض المعاهدات تشترط توفر قاعدة الاجماع لاعتماد التعديلات، وفي حالة استحالة تحققها، أغلبية الدول الأعضاء، كالقانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي الموقع بـ "لومي" (الطوغو) بتاريخ 11 يوليو 2001، مرسوم رئاسي رقم 129-01 مؤرخ في 12 ماي 2001 جريدة رسمية عدد 28 مؤرخة في 16 ماي 2001.

(45) ومثاله نص الفقرة الثانية من المادة 20 من اتفاقية حدود المسؤولية عن المطالبات البحرية المبرمة بلندن يوم 19 نوفمبر 1976، التي لم تضع معيارا محددًا لاعتماد التعديلات أو بداية نفاذ الأحكام المعدلة، مرجع سابق.

(46) راجع: محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص 348.

(47) ابراهيم بن داود، مرجع سابق، ص 116

(48) لقد فصلت المادة 41 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات هذه الأحكام بنصها على:

"يجوز لطرفين أو أكثر في معاهدة متعددة الأطراف الاتفاق على تعديل المعاهدة فيما بينهم فقط:

- إذا كانت المعاهدة تنص على إمكانية التعديل.
- إذا لم تمنع المعاهدة إمكانية هذا التعديل وكان:

أ - لا يؤثر على تمتع الأطراف الأخرى بحقوقهم طبقا للمعاهدة أو على أدائهم لالتزاماتهم.

ب- لا يتعلق بنص يتعارض بالاحلال به التنفيذ الفعال لموضوع المعاهدة والغرض منها ككل." مرجع سابق.

(49) من أمثلة القيود المفروضة على تغيير أحكام المعاهدات المتعلقة بشرط الملاءمة يمكن الاستشهاد بنص الفقرة الثالثة من المادة 311 من اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، والتي جاء فيها: "يجوز لدولتين أو أكثر عقد اتفاق تعدل أو تعلق سريان أحكام هذه الاتفاقية، ولا تكون قابلة للتطبيق إلا على العلاقات فيما بينها، على ألا تكون متعلقة بأحكام هذه الاتفاقية التي يتنافى الخروج عليها مع التطبيق الفعال لهدف هذه الاتفاقية ومقصدها، وألا تمس بالمبادئ الأساسية لتطبيقها"، مرجع سابق.

(50) حسب ما جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة 41 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

(51) نيكولا شالي، مرجع سابق، ص 607.

(52) Paul De Visscher, « Les premiers amendements apportés a la charte de l'organisation des Nations Unies », *op.cit*, pp. 339-341

(53) -Joseph NISOT, « La révision de la charte des Nations Unies, (Articles 108 et 109 de la charte) », *op.cit*, p.370

(54) راجع أكثر في هذا الخصوص: نيكولا شالي، مرجع سابق، ص 607-608.

(55) حسب نص المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، مرجع سابق.

(56) حسب نص المادة 64 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. المرجع نفسه.

(57) لا يثير التعديل الضمني أي إشكال لأنه لا يتم إلا بناء على توافق دولي كلي كتكرار سابقة أو تعامل دولي معين من طرف الدول، بخلاف التعديل الصريح الذي يطرح إشكال مدى قبول جميع أطراف الاتفاقية له.

(58) يفهم ذلك من خلال الفقرة الرابعة لنص المادة 40 أدناه، من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. مرجع سابق.

- ⁽⁵⁹⁾ مرسوم رئاسي رقم 54-89 مؤرخ في 2 ماي 1989، يتضمن المصادقة على معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي المؤقعة في مراكش يوم 17 فبراير 1989، جريدة رسمية عدد 18 مؤرخة في 20 فبراير 1989
- ⁽⁶⁰⁾ راجع في هذا الصدد: محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 347.
- ⁽⁶¹⁾ مرسوم رئاسي رقم 137-06 مؤرخ في 10 أبريل 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة بما بوتو في 11 يوليو 2003، جريدة رسمية عدد 24 مؤرخة في 16 أبريل 2006.
- ⁽⁶²⁾ اتفاقية الأمم المتحدة لحماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم المعتمدة في 18 ديسمبر 1990، مرجع سابق.
- ⁽⁶³⁾ مرسوم رئاسي رقم 62-06 مؤرخ في 12 محرم عام 1427 الموافق ل11 فبراير 2006، يتضمن التصديق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المعتمد بتونس في ماي 2004، جريدة رسمية عدد 8 مؤرخة في 15 فبراير 2006.
- ⁽⁶⁴⁾ والتي جاء فيها: "إذا كان كل الأطراف في المعاهدة السابقة أطرافاً كذلك في المعاهدة اللاحقة دون أن تكون المعاهدة السابقة ملغاة أو معلقة كما تنص عليه المادة 59 من الاتفاقية، فإن المعاهدة اللاحقة تنطبق فقط على الحد الذي لا تتعارض فيه نصوصها مع نصوص المعاهدة اللاحقة". مرجع سابق
- ⁽⁶⁵⁾ وذلك بحسب نص الفقرة الثالثة من المادة 40 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات: "لا يلزم الاتفاق الخاص بالتعديل أية دولة طرف في المعاهدة إذا لم تصبح طرفاً في الاتفاق المعدل. مرجع نفسه
- ⁽⁶⁶⁾ بحسب نص الفقرة الخامسة من المادة 40 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، والتي جاء فيها: "أية دولة تصبح طرفاً في المعاهدة بعد دخول الاتفاق المعدل دور النفاذ، وما لم تعبر عن نية مغايرة تعتبر طرفاً في المعاهدة المعدلة، وطرفاً في المعاهدة غير المعدلة في مواجهة أي طرف في المعاهدة لم يلتزم بالاتفاق بتعديل المعاهدة."
- ⁽⁶⁷⁾ والتي تنص: "إذا لم يكن أطراف المعاهدة اللاحقة جميعاً أطرافاً في المعاهدة السابقة، تنطبق في العلاقة بين دولة طرف في معاهدين ودولة طرف في احدهما فقط، النصوص التي تحكم الحقوق والالتزامات المشتركة بين الطرفين في علاقتهما المتبادلة.

الاحتجاجات الشعبية العربية وأثرها على التشغيل: الواقع والمأمول*

Dr. FATHI Ourdia,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Tizi Ouzou, 15000 Tizi Ouzou, Algérie.

د. فتحي وردية،
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

تؤكد النصوص الدولية ضرورة التزام الحكومات بتسخير جهودها لتجسيد معايير العمل اللائق، وذلك بتوفير فرص العمل المنتج وضمن الدخل المناسب وتوسيع نطاق الحماية الاجتماعية، وكذا ضمان الأمن في أماكن العمل مع تعزيز الحوار الاجتماعي وتطبيق المبادئ الأساسية في العمل.

يشكل هذا المسعى الضمانة الأقوى للوصول إلى التنمية الاقتصادية والتماسك الاجتماعي، غير أنّ مستويات البطالة في المنطقة العربية وموجة الاحتجاجات الشعبية التي اجتاحت فيها، كشفت عن عجز هذه الدول عن تجسيد معايير العمل اللائق، الأمر الذي يدفع للتساؤل عن سبل تحقيق مقتضيات العمل اللائق؟

الكلمات المفتاحية:

العمل اللائق، التشغيل، البطالة، الاحتجاجات، منظمة العمل العربية.

Arab popular demands and their impact on employment: reality and prospects

Abstract:

The international texts urge governments to mobilize their efforts to realize decent work standards by ensuring productive and adequately remunerated work with safe conditions in the workplace and social protection for the family through the promotion of Dialogue and the application of basic principles to work.

It is a guarantee of the strongest access to economic development and social cohesion, but the unemployment rate in the Arab region and the wave of popular demonstrations that have swept them away reveal the inability of these countries to achieve Of decent work standards.

Key words:

Decent work, employment, unemployment, protests, the Arab Labour Organization.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/12/07 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/06/20 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Les revendications populaires arabes et leur impact sur l'emploi : réalité et perspectives

Résumé:

Les textes internationaux engagent les gouvernements à mobiliser leurs efforts pour concrétiser les normes du travail décent, en assurant un travail productif et convenablement rémunéré, assorti de conditions de sécurité sur le lieu de travail et d'une protection sociale pour sa famille avec la promotion du dialogue ainsi que le respect des principes de base au travail.

Cette entreprise est une garantie de l'accès le plus fort au développement économique et à la cohésion sociale, mais le taux de chômage dans la région arabe et la vague de manifestations populaires qui les ont balayés révèle l'incapacité de ces pays pour la réalisation des normes du travail décent.

Mots clés:

Travail décent, emploi, le chômage, les protestations, l'Organisation arabe du travail.

مقدمة

في إطار سعي المنظمات الدولية إلى تجسيد معايير العمل الدولية في جميع أنحاء العالم، وحرصها على تطويرها وتحسين شروط العمل وظروفه، برز مفهوم "العمل اللائق" كتعبير مقتضب يلخص مجمل مبادئ ومعايير العمل الواجب توفيرها لجميع العمال في كافة الدول، ويمكن حصر هذا المفهوم في عبارات قصيرة تتمثل في "أنّ من حق أي إنسان في العالم أن يكون قادراً على الحصول على وظيفة أو منصب عمل يمكنه من العيش بكرامة". فيقتضي العمل اللائق ترويج المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، خلق المزيد من فرص العمل، وتوسيع نطاق الحماية الاجتماعية، إضافة إلى ضرورة تعزيز الحوار الاجتماعي.

تبنت في هذا الإطار منظمة العمل الدولية باعتبارها ممثلة لمختلف أطراف الإنتاج في العالم (الحكومات وأصحاب العمل والعمال)، وكذا منظمة العمل العربية، تعريفاً شاملاً معبراً عن مقتضيات العمل اللائق مفاده « إيجاد فرص عمل للنساء والرجال في ظروف من الحرية والمساواة والأمان والكرامة الإنسانية، يوفّر الأمان للعاملين في مكان العمل ويوفّر الحماية الاجتماعية للعاملين وأسرهم، ويوفّر فرصاً جيدة للتنمية الشخصية والمهنية ويشجع على الاندماج الاجتماعي، ويعطي البشر الحرية في التعبير عن همومهم ومخاوفهم وتنظيم أنفسهم والمشاركة في اتخاذ القرارات التي تؤثر على حياتهم، وضمان تكافؤ الفرص والمعاملة المتساوية للجميع»⁽¹⁾.

يقع بهذا التزاماً على الحكومات بتسخير جهودها لتوفير فرص العمل اللائمة التي تضمن للعاملين العيش بكرامة، ويكون ذلك بإيجاد المزيد من هذه الفرص مع ضمان الدخل المناسب، وتوسيع نطاق الحماية الاجتماعية وتعزيز الحوار الاجتماعي بين العاملين وأصحاب العمل، وكذا تحسين الأجور وتطبيق المبادئ الأساسية في العمل.

إن كانت النصوص الدولية⁽²⁾ تؤكد على ضرورة اهتمام الحكومات بتحقيق هذا المسعى، اعتبره الضمانة الأقوى للوصول إلى التنمية الاقتصادية والتماسك الاجتماعي، ومكافحة الفقر والبطالة وكل أشكال الإقصاء الاجتماعي، إلا أنّ مستويات البطالة في الوطن العربي، تكشف عن عجز هذه الدول عن تجسيد معايير العمل اللائق، وعن تناقض بين واقع العمل والمأمول من العمل اللائق، الأمر الذي عبّر عنه الشارع العربي بعد الأزمة الاقتصادية التي أطالتها والتي أسفرت عن تفاقم البطالة فيها، ومن خلال موجة الاحتجاجات الشعبية التي اجتاحت المنطقة العربية، في وقت متزامن، وحملت في طياتها تنديدا بواقع بعيد عن مقتضيات العمل اللائق، لذا يكون التساؤل عن مدى تأثير هذه الاحتجاجات على التشغيل وعلى مستويات البطالة في هذه الدول، فهل ستنجح في تحقيق مقتضيات العمل اللائق؟

تقتضي الإجابة عن هذه الإشكالية طرح واقع التشغيل والبطالة في الدولة العربية قبل موجة الاحتجاجات الشعبية العربية، وذلك على ضوء تجارب بعض الدول (المبحث الأول) ثم انعكاسات هذه الاحتجاجات على التشغيل ومستويات البطالة فيها مع عرض للإجراءات التي اتخذتها بصفة خاصة الدول المعنية كتونس ومصر، استجابة للمطالب الاجتماعية ومدى مساهمة منظمة العمل العربية في تفعيل هذه الإجراءات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: واقع التشغيل في الوطن العربي قبل الاحتجاجات الشعبية العربية

تشكّل البطالة تحديا اقتصاديا واجتماعيا كبيرا للدول وبصفة خاصة للدول العربية، ويعود ذلك أساسا إلى النسيج الديمغرافي الذي تتشكل منه هذه المجتمعات، والذي يغلب عليه طابع الشباب المقبل بكثافة نحو سوق العمل للبحث عن عمل لائق، يضمن له العيش بكرامة والاندماج في حركية المجتمع.

إن كان المأمول في أي دولة هو بلوغ مستويات التشغيل الأكثر شمولية لهذه الفئة بصفة خاصة، وتمكينها من عمل لائق، إلا أنّ واقع الدول العربية يكشف عن تفاقم البطالة فيها لاسيما بعد الأزمة المالية لسنة 2008، التي عصفت بالاقتصاد العالمي وألقت بظلالها على أسواق العمل في الدول العربية، لتخلّف أرضية هشة مبررها، تراجع تدفقات الاستثمارات الأجنبية ورأس المال وعوائد السياحة وتحويلات المهاجرين إلى بلدانهم، فانخفضت على أساس ذلك معدلات النمو في معظم الدول العربية، كما بدأت معدلات البطالة في الارتفاع في ظل ظروف معيشية صعبة، أفرزها الارتفاع الكبير في أسعار المواد الغذائية نتيجة ارتفاعها في السوق العالمية، مع العلم أنّ معظم البلدان العربية تعتمد بشكل كبير في تلبية احتياجاتها الغذائية على الواردات.

تعدّ هذه الوضعية الاجتماعية إحدى الأسباب الرئيسية للاحتجاجات الشعبية العربية وللأوضاع الراهنة التي تعيشها هذه المنطقة، وهو ما يفرض الوقوف عند واقع البطالة في هذه المنطقة وتطوراتها من خلال عرض أسبابها (المطلب الأول)، ثم سياساتها في التصدي لها وموقع العمل اللائق فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب تراجع مستويات التشغيل وتفشي ظاهرة البطالة في الوطن العربي
تؤكد الإحصاءات المتوفرة حول الفترة من 2007-2010، أنّ المتوسط التقريبي لمعدل البطالة بين الشباب للفئة العمرية 15-25 سنة من كلا الجنسين في المنطقة العربية، يزيد على ربع العدد الإجمالي للشباب (نحو 27,25%) أي ما يقارب ضعف المتوسط العلمي لنفس الشريحة. وتتفاوت النسبة بين الأقطار العربية في هذا المجال تفاوتاً واضحاً⁽³⁾.
تعدّ البطالة وارتفاعها الواضح في المنطقة العربية حصيلة مجموعة من الأسباب المتداخلة، و يتلخص أهمها فيما يلي:

- ارتفاع معدلات نمو القوى العاملة.
- استمرار عدم مواكبة واقع السياسة التعليمية والتدريبية العربية لمتطلبات واحتياجات سوق العمل المتجددة، أي عدم التوافق بين المؤهلات وفرص العمل.
- اختلال التركيب المني وتغيرات طبيعة العمل والوظائف.
- تطبيقات برامج التكييف الهيكلي والإصلاح الاقتصادي، وما ترتب عنها من فرص العمل الجديدة مع تسريح الفائض في القوى العاملة.
- عدم تحمل أصحاب العمل مسؤولياتهم الكاملة في خلق فرص العمل القادرة على استيعاب الأعداد الهائلة في الخريجين والباحثين في عمل.
- تراجع دور الدولة كصاحب عمل في إيجاد فرص العمل اللائق سواء في القطاع الإداري أو القطاع العام والمرافق العامة، وانسحابها تدريجياً من ميدان الإنتاج وتقديم الخدمات⁽⁴⁾.
- عدم ضمان استقرار بيئة اقتصادية كلية تكفل إتباع سياسة مالية ملائمة لتيسير النمو الاقتصادي، ومن ثم تشجيع العمالة والتشغيل.
- استمرار ظاهرة عدم احترام العمل اليدوي وبشكل عام استمرار النظرة الاجتماعية السائدة لبعض المهن، التي مازال العديد من المواطنين يرفضون الانخراط فيها لأسباب اجتماعية وسلوكية، مما عرض بعض البلدان العربية لظاهرة استيراد اليد العاملة غير العربية كما هو الحال بالنسبة لدول الخليج.
- تراجع الانتقال إلى البلدان العربية المستقبلية للعمال، إضافة إلى تراجع معدلات الهجرة العربية إلى دول أوروبا الغربية واستبدالها بعمال من أوروبا الشرقية.

عموما فإن البطالة في الوطن العربي في تزايد مستمر وهو ما يبرزه الجدول أدناه⁽⁵⁾.

| 2003 إلى 2009 | التسعينات | الثمانينات | الفترة |
|---------------|-----------|------------|------------------|
| 15,5 | 14,5 | 10,6 | معدل البطالة (%) |

معدل البطالة في الدول العربية حسب الفترات

يتبين من هذا الجدول أنّ الفترة ما قبل الاحتجاجات الشعبية تميزت بتزايد معدلات البطالة، كما أنّ نسبتها ارتفعت أكثر في فترة الأزمة المالية العالمية، فحسب بيانات منظمة العمل العربية فقد عرف معدل البطالة في الدول العربية استقرارا عند حدود 14% بين سنتي 2000 و 2007، ولكن ارتفع إلى 14,37% في عام 2008، ويعود ذلك بداية لتأثير الأزمة على أسواق العمل، على أنّ هذه الزيادة في معدلات البطالة لا يستند فقط للأزمة، وإنّما أيضا بسبب الاختلالات الهيكلية الناتجة عن الفجوة بين العرض والطلب وبين قطاعات التشغيل السلعية والخدمية، إضافة إلى التغييرات الديمغرافية التي تؤثر على عرض العمالة⁽⁶⁾، ويمكن حصر أهم هذه المشاكل الهيكلية والديمغرافية المؤثرة على أسواق العمل العربية في:

– الاعتماد على الإيرادات النفطية التي تشكل ما لا يقل على 70% من مداخل الحكومات العربية، وأنّ توفير المناصب يعتمد أساسا على الإنفاق الحكومي.

– زيادة مشاركة النساء وتزايد معدلات البطالة والتوسع في التعليم، أصبح المعروض من الأيدي العاملة العربية أكبر من الطلب عليها.

– انحصار النمو الاقتصادي في عدد معين من القطاعات الخدمية كالنقل والخدمات المالية، وتجاهلوا بذلك القطاعات الإنتاجية التي تولّد فرص العمل الأوسع كالقطاع الصناعي والزراعي.

المطلب الثاني: تسطير سياسات للتشغيل ولبلوغ العمل اللائق

تميزت الفترة ما قبل الاحتجاجات الشعبية وبصفة خاصة فترة ما بعد الأزمة الاقتصادية العالمية لعام 2008، بتدني مستويات التشغيل وتفشي ظاهرة البطالة التي خلفت آثار اقتصادية وانعكاسات اجتماعية، آخرها اتخذت مظهر الاحتجاجات التي انتهت بآثار وخيمة على التشغيل.

فلقد زادت الأزمة المالية العالمية من أوضاع التشغيل تعقيدا، وترجم ذلك من خلال استغناء العديد من المؤسسات على بعض أو جميع العاملين فيها، وكذا تقليل فرص العمل للدخول الجدد في سوق العمل، مما خلف ارتفاعا مذهلا في معدلات البطالة.

ولغرض تجاوزها، سطرت العديد من الدول سياسات للتشغيل لغايات بلوغ العمل اللائق والقضاء على البطالة، ومست هذه الأخيرة الدول التي اجتاحتها موجة الاحتجاجات الشعبية، غير أنّ سوء الأوضاع وهشاشة العمل كان أقوى وهو ما عبر عنه الشباب العرب، ولغرض إبراز هذه السياسات سيتم الوقوف عند بعضها، وبصفة خاصة تلك التي اتخذتها هذه الدول كمصر (أولا)، وتونس (ثانيا).

أولا/ سياسة التشغيل المنتهجة في مصر قبل الاحتجاجات الشعبية: لمواجهة آثار الإصلاح الاقتصادي وبرنامج الخصخصة، وتأثيرها على التشغيل، ولغرض التصدي لظاهرة البطالة، اتخذت الحكومة المصرية جملة من الإجراءات ووضعت برامج، وأهم مبادراتها إنشاء الصندوق الاجتماعي للتنمية سنة 1999 وبرنامج دعم الصناعات الصغيرة والمتوسطة.

1- إنشاء الصندوق الاجتماعي للتنمية: يعتبر الصندوق الاجتماعي للتنمية في مصر « كيان مؤقت يقوم بتعبئة الموارد المالية الدولية والمحلية لتنفيذ مشروعات بغرض توفير فرص عمل منتجة وتخفيف أعباء الإصلاح الاقتصادي على الفئات الفقيرة محدودة الدخل ولتحقيق هدف أساسي وهو دعم برنامج الإصلاح الاقتصادي ».

تتجلى وظائف هذا الصندوق أساسا في تعبئة الموارد المالية والفنية الدولية والمحلية، واستخدامها في تنفيذ مشروعات متنوعة في مجالات الإنتاج والخدمات، بغرض خلق فرص عمل دائمة ومؤقتة لمساعدة الفئات الأكثر تضررا من برنامج التكييف الهيكلي ومن تطبيق الخصخصة.

كذلك يعمل هذا الصندوق على تحقيق التنمية الاجتماعية والبشرية للفئات المستهدفة في خدمات الصندوق، وتنمية المؤسسات القادرة على الاحتفاظ باستمرارية برامج ومشاريعه، عن طريق دعم قدراتها المؤسسية ورفع أدائها الفني والإداري⁽⁷⁾.

ويتم تنفيذ أهداف الصندوق هذه، من خلال برامج أهمها برامج أهمها برنامج تنمية المجتمع الذي يرمي إلى رفع مستوى معيشة بعض الفئات الأقل نموا، بمنح قروض متفاوتة الفائدة لكل من الأسر المنتجة والمبتدئين إلى جانب دعم المشروعات⁽⁸⁾. وكذلك برنامج تنمية المشروعات الذي يدعم بصفة خاصة المشروعات الصغيرة لما لها من مزايا مقارنة بالمشروعات المتوسطة والكبيرة، وأهم هذه المزايا خلق فرص عمل كثيرة وبرأسمال قليل، فضلا عن انخفاض متطلباتهم البنيوية وأيضا انخفاض تكاليف التشغيل.

رغم ما يقدمه هذا الصندوق من برامج وترتيبات تساهم في الحد من البطالة، إلا أنه لا تتجاوز مهمته مواجهة حالات طارئة معينة، ولا يمكن اعتباره بذلك إستراتيجية عامة للتشغيل.

2- برنامج دعم الصناعات الصغيرة والمتوسطة: اعتمدت الحكومة المصرية برنامج دعم الصناعات الصغيرة والمتوسطة بداية من عام 1991، الموجه بصفة خاصة للشباب حاملي الشهادات. وقد بلغ عدد المشاريع التي مولها هذا الصندوق حتى عام 1998 أكثر من 86 ألف مشروع بقيمة تقدر بحوالي 450 مليون دولار أمريكي، بينها 45 ألف مشروع مصغر يعرف باسم مشاريع الأسر المنتجة والمشاريع المنزلية، وبلغت نسبتها 53% من إجمالي المشاريع التي مولها الصندوق بمبلغ يقارب 18 مليون دولار⁽⁹⁾.

تلعب المشاريع الصغيرة والمتوسطة في جمهورية مصر العربية دورا كبيرا في دعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية وبصفة خاصة الحد من البطالة، حيث تمثل المشاريع الصغيرة والمتوسطة التي تقوم بتوظيف أقل من 50 عاملا حوالي 99% من إجمالي عدد المشاريع التي تعمل في القطاع الخاص غير الزراعي. كما يساهم هذا القطاع بما لا يقل عن 80% إجمالي القيمة المضافة، ويعمل فيه حوالي ثلثي قوة العمل بالقطاع الخاص ككل⁽¹⁰⁾.

لأهمية هذا القطاع في الحد من البطالة، بذلت الحكومة المصرية جهودا معتبرة لدعمه ولترقية هذه الصناعات ويمكن حصر أهمها فيما يلي:

- مساهمة بنك التنمية الصناعية بدعم الصناعات الحرفية والصغيرة من خلال برامج التمويل الميسرة.

- تقديم برنامج ضمان بنسبة 50% من الائتمان المصرفي للمنشآت الصغيرة بواسطة شركة ضمان مخاطر الائتمان المصرفي.

- تقديم العديد من البنوك التجارية (بنك مصر، بنك الأهالي، بنك فيصل الإسلامي المصري...)، قروضا لمساعدة المنشآت الصغيرة من خلال برامج للتمويل الرأسمالي وتمويل التشغيل⁽¹¹⁾.

تؤكد هذه الإجراءات تنوع برامج مكافحة البطالة ودعم التشغيل في مصر، إلا أنها لم تكن فعالة بما فيه الكفاية للقضاء عليها، ولتفادي موجة الاحتجاجات الشعبية التي عرفتها، فلا مجال للحديث عن العمل اللائق في هذه الفترة.

ثانيا/سياسة التشغيل المعتمدة في تونس قبل الاحتجاجات الشعبية: على إثر الانخفاض المسجل في مداخل تونس من العملة الصعبة بفعل انخفاض إنتاج البترول وكذا أسعاره وتراجع قطاع السياحة خاصة سنة 1986، ارتفعت مديونيتها إلى 4 مليار دولار أي ما يعادل 50% من الناتج الوطني الخام، وأصبحت تبتلع بذلك بعض صادراتها من العملة الصعبة لتصبح عبئا ثقيلا على الاقتصاد، مما خلف على المستوى الاجتماعي ارتفاعا في عدد البطالة.

شرعت بهذا تونس في وضع سياسات للإصلاح الاقتصادي حسب الوصفات الكلاسيكية لصندوق النقد الدولي والبنك العالمي، فبدأت بتقليص طلبات العائلات والمؤسسات، كذلك شرعت في إجراءات تحرير الاقتصاد. غير أنّ تطبيق هذا البرنامج كلفها تضحيات هائلة بلغت إلى حد تحطيم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الصناعية والزراعية، نتيجة المنافسة غير المشروعة للمؤسسات الأجنبية المدعومة بمختلف الأشكال لمنتجاتها، كما كانت النتيجة ارتفاع البطالة، فإذا ما أخذنا سنة 1992 فإنّ عدد البطالين بلغ 316 ألف بطل منهم 135 ألف من الداخلين الجدد لسوق العمل (43%) و 77 ألف بدون خبرة ولا تأهيل (حوالي 24,4%)، كما أسفرت عملية الخوصصة عن نقل ملكية 38 مؤسسة عمومية للقطاع الخاص كانت تشغل 12 ألف عامل وتم تسريح 5000 عامل أي ما يعادل 42%⁽¹²⁾.

وحسب الإحصائيات التي قدمتها الوكالة التونسية للتشغيل سنة 1996، فإنّ نسبة البطالة فيها في تزايد مستمر وقد بلغ عدد طلبات الشغل سنة 1991 – 1995 ما يعادل 56,614 طلب. أكثر من ذلك فإنّ أعداد الطالبين للعمل لذوي الكفاءات المهنية العالية وأصحاب الشهادات في زيادة هائلة، حيث انتقلت نسبتهم من مجموع طالبي الشغل من 14,9% سنة 1995 إلى 18,9% سنة 1995. ولم يستطع الاقتصاد التونسي في هذه المرحلة أن يوفر أكثر من 60 ألف منصب شغل سنويا، وزاد الخطر أكثر بإمضاءها عقد الشراكة مع السوق الأوروبية⁽¹³⁾ الذي أثر بدوره على التشغيل والبطالة.

يضاف لذلك تأثير الأزمة المالية لسنة 2008 على اقتصاد تونس وعلى مستويات التشغيل والبطالة فيها، ولأجل وضع حد لآفة البطالة اتخذت مجموعة من التدابير استهدفت قطاعات اقتصادية وفئات اجتماعية محددة. وشرعت فيها تونس منذ 1981 ويمكن تقسيمها إلى ثلاث مجموعات حسب أهدافها والفئات والقطاعات المستهدفة.

المجموعة الأولى: تهدف إلى خلق فرص عمل للشباب عن طريق بعث المشاريع ذات المنفعة العامة كصيانة الطرق وترميم المباني... الخ.

المجموعة الثانية: تهدف إلى تعزيز خلق فرص العمل للتوظيف عبر التشجيع على إنشاء المؤسسات الصغيرة والعائلية ودعمها ماليا، وتقديم المساعدة الفنية للمعنيين من أجل إنشاء أعمالهم الخاصة وسميت ببرامج التشجيع على الاقتصاد الحر ومنها الصندوق الوطني لترقية الصناعة التقليدية والمهن الصغيرة، أو برنامج العائلة المنتجة أو كذلك برنامج التنمية الريفية... الخ.

المجموعة الثالثة: تهدف إلى تأهيل وإدماج الشباب في الحياة المهنية، وهي تتضمن « برنامج العقود التكوينية والتشغيل » الهادف لتدريب الشباب وتأهيلهم للعمل في المنشآت الإنتاجية التابعة للقطاع الخاص، وهو من تمويل البنك العالمي. كما تتضمن هذه المجموعة من البرامج التربصات لتأهيل وتوظيف حاملي الشهادات العليا وشهادات التعليم الثانوي، ويتحمل البرنامج مرتب الشخص المعني لمدة سنة على أن يتم توظيفه بصورة دائمة بعد ذلك من طرف المؤسسة المعنية، ولهذا الغرض أنشئ صندوق الإدماج والتأهيل المهني⁽¹⁴⁾.

لم تتمكن هذه البرامج رغم كثرتها، من الوصول إلى هدفها الأساسي المتمثل في النهوض بالشغل وتقليص البطالة، فرغم المجهود المالي والتأطيري المبذول، إلا أن النتائج لا تزال متواضعة نتيجة تشعب النصوص المنظمة لهذه البرامج، والمشاكل البيروقراطية المترتبة عن ذلك.

وهو الوضع في الجزائر، فقد اعتمدت الحكومة الجزائرية سياسة متغيرة لدعم التشغيل ومكافحة البطالة قوامها دعم روح المبادرة المقاولاتية، من خلال أجهزة عديدة كصندوق التأمين عن البطالة، الوكالة الوطنية لدعم التشغيل وغيرها إلى جانب عقود التشغيل المتعددة الصور، غير أنها وإن سجلت انخفاضا في معدل البطالة، إلا أنها ما تزال تعاني منها لاعتبارات عديدة، منها التزايد الهائل للمقبلين للعمل لأول مرة، النمو السكاني، اعتماد الحلول المؤقتة، عدم التوافق بين مخرجات التعليم ومتطلبات سوق العمل وغيرها.

يتأكد مما سبق، أن سياسة التشغيل للدول العربية في الفترة ما قبل الاحتجاجات الشعبية، كانت بعيدة عن مقتضيات العمل اللائق رغم المساعي الدولية لتحقيقها.

المبحث الثاني: انعكاسات الاحتجاجات الشعبية العربية على التشغيل

أسفرت العوامة ومتطلباتها الاقتصادية والأزمة المالية العالمية التي امتدت آثارها للعالم العربي، عن فجوة بين متطلبات توفير فرص عمل لائق وبين مستويات البطالة المرتفعة التي تعاني منها المنطقة العربية. فبالرغم من الجهود التي تبذلها بعض الدول، وعلى الرغم من سياسات التشغيل المسطرة، إلا أن معدلات البطالة ما زالت تحلق عاليا لأسباب سبق ذكرها. خلف هذا الحال أوضاعا خاصة في المنطقة العربية، ترجمت في موجة الاحتجاجات الشعبية، التي يتركز منطلقها على خلق فرص العمل وتحسين الأجور وتطوير ظروف وشروط العمل.

استشعارا بخطورة هذه الاحتجاجات على الأمن السياسي والاقتصادي، قامت الحكومات العربية باتخاذ جملة من الإجراءات تصب في مجملها في اتجاه تحسين ظروف عيش المواطن العربي، وخلق المزيد من فرص العمل ورفع الأجور ومنح تسهيلات لإقراض المؤسسات الصغيرة

وغيرها من الإجراءات الهادفة لبلوغ العمل اللائق، كذلك سارعت المنظمات المتخصصة مثل منظمة العمل العربية، ومن خلال هيئاتها الدستورية لتقديم حلول لهذه الأزمة.

لغرض الكشف عن انعكاسات هذه الاحتجاجات على التشغيل والبطالة في الوطن العربي ومدى تحقيقها لمقتضيات العمل اللائق، سيتم الوقوف عند خلفيات هذه الاحتجاجات (المطلب الأول) ثم انعكاساتها (المطلب الثاني) مع عرض مساعي بعض الدول العربية للتصدي لها، وللوصول إلى هذا العمل وإسهام منظمة العمل العربية في ذلك (المطلب الثالث).

المطلب الأول: خلفيات موجة الاحتجاجات الشعبية العربية

أكدت منظمة العمل العربية على ضرورة الاهتمام بسياسة التشغيل والعمل العربي المشترك لفرض المعايير الدولية للعمل اللائق، إلا أن الدول العربية كانت بعيدة عن هذا المسعى، إذ اكتفت بوضع سياسات خاصة تتولى إيجاد حلول مؤقتة للبطالة والتشغيل. ولعل موجة الاحتجاجات التي عرفتها الدول العربية وتزامن هذه الانتفاضة في عدد من البلدان العربية، وكأن روحا واحدة تسري في أوصال الوطن العربي غير بالية بالحدود الجغرافية ولا باختلاف الأنظمة، أكبر دليل على ذلك.

ما يميز هذه الاحتجاجات أنها بدأت بمطالب اجتماعية، في مقدمتها خلق فرص العمل والأمان الوظيفي والحماية الاجتماعية وتحسين الأجور، وفرص الحصول على العمل اللائق ومحاربة الفساد، ثم تطورت مع سقوط الضحايا والممارسات القمعية والتقليل من شأن المتظاهرين ومطالبهم، إلى مطالب سياسية تدعو إلى إصلاح النظام وإزاحة القيادات ثم إسقاط النظام كله في بعض الدول، لتتحول هذه الاحتجاجات إلى ثورات شعبية حقيقية.

ويمكن حصر العوامل التي بررت تطور هذه الاحتجاجات، التي عجزت السلطات الحاكمة عن تفسيرها والتعامل منها في عدة حقائق⁽¹⁵⁾:

- تزايد الوعي والتعليم لدى الشعوب العربية في العقود الأخيرة.
- انفصال السلطات الحاكمة عن الواقع وابتعادها عنه بعد أن اطمأنت إلى أجهزتها الأمنية والإعلامية.
- تجاهل السلطات الحاكمة لأبعاد ردود فعل الطبقة المحرومة من فرص العمل التي تسمح بالتكفل بأبنائها وأسرها. فقد تعايشت هذه الطبقة مع البطالة وكأَنَّها قدر لن يتغير إلا تدريجيا، بقدر ما تدره الاستثمارات الأجنبية تلقائيا من خيارات اجتماعية.
- عدم ربط هذه الدول بين الإصلاح الاقتصادي والبعد الاجتماعي وبين التنمية والموارد البشرية، وبين حاجة البشر إلى الخبز والتوق لحرية التعبير والمشاركة معا.
- عدم الاهتمام بالكفاءات الشبابية، كما لم تلتمس السلطات مخاطر التهميش خاصة تهميش الشباب أو تهميش المناطق.

- انعدام الحوار الاجتماعي رغم ضرورته⁽¹⁶⁾.
- إضافة إلى ما سبق، فإنّ القوى المشاركة في الاحتجاجات الشعبية تؤكد فشل السياسة المسطرة والمتبناة لتحقيق العمل اللائق للطبقة الاجتماعية، وهو ما تكشفه طبيعة هذه القوى، إذ تتميز بالعديد من السمات المشتركة أهمها:
- أغلبية هذه القوى من الفئات الكادحة والفقيرة تتكون من العاطلين والمهمشين اجتماعيا.
- أغلبية شبابية، تمتاز بالحماس الثوري والفعالية الجماهيرية والقدرة على الاستفادة من وسائل الاتصالات الحديثة، التي توفرها شبكة الانترنت كأدوات للتنظيم والتواصل وإيصال أفكارها إلى أعداد كبيرة من فئات المجتمع.
- سيطرة الوعي الديني على أغلبية الفئات المشتركة في الحراك الاجتماعي.
- شعبية الحركات السياسية التي تتخذ من الدين إيديولوجية نتيجة للبيئة الاجتماعية التي يسيطر عليها الوعي الديني.
- ضعف فعالية الأحزاب القومية والليبرالية واليسارية بسبب القمع والاضطهاد التي تعرضت خلال الفترة السابقة، إضافة إلى استمرارها بالخطاب السياسي والإيديولوجي والشعارات التقليدية، إضافة إلى عدم تطور بنيتها التنظيمية لتكون أكثر ديمقراطية، بحيث تكون قادرة على الانفتاح على الفئات الاجتماعية الجديدة والشبيبة، بشكل يسمح بفتح ما يسمى بالحوار الاجتماعي.
- تزايد دور المؤسسة في ضبط الحراك الاجتماعي وإدارة السلطات الانتقالية، كما حدث في تونس ومصر بعد استغلال المؤسسة العسكرية التبدل في السلطة، وكما يحدث في ليبيا واليمن نتيجة الفراغ الذي نتج عن تفكك سطوة السلطة⁽¹⁷⁾.
- ولاشك أن غياب التكافل الاجتماعي ووجود الفقر والبطالة هي السمات الأساسية التي طغت في هذه المرحلة، والتي توحى إلى تقهقر الكرامة الإنسانية وعناصر العمل اللائق، الأمر الذي دفع حكومات الدول التي عرفت موجة الاحتجاجات هذه إلى اتخاذ جملة من الإجراءات، بل وحتى الدول التي لم تمسها هذه الموجة التي لم تسجل نسب مرتفعة من البطالة، والتي تكشف أيضا تقاريرها عن سعيها لتطوير فرص العمل اللائق. كما سجل إسهام هام من طرف منظمة العمل العربية في هذا المجال.

المطلب الثاني: انعكاسات الاحتجاجات الشعبية العربية على التشغيل

خلّفت الاحتجاجات الشعبية والتطورات الأخيرة التي عرفتها المنطقة العربية أثارا مباشرة على التشغيل، وهو في الحقيقة أمر متوقع، ففي البلدين اللذين وصل فيهما التغيير إلى إسقاط النظام، ظهرت صعوبات التشغيل والوصول إلى العمل اللائق. أمّا في بلدان مثل ليبيا وسوريا واليمن، فإنّ آثار هذه الاحتجاجات والانتفاضات المسلحة تفتح على مستقبل مجهول، إذ يصعب تقييم الوضع فيها ولا مآلها.

غير أنّه فيما يتعلق بأوضاع التشغيل والبطالة في هذه الدول الأخيرة، فيمكن التأكيد على أنّها موجهة نحو أسوأ الحدود، وبالفعل فقد صرّح أحمد محمد لقمان، مدير عام منظمة العمل العربية أنّ عدد العاطلين في الوطن العربي قد ارتفع بزيادة 16% مقارنة بالعام الماضي، مما يمثل خطورة على الاستقرار الاجتماعي العربي⁽¹⁸⁾.

تسارعت أمام هذا الوضع بعض الدول العربية، بما فيها الدول التي اجتاحتها هذه الموجة إلى اتخاذ جملة من الإجراءات المساعدة على دعم التشغيل، والتي من شأنها التأكيد على ضمان حد أدنى للعمل اللائق، وتفعيل جوانب من العدالة الاجتماعية، وجرى انفتاح على صيغ جديدة للمشاركة من خلال تعديلات هامة في الدساتير، إضافة إلى التغيير الذي مسّ الحكومات والوزارات. وباتت بذلك مسألة تغيير سياسات التنمية لصالح التشغيل ضرورة، قصد دعمه ومحاربة الفقر والبطالة والتفاوت المسجل في النمو بين المناطق وفئات السكان⁽¹⁹⁾.

كذلك سجل الانخفاض في تدفقات الاستثمار المباشر في كل من تونس ومصر، وتراجع النشاط السياحي أثره على التشغيل فارتفعت نسب البطالة، مما يتطلب عليهما إعادة بعث الأنشطة الحيوية، وهو ما قد يستغرق فترة طويلة وما يؤثر على التنمية الوطنية لهذه الدول. من جانب آخر، تزامنت مع هذه الأحداث والتطورات التي عرفتها المنطقة، عودة كثيفة لعمال متنقلين خاصة إلى مصر وتونس والسودان والمغرب، وذلك من ليبيا، وقدرت في هذا الظرف فرص العمل الضائعة مئات من الآلاف، وهو الرقم الذي تعجز دولهم عن استيعابه، مما يؤدي إلى ارتفاع معدلات البطالة.

تدهورت عموما أوضاع التشغيل خلال هذه الفترة، فحسب تقدير منظمة العمل العربية، فإنّه قد يتجاوز معدل البطالة العام 18% في الأمد القصير⁽²⁰⁾. وأمام تخوف هذه الأخيرة من آثار هذه الاحتجاجات على العدالة الاجتماعية، التي تستوجب العمل على تحقيق التنمية المستدامة المشجعة على منح فرص العمل اللائق وسبل العيش المستدام وغيرها، قدمت جملة من التوجيهات الهامة لبلوغ هذه الغاية، كما اتخذت إجراءات لتحقيق ذلك. وهو ما سيتم عرضه في النقطة الموالية.

المطلب الثالث: الإجراءات المتخذة للتصدي للاحتجاجات الشعبية وتحقيق مقتضيات العمل اللائق

تعددت الإجراءات التي اتخذتها الحكومات العربية، منذ أن بدأت موجة الاحتجاجات الشعبية في عدد من البلدان العربية، وتصب جميعها بصورة مباشرة في تحسين ظروف عيش المواطن العربي وفي المزيد من فرص العمل ورفع الأجور وتسهيلات للتدريب، ودعم للسلع وتخفيف من الأعباء الضريبية إقراض المؤسسات الصغيرة... الخ. وبعض هذه الإجراءات غير كافية، كما هي في حالة مصر مما جعل سقف المطالب يرتفع والاحتجاج يستمر، وأقل هذه الإجراءات نجاحا كانت التوزيعات النقدية المباشرة على المحتاجين وهو إجراء مرغوب فيه لكن جاء في التوقيت غير المناسب⁽²¹⁾. ولتوضيح آثار الاحتجاجات على التشغيل سيتم الوقوف عند نماذج للدول التي مستها هذه الموجة، وبصفة خاصة تلك الإجراءات التي اتخذتها الحكومة المصرية (أولا) وكذا تونس (ثانيا)، مع تسجيل لموقف منظمة العمل العربية (ثالثا).

أولا/الإجراءات المتخذة من الحكومة المصرية للتصدي للاحتجاجات الشعبية ولبلوغ العمل اللائق: يمكن حصر أهم الإجراءات التي اتخذت في مصر في هذه الفترة العسيرة في النقاط التالية:

- دعم السلع والمواد الأساسية.
 - اتخاذ إجراءات لتثبيت المتعاقدين والمؤقتين.
 - إنشاء فرص عمل خاصة في قطاع الإنشاءات.
 - دعم المنشآت الصغيرة والمتضررة.
 - تحسين الرواتب التعاقدية.
 - صرف علاوة قدرها 15% من الأجر الأساسي للعاملين بالدولة.
- اتخذت هذه الإجراءات وزارة المالية التي كانت في مصر وفي غيرها من الدول العربية تعارض مثل هذه الإجراءات⁽²²⁾. كذلك وفي هذا السياق نفسه أوقفت مصر فعليا خطط الخوصصة بل شهدت أيضا مراجعة لبعض عقود الخصخصة.
- باستثناء هذه الإجراءات لم تقدم الحكومة أية إجراءات تتعلق بدعم التشغيل والتقليل من البطالة، واقتصر الأمر على الإعلان عن عدم ترشح الرئيس ثم تنحيته بعد ذلك⁽²³⁾، وكل ما وقع في مصر هو أكثر سياسي من اجتماعي.
- ويمكن القول أنّ الحكومة المصرية قد تأخرت في تخفيف الضغوط الاقتصادية والاجتماعية وتقديم علاج فعلي للأزمة، وهذا بخلاف تونس التي اتخذت إجراءات عاجلة لدعم التشغيل. ورغم تشابه الأوضاع في كل من تونس ومصر، إلا أنّ هذه الأخيرة لم تتخذ إجراءات

لملوسة لدعم التشغيل والتقليل من البطالة، وهو ما يفسر أيضا تصاعد الأزمة في هذا البلد، الأمر الذي يقتضي ضرورة التفكير في سياسات حكومية فاعلة لدعم التشغيل.

ثانيا/الإجراءات المتخذة من الحكومة التونسية للتصدي للاحتجاجات الشعبية ولبلوغ العمل اللائق: اتخذت الحكومة التونسية إجراءات عاجلة لدعم التشغيل وهي متنوعة أهمها:

- الإعلان عن وضع خطط تتضمن توفير 300 ألف فرصة عمل مع نهاية 2012.
- إلزام المؤسسات بالتعاون على توفير فرص عمل للعاطلين ذوي الشهادات العليا، وأسفرت هذه الحملة عن وضع خطة عاجلة لتوظيف 50.000 عاطلا.
- تقديم مجموعة من الحوافز للمؤسسات بغرض تنشيط آليات التشغيل والإدماج.
- دعم الاستثمار لاستحداث مواطن الشغل.

وبعد ذلك اعتمدت الحكومة المؤقتة في الفترة الانتقالية برنامجا اقتصاديا واجتماعيا أوليا، يشمل على 17 إجراء موزعا على أربع خطط عمل متوازنة هي التشغيل ومساندة المؤسسات الاقتصادية وتمويلها و« التنمية الجهوية » والعمل الاجتماعي على النحو التالي:

1 - التشغيل:

- إحداث 40 ألف وظيفة في القطاعين العام والخاص من خلال برنامج دعم ورفع الاقتصاد.
- تكفل الدولة بـ 200 ألف شاب وشابة من خلال برامج للتربصات المهنية.
- تقديم تمويل ذاتي للمشروعات التي لا يستطيع الأفراد تمويلها.
- بناء عليه اتخذت الحكومة التونسية قرارات مهمة متمثلة في:
- الإسراع إلى إقرار برنامج استعجالي واستثنائي لانتداب عشرين ألف من طالبي الشغل في مختلف المستويات التعليمية بالوظيفة العمومية خلال سنة 2011.
- إعداد بوابة الكترونية موحدة⁽²⁴⁾. انطلق العمل بها في ماي 2010 وذلك تحت رعاية وزارة التكوين المهني والتشغيل.
- إيجاد فرص عمل بالقطاع الخاص، حيث سعت وزارة التكوين المهني والتشغيل للعمل على إيجاد 20 ألف مواطن عمل في المؤسسات والشركات العمومية والخاصة، وذلك من خلال آليات التحفيز والتسهيلات العديدة لبعث المشاريع الجديدة (خاصة الصغيرة والمتوسطة منها).
- ولقد استجاب لذلك العديد من الشركات والبنوك، ك"بنك تونس الدولي" الذي قام بالتنسيق مع وزارة التكوين المهني والتشغيل يوم 13 ماي 2011 ووقع إثره عقود تشغيل لـ 120 شابا من حاملي الشهادات العليا، وكذا العقد الذي وقع عليه "المركز الفني لمواد البناء والبلور" لإيجاد 64 مواطن شغل سنة 2011، و63 مواطن سنة 2012، و63 مواطن سنة 2013 كما وقعت شركة "ديتاش" « DYTECH » المتخصصة في الصناعة وتسويق المسابح للسوق الأوروبية

- لإدماج 200 شخص، وشركة "بولينا" « POLINE » لإيجاد 2105 مواطن عمل من إطارات ومهندسين وفنيين ساميين وعمال خلال السنوات (2011 - 2013)⁽²⁵⁾.
- مضاعفة برامج العمل للمصلحة الوطنية لأجل زيادة أعداد العاملين وتحسين أجورهم.
 - 2 - مساعدة المؤسسات الاقتصادية وتمويلها: لاسيما تلك التي تمر بصعوبات اقتصادية، وذلك لتمكينها من المحافظة على مواطن الشغل فيها وعلى أنشطتها. لذا فإنّ الحكومة قد أسرعت إلى اتخاذ بعض الإصلاحات الضرورية في مصلحة الشركات المتضررة وللحفاظ على مواطن الشغل الموجودة وأهمها:
 - تحمّل الحكومة في حدود 50% لكل الخسائر التي لحقت بالشركة.
 - تحمّل الحكومة لفوائد القروض السلبية التي لا تتجاوز 05 سنوات والقروض الموجهة للاستثمارات.
 - تأخير دفع الرسوم والأداءات.
 - 3 - التنمية الجهوية: ويكون ذلك بصفة خاصة بإعادة النظر في ميزانية الدولة، وذلك بتخصيص جزء منها لمشاريع البنية التحتية وتحسين ظروف العيش والمساعدة المباشرة على التشغيل، خاصة بالمناطق والجهات ذات الأولوية.
 - 4 - العمل الاجتماعي: قررت الحكومة في هذا الصدد:
 - إعانة 185 ألف أسرة معوزة،
 - إعانة التونسيين العائدين من ليبيا، وفي هذا الصدد اتخذت وزارة التكوين المهني والتشغيل برنامج نموذجي تجاه العمال الذين فقدوا عملهم نتيجة الأحداث، والذين يناهز عددهم الـ 80 ألف شخص⁽²⁶⁾، وهو ما زاد من حدة البطالة في البلاد.
 - ونظرا لمحدودية نجاعة هذه السياسة، استحدثت الحكومة المؤقتة برنامجا آخر اقتصاديا واجتماعيا للفترة 2012-2016، ومن أهدافه:
 - الارتقاء بعملية التشغيل للوصول بنسبة البطالة سنة 2016 إلى 10,5 % بفضل إيجاد 500 ألف مواطن شغل.
 - تحقيق التوازن الجهوي العام في إطار التنمية المستدامة.
 - إحداث فرص الشغل لحاملي الشهادات العليا.
- عموما لاقت المطالب العمالية خاصة في مجال التشغيل واستحداث فرص العمل استجابة من الحكومات على أنّها اختلفت في مداها.

ثالثاً/توجهات منظمة العمل العربية لبلوغ العمل اللائق: اهتمت منظمة العمل العربية بحكم اختصاصها، وبسبب تأزم الأوضاع جراء انتشار البطالة خاصة الشبابية، بتقديم حلول لها لاسيما بعد الأوضاع التي عاشتها وما زالت تعيشها بعض الدول العربية، وذلك من خلال نشاطها وهيئاتها ابتداءً بقمة الكويت الاقتصادية والاجتماعية، وبصفة خاصة منتدى الدوحة العربي حو التنمية والتشغيل وما صدر عنه من إعلان.

تناولت المنظمة خطورة البطالة على التنمية والأمن العربي، وأكدت على ضرورة العمل لدفع التباين بين النوايا المعلنة لدعم التشغيل والفعل البطيء على أرض الواقع. عقدت إلى جانب ذلك، المنتدى العربي الثاني للتنمية والتشغيل تحت شعار "نحو حماية اجتماعية وتنمية مستدامة" وذلك بمدينة الرياض خلال الفترة من 24-26 فيفري 2014، الذي تتمحور فكرته الأساسية في التوصل إلى توافق كامل بين الشركاء الاقتصاديين والاجتماعيين حول الاستراتيجيات العامة الداعمة لإيجاد المزيد من فرص العمل، والحماية الاجتماعية في المنطقة العربية من خلال نموذج تنموي يركز على التنمية المستدامة، اعتماداً على منظومة معلوماتية شاملة، وإشراك القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني في رسم سياسات فاعلة لدعم التشغيل، وبناء قواعد التوافق المجتمعي المحقق لقدر أكبر من العدالة الاجتماعية والسلم الاجتماعي⁽²⁷⁾.

إلى جانب هذه النشاطات، تقدمت المنظمة بإجراءات عاجلة للسيطرة على هذا الوضع لاسيما على المستوى القطري وتتمثل في النقاط التالية:

- خطة وطنية للتشغيل تخفض معدل البطالة إلى النصف.
- إدماج التشغيل كأولوية للتنمية وفي برامج الاستثمار وحوافزه، سواءً كان محلياً أو أجنبياً.
- إعطاء أولوية أكبر لتقليل التفاوت بين المناطق الجغرافية وفئات السكان داخل البلد الواحد، من حيث وضع التشغيل وفرصه ومنح مزايا للاستثمار والعمل في هذه المناطق المحرومة.
- العناية المركزة بتشغيل الشباب خاصة مجموعات الإناث والمتعلمين منهم.
- تحديد برامج عملية لتحسين أوضاع العاملين في القطاع غير المنظم وشمولهم بالحماية الاجتماعية.
- تحسين الأجور خاصة الحد الأدنى، وإقرار هذا الحد حيث لا يوجد وربط ذلك بمؤشرات تكاليف المعيشة.
- إيلاء أهمية خاصة لفتتين من القوى العاملة كانت بارزة في الاحتجاجات الشعبية، العاملون في القطاع غير المنظم والمتعطلين من حملة المؤهلات الدراسية.

- إعطاء أهمية للإعلام الإلكتروني من خلال وسائل التواصل الاجتماعي الافتراضي، وتوظيف ذلك لدعم جهود التشغيل والإلحاح على أولوياته في مضامين التنمية⁽²⁸⁾.
- تطوير آليات التشاور والتمثيل خاصة لفئتي العمال والشباب.
- التركيز مجدداً على تطوير التعليم والتدريب لتحقيق الانفتاح والملاءمة مع حاجات التنمية بمنظور مستقبلي.
- التجاوب لتنفيذ ما أقر من ضرورات تشاور لتيسير تنقل الأيدي العاملة العربية، ووضع خطط تعاون عربي عندما تتعرض هذه لأزمات بسبب اضطرابات سياسية.
- إعادة النظر في سياسات التمويل بهدف مضاعفة الموارد ونسبة إقراض المنشآت الصغرى والصغيرة ضمن إجمالي عمليات الإقراض.
- إدماج ما سوف يقرّ في مؤتمر العمل العربي في دورته هذه السنة، خاصة حول المنشآت الصغرى والصغيرة والمتوسطة في خطط التنمية والاستثمار الوطنية والعربية.
- التشجيع العملي لمساهمة القطاع الخاصة وشركاته في عمليات تمويل المنشآت الصغرى والصغيرة على المستوى العربي.
- وضع آلية التشاور بشأن الهجرة العربية والعمل المشترك لحمايتها، وصيانة حقوقها المقررة في تشريعات بلدان الاستقبال، وبذل كل الجهود لمحاربة الهجرة غير الشرعية.
- المساهمة في تنفيذ البرنامج العربي لدعم التشغيل والحد من البطالة المقرّ من القمة العربية، والبدء خاصة بتنفيذ الشبكة العربية لمعلومات سوق العمل وتحسين المعرفة بالتشغيل وبأسواق العمل.
- وعلى مستوى المنظمة أكدت على ضرورة:
 - إعادة دراسة الأدوات القانونية العربية من اتفاقيات عمل وتوصيات لتحديد فرص التطوير والتعديل، أو التجميد أو استحداث أدوات جديدة ويتبع ذلك دراسة المتابعة لتلك الأدوات القانونية.
 - الدراسة المعمقة لحرية العمل النقابي والتمثيل في ضوء المتغيرات الجديدة.
 - بناء أسس جديدة للحوار الاجتماعي المتكافئ والشامل أفقياً وعمودياً والفعال، قد يكون من بينها آلية للحوار بين الفاعلين الاجتماعيين والفاعلين الاقتصاديين، وليس بين أطراف الإنتاج الأساسيين فقط.
 - وضع دراسات معمقة للمسؤولية الاجتماعية للمنشآت الإنتاجية، بحيث تتوازن أهداف الكسب المشروع مع العدالة الاجتماعية.
 - وضع دراسات لطرق العمل لتحقيق قدر أكبر من الشفافية ومحاربة للفساد، وتحقيقاً لسيادة القانون واقتراح آليات عادلة وفعالة للمساءلة.

- المساهمة مع منظمات عربية أخرى، في وضع تصورات للدور الجديد للعمل العربي المشترك في ضوء تغيير الأوضاع في البلدان العربية⁽²⁹⁾.

تؤكد الأوضاع الحالية، على أنّ أبرز الأسباب وراء هذا التدهور الاجتماعي تتمثل في الفجوة الكبيرة الفاصلة بين الحكام والشعب، وبصفة خاصة الطبقة العاملة البعيدة عن مقتضيات العمل اللائق، وهو ما يفسر الارتفاع المذهل لأرقام البطالة في الوطن العربي.

خاتمة

تعدّ الاحتجاجات الشعبية العربية الصورة المترجمة للواقع الصعب للدول العربية، والمعبرة عن عجزها عن بلوغ مقتضيات العمل اللائق. كذلك تكشف البرامج المكرسة لسياسات التشغيل فيها عن ضعف فرص التشغيل، وعن تفشي ظاهرة البطالة في هذه الدول، هذه الظاهرة التي كانت إحدى الأسباب الدافعة لتصاعد الأوضاع فيها. ما يمكن عموماً تأكيده هو أنّ:

- توفير فرص العمل وبلوغ مقتضيات العمل اللائق مرتبط بالنمو الاقتصادي والاستقرار السياسي، والتغيرات السياسية لبعض الدول العربية أثرت سلباً على التشغيل حيث يصعب الحديث فيها عن العمل اللائق. أكثر من ذلك فإنّ نتائج الاضطرابات لم تتضح بعد، فبعض الدول شهدت انهياراً في نظام الحكم والبعض الآخر مازال يواجه حركات احتجاجية.

- تأثر النمو الاقتصادي في أغلب هذه الدول العربية مما يؤثر سلباً على التشغيل.

- تعاني أسواق العمل في هذه الدول من تفاوت بين العرض والطلب، لكن من جهة أخرى هذه الاحتجاجات أكدت على مسؤولية الدولة وشركائها في العمل على بلوغ العمل اللائق، على أنّ ذلك مرهون بالنمو الاقتصادي والسياسي.

وبهذا يمكن تقديم توصيات مفادها:

- ضرورة تحقيق النمو الاقتصادي، فلا يمكن الحديث عن إنجازات اجتماعية في غيابها.
- تنشيط سوق العمل بالتركيز على المشاريع المشغلة للعمال.
- رفع مستويات الأجور.
- تنظيم العمالة الوافدة مع الحرص على إعطاء الأولوية للعمال العرب.
- تحسين آليات المفاوضات الجماعية.
- تفعيل الأدوات الدولية الموجهة لدعم التشغيل وتحقيق العمل اللائق.
- تشجيع الاستثمارات.
- تفعيل العمل العربي المشترك.

– ضرورة الالتزام بتجسيد معايير العمل الدولية وتفعيل الاتفاقيات الدولية والعربية المهمة ببلوغ العمل اللائق.

الهوامش:

(1) تقرير عمالي حول "العمل اللائق في الأردن 2011، فجوة بين المعايير الدولية والواقع الممارس في الأردن"، مركز الفينيق للدراسات الاقتصادية والمعلوماتية بالتعاون مع مؤسسة فريديرش إيبيرت، المرصد العمالي الأردني، التقرير الخامس، 2011، ص 01.

(2) من هذه النصوص الاتفاقية الدولية رقم 189 بشأن العمل اللائق للعمال المنزليين، منشورة على الموقع الإلكتروني: www.alolabor.org

(3) منظمة العمل العربية، "التقرير العربي الثالث حول التشغيل والبطالة في الدول العربية"، انعكاسات الاحتجاجات الشعبية العربية على أوضاع التشغيل والبطالة... حاضرا ومستقبلا، ص 10، منشور على الموقع الإلكتروني: www.ilo.org

(4) فرطاس فتيحة وصدقاوي صورية، "تداعيات الأزمة المالية العالمية على العمالة في الوطن العربي"، مداخلة قدمت في الملتقى الدولي حول إستراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة المسيلة، يومي 15 و16 نوفمبر 2011، ص 5.

(5) برنامج الأمم المتحدة الانمائي، تحديات التنمية في الدول العربية، نهج التنمية البشرية، الجزء الأول، 2009، ص ص 23 – 24.

(6) فرطاس فتيحة وصدقاوي صورية، مرجع سابق، ص 13.

(7) الحسن محمد محمد السباق، أثر الخصخصة على حقوق العمال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 281.

(8) مهدي محمد القصاص، المصاحبات الاجتماعية للبطالة، دراسة حالة، جامعة المنصورة، مصر، 2008، ص 08.

(9) سمير زهير الصوص، بعض التجارب الدولية الناجحة في مجال التنمية وتطوير المشاريع الصغيرة والمتوسطة، نماذج يمكن الاحتذاء بها في فلسطين، مكتبة المحافظة لقليلية، وزارة الاقتصاد الوطني، فلسطين، 2010، ص 32.

(10) المرجع نفسه، ص 32.

(11) المرجع نفسه، ص 33.

(12) أحمد شفير، التحولات الاقتصادية وأثارها على البطالة والتشغيل في بلدان المغرب الغربي، منظمة العمل العربية، المعهد العربي للثقافة العمالية وبحوث العمل، الجزائر، ص 121.

(13) المرجع نفسه، ص 125.

(14) أحمد شفير، المرجع السابق، ص 126.

(15) التطورات الراهنة في المنطقة العربية وأثارها على التشغيل، الحلقة النقاشية حول التطورات الراهنة وأثارها على قضايا العمل، منظمة العمل العربية، مؤتمر العمل العربي، ص 03، منشور على موقع الانترنت: www.alolabor.org

(16) التطورات الراهنة في المنطقة العربية وأثارها على التشغيل، المرجع السابق، ص 04.

(17) د. فاخر جاسم، "الاحتجاجات الشعبية العربية وأفاق تطورها الديمقراطي"، مجلة الأكاديمية في الدانمارك وجامعة المستقبل في العدد العاشر، اليمن، 2011، ص 152.

(18) مأخوذ من جريدة الشرق الأوسط ليوم 21 فيفري 2014، منشور على الموقع الإلكتروني: www.MubasherInfo/case/news /2493006

(19) منظمة العمل العربية، التطورات الراهنة في المنطقة العربية وأثارها على التشغيل، مرجع سابق، ص 08.

(20) المرجع نفسه، ص 10.

(21) راجع التقرير العربي الثالث حول التشغيل، مرجع سابق، ص 61.

(22) مؤتمّر العمل العربي، الدورة الثامنة والثلاثون، الحلقة النقاشية حول التطورات الراهنة وأثارها على قضايا العمل، التطورات الراهنة في المنطقة العربية وأثارها على التشغيل، منظمة العمل العربية، القاهرة، 15 – 25 ماي 2011، ص 7.

(23) التقرير العربي الثالث حول التشغيل والبطالة في الدول العربية، مرجع سابق، ص 80.

(24) عنوان البوابة الإلكترونية: www.concours-gov.tu وتحتوي هذه البوابة على مكان لطالبي العمل، فضاء لباعثي المشاريع الجديدة، ومكان لأصحاب المصانع وفضاء للمستثمرين.

(25) نقلا عن: التقرير العربي الثالث، منظمة العمل العربية، حول التشغيل والبطالة في الدول العربية، القاهرة، ص ص 135 – 136، منشور على موقع الانترنت: www.ilo.org

(26) إضافة إلى ذلك، يتمتع العمال العائدون من ليبيا من منحة 100 دينار، وتتكفل الدولة بنفقات الأعياد الدينية، ومصاريف العودة إلى المدارس لمن لهم أطفال في سن الدراسة وكذا التغطية الصحية الكاملة لهم.

(27) منظمة العمل العربية، المنتدى العربي الثاني للتنمية والتشغيل، 24 – 26 فيفري 2014، منشور على الموقع الإلكتروني: www.alolabor.org

(28) منظمة العمل العربية، التطورات الراهنة في المنطقة العربية وأثارها على التشغيل، مرجع سابق، ص 14.

(29) منظمة العمل العربية، التطورات الراهنة في المنطقة العربية...، مرجع سابق، ص 09.

معاملة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني : الاتفاق المبرم مع الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة نموذجا*

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

د. بن هلال ندير،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

أعطى المشرع الجزائري أهمية بالغة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، كما هو الحال بالنسبة للشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، التي استفادت من مزايا استثنائية خلال مرحلتها الانجاز والاستغلال، إضافة لحمايتها بمجموعة من الضمانات القانونية مثل: تكريس مبدأ المعاملة الوطنية، حرية تحويل رؤوس الأموال، ضمان الاستقرار التشريعي، الحق في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي... إلخ...

الكلمات المفتاحية:

الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، المعاملة الوطنية، الاستقرار التشريعي، التحكيم التجاري الدولي.

* تم استلام المقال بتاريخ 2016/05/30 وتم تحكيمه بتاريخ 2016/06/19 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Treatments of special importance investments for the national economy: the contract with model National Telecommunications Mobile Company as example

Abstract:

The Algerian legislature, gave great importance to the investments of special importance for the national economy, as is the case with National Mobile Telecommunications Co, which received extraordinary benefits during the two phases of implementation and operation, and the protection of a set of legal guarantees, such as the consecration of the principle of national treatment, and the freedom of capital and the transfer of legislative stability, and the right to resort to international commercial arbitration ... etc.

Key words :

Mobile National Telecommunications Company, the National Agency for the development of investment, national treatment, legislative stability, international commercial arbitration.

Traitement des investissements d'une importance particulière pour l'économie nationale: cas de l'accord avec la société nationale des communications mobiles

Résumé :

Le législateur algérien a accordé une grande importance aux investissements d'importance particulière pour l'économie nationale. C'est dans cette optique que la société nationale des communications mobiles a bénéficié des avantages exceptionnels au cours des deux phases de réalisation et d'exploitation, comme elle bénéficie de plusieurs garanties juridiques telles que le principe du traitement national, le libre transfert des capitaux, la stabilité législative, le droit de recourir à l'arbitrage commercial international, etc.

Mots clé :

Société nationale des communications mobiles, agence nationale pour le développement des investissements, traitement national, stabilité législative, arbitrage commercial international.

مقدّمة

استحدث المشرّع الجزائري لأول مرة فكرة الاستثمارات⁽¹⁾ ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، بموجب نص المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 12 المتعلّق بترقية الاستثمار⁽²⁾، التي جاء مضمونها على النحو التالي: " يمكن أن تستفيد الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لا سيما من حيث حجم المشروع، ومميزات التكنولوجيا المستعملة، وارتفاع نسبة اندماج الانتاج الذي يجري تطويره وارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة، أو من حيث مردودية هذه الاستثمارات على المدى الطويل من امتيازات إضافية طبقا للتشريع المعمول به.

ويتربّب عليها إبرام اتفاقية بين الوكالة لحساب الدولة والمستثمر...".

لم يختلف الأمر كثيرا بصدور الأمر رقم 01 - 03 المتعلّق بتطوير الاستثمار⁽³⁾، إذ حافظ المشرّع الجزائري على مصطلح الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، حيث منح لها الحق في الاستفادة من مزايا النظام الاستثنائي.

بالعودة إلى المادتين 12 و12 مكرّر من الأمر رقم 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار⁽⁴⁾، نجد بأنّه يترتب على الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، إبرام اتفاقية

متفاوض عليها⁽⁵⁾ بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تتفاوض باسم الدولة⁽⁶⁾، والمستثمر تحت إشراف الوزير المكلف بترقية الاستثمار.

في سبيل ذلك، أبرمت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار العديد من اتفاقيات الاستثمار، من بينها نذكر على سبيل المثال اتفاقيات الاستثمار المبرمة مع كل من : الشركة الجزائرية للإسمنت (ACC)⁽⁷⁾، شركة الدار الدولية (سيدار)⁽⁸⁾، اتصالات الجزائر للهاتف النقال موبيليس (ATM)⁽⁹⁾، حامة واطر ديسالنايشن (HWD)⁽¹⁰⁾، أقواس دو سكيكدة (ADS)⁽¹¹⁾، وكهرما (KAHRAMA)⁽¹²⁾، بالإضافة إلى الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة⁽¹³⁾، التي سندرسها كنموذج عن كيفية معاملة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لذا نتساءل عن نوع المعاملة الممنوحة لهذه الشركة باعتبارها استثمار يمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني؟

وهو ما سنحاول الاجابة عنه من خلال تحليل الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، التي فصلت في الامتيازات الممنوحة للشركة خلال مرحلتي الانجاز والاستغلال⁽¹⁴⁾ (أولاً)، بالإضافة للضمانات الممنوحة لها، أين ستقتصر دراستنا على بعض الضمانات فقط مثل الاستفادة من مبدأ المعاملة الوطنية (ثانياً)، ضمان شروط الاستقرار التشريعي(ثالثاً)، الحق في اللجوء للتحكيم التجاري الدولي⁽¹⁵⁾ (رابعاً).

أولاً: الامتيازات الممنوحة للشركة

استفادت الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة من عدة امتيازات منحت لها بعد التفاوض مع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، حيث استفادت من امتيازات جدّ معتبرة⁽¹⁶⁾، لكون المشروع الاستثماري يدخل ضمن الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني⁽¹⁷⁾، وهو ما وضّحته المادة 02 من الاتفاقية، التي أشارت إلى أنه إضافة للامتيازات الممنوحة للمشروع الاستثماري بموجب الأمر رقم 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار، سيستفيد من مزايا أخرى بعنوان مرحلة انجاز المشروع الاستثماري (1)، ومرحلة استغلاله (2)⁽¹⁸⁾.

1- امتيازات بعنوان انجاز المشروع الاستثماري

استفادت الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة خلال مرحلة الانجاز⁽¹⁹⁾ من عدة امتيازات، حدّدها المادة 02 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، التي تنصّ على أنه : " ... تمنح للشركة الامتيازات الآتية:

1.2 – بعنوان إنجاز الاستثمار:

أ- الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض، فيما يخصّ كلّ المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار،

ب- تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل بنسبة منخفضة قدرها اثنان بالألف (2%) فيما يخصّ العقود التأسيسية للشركة والزيادات في رأسمالها)،

ج- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار، سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية...".

فيما يخصّ مدة إنجاز المشروع الاستثماري، فإنه بالعودة إلى مضمون نص المادة 13 من الأمر رقم 01 – 03 المتعلق بتطوير الاستثمار باعتباره القانون الساري المفعول على الاتفاقية، نجد بأنها أخضعها للاتفاق المسبق الذي يكون بين الوكالة والمستثمر، إذ جاء مضمونها على النحو التالي: " يجب أن تنجز الاستثمارات المذكورة في المواد 1 و2 و10 أعلاه في أجل يتفق عليه مسبقاً عند اتخاذ قرار منح المزايا. ويبدأ سيران هذا الأجل ابتداء من تاريخ تبليغ هذا القرار⁽²⁰⁾ إلا إذا قرّرت الوكالة المذكورة في المادة 6 أعلاه تحديد أجل إضافي"⁽²¹⁾.

وهو ما حدّته المادة 02 من الاتفاقية السالفة الذكر بأربع (04) سنوات، إذ جاءت على النحو التالي: "... ويقصد " بمرحلة إنجاز الاستثمار"، في هذه المادة مدة أربع (4) سنوات التي يتمّ خلالها إقامة الشبكة طبقاً لأحكام المرسوم المتضمن الموافقة على منح الرخصة، وتحسب هذه المدة ابتداء من تاريخ قرار منح الامتيازات...".

2 – امتيازات بعنوان استغلال المشروع الاستثماري

تستفيد الشركة بعنوان مرحلة الاستغلال من عدّة مزايا حدّتها المادة 02 من الاتفاقية

المبرمة بين وكالة (ANDI) وشركة (K.S.C) على النحو التالي: "

2.2 – بعد معاينة انطلاق الاستغلال:

أ- الإعفاء، لمدة خمس (5) سنوات ابتداء من تاريخ انطلاق الاستغلال⁽²²⁾ أو من نهاية مرحلة الانجاز، حسب اختيار الشركة، أو من أيّ تاريخ آخر تحدّده الشركة في الفترة الممتدة ما بين بداية انطلاق الاستغلال ونهاية مرحلة إنجاز الاستثمار، من الضريبة على أرباح الشركات، ومن الضريبة على الدخل الإجمالي على الأرباح الموزعة ومن الدفع الجزافي، ومن الرسم على النشاط المهني.

ب- الإعفاء، لمدة خمس (5) سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء، من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار.

ج- تأجيل العجز على السنوات المالية السابقة لمدة خمس (5) سنوات (المادة 147 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة) "...".

في الأخير تجدر بنا الإشارة إلى أنه سترتب على عدم احترام الشركة لالتزاماتها القانونية، ما عدا في حالة القوّة القاهرة⁽²³⁾، فرض مجموعة من العقوبات عليها قد تصل إلى حد سحب المزايا الممنوحة لها، وهو ما أكّدت عليه صراحة المادة 09 من هذه الاتفاقية⁽²⁴⁾، والتي جاءت لتأكيد مضمون نص المادة 33 من الأمر رقم 01 – 03 المتعلّق بتطوير الاستثمار، حيث جاءت على النحو التالي: " في حالة عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها في هذا الأمر أو الالتزامات التي تعهدّ بها المستثمرون، تسحب المزايا الجبائية والجمركية وشبه الجبائية والمالية، دون المساس بالأحكام التشريعية الأخرى...".

إضافة لما سبق، تمسك المشرّع الجزائري في ظلّ القانون الجديد للاستثمار بضرورة احترام المستثمر للالتزامات الناجمة عن تطبيق هذا القانون، إضافة لتلك التي يكون قد تعهدّ بها، وفي حالة المخالفة ستسحب منه كلّ المزايا، دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع⁽²⁵⁾.

ثانيا/الاستفادة من مبدأ المعاملة الوطنية

اعترفت هذه الاتفاقية صراحة، بموجب نص المادة 04 منها بحق استفادة الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة من أحكام نص المادة 14 من الأمر رقم 01 – 03 المتعلّق بتطوير الاستثمار، التي تبنت مبدأ " المساواة في المعاملة بين المستثمر الوطني والأجنبي"، أو ما يعرف " بمبدأ المعاملة الوطنية"⁽²⁶⁾، حيث جاء مضمونها على النحو التالي: " يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار...".

عليه سنحاول تبيان المقصود من مبدأ المعاملة الوطنية، الذي استفادت منه الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة بموجب نص المادة 04 من الاتفاقية، التي أبرمتها مع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، التي أشارت في مضمونها إلى نص المادة 14 من الأمر رقم 01 – 03 المتعلّق بتطوير الاستثمار (1)، إلا أنه بداية من صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 والتعديلات التي تلتها، أصبحت الشركة تخضع لمعاملة تمييزية بالمقارنة مع المستثمر الوطني(2).

1 – المقصود بمبدأ المعاملة الوطنية

يقصد بمبدأ المعاملة الوطنية: " منح الأشخاص المستفيدين من أحكام الاتفاقية معاملة لا تقل عن المعاملة التي تكفلها القوانين للوطنيين"⁽²⁷⁾، و الهدف من تكريس مبدأ المعاملة الوطنية هو حماية المستثمر الأجنبي، حتّى لا يكون معرضاً لمعاملة تمييزية بالمقارنة مع المستثمر الوطني، وهو ما بيّنه الأستاذ " BONOMO Stéphane " الذي يرى بأنّ:

"La clause du traitement national, est destinée à éviter que, l'investisseur étranger ne soit victime de discriminations de la part de l'Etat hôte, par rapport à ses nationaux"⁽²⁸⁾.

وعليه يجب على الدول الامتناع عن اتخاذ أي إجراء تمييزي، تكون الصفة الأجنبية المبرر الوحيد لاتخاذ مثل هذا الاجراء⁽²⁹⁾.

يمثل " مبدأ المعاملة الوطنية " أهمية خاصة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، لأنه يضمن له المساواة في المعاملة مع المستثمر الوطني، ويضمن له الحماية من كل أشكال التمييز المرتبطة بالجنسية أو الأصل⁽³⁰⁾، وهو ما يضمن له الاستفادة من نفس الحقوق الممنوحة للوطني، مما دفع ببعض الباحثين إلى إطلاق تسمية أخرى على المبدأ تتمثل في : " مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين "⁽³¹⁾.

2 – خضوع الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة لمعاملة تمييزية بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009

يمثل استفادة الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة من مبدأ المعاملة الوطنية ضماناً مهمّة، بالنسبة للمشروع الاستثماري والتي تجد أساسها القانوني في كل من نص المادة 14 من الأمر رقم 01 – 03 المتعلق بتطوير الاستثمار، ونص المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين وكالة (ANDI) وشركة (K.S.C).

إلا أنّ الأمور تغيرت بمناسبة صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 والتعديلات التي تلتها، إذ وجدت الشركة نفسها أمام معاملة تمييزية بالمقارنة مع المستثمر الوطني، وهو الأمر نفسه الذي أصبحت تعاني منه المشاريع الاستثمارية الأجنبية من مرحلة الانجاز إلى غاية مرحلة التصفية.

من مظاهر المعاملة التمييزية التي أصبحت تعاني منها الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، باعتبارها مستثمر أجنبي، نذكر على سبيل المثال ما يلي : إلزامية تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لصالح الجزائر (أ)، إمكانية تطبيق حق الشفعة على الشركة في حالة تنازل المساهمين عن بعض أو كل أسهمها(ب).

أ- إلزامية تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لصالح الجزائر

تنص المادة 4 مكرّر فقرة 5 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدّل والمتّم على أنّه : "يتعيّن على الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر خلال كل مدّة قيام المشروع ويحدّد نص من السّلطة النقدية كيفيات تطبيق هذه الفقرة " .

يلاحظ بأن نص المادة السالفة الذكر، ألزم كلّ المشاريع الاستثمارية الأجنبية سواء المباشرة أو تلك المنجزة عن طريق تبني أسلوب الشراكة دون الوطنية، بضرورة تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر خلال حياة المشروع الاستثماري، وهو الاجراء الذي ينطبق على الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C).

قد يكون السبب الذي دفع بالجزائر إلى تبني مثل هذا الشرط التمييزي، هو العمل على حماية عائدات الاستثمار الأجنبي واستغلالها للنهوض بالاقتصاد الوطني⁽³²⁾، لكن اتخاذ مثل هذا الاجراء يعتبر معاملة تمييزية للمستثمر الأجنبي والشركة (K.S.C)، إذ وقع المشرع في تناقص مع كل من نص المادة 14 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، ونص المادة 04 من الاتفاقية المبرمة مع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، بل الأخطر من ذلك التعدي على أحكام نص المادة 03 فقرة أولى من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والكويت حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والتي تسمو أحكامها على التشريع⁽³³⁾.

لكن تراجع المشرع الجزائري عن هذا الشرط التمييزي بمناسبة صدور القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، إذ أنه بتفحص أحكام هذا القانون لن نجد أي إشارة إلى إلزام المستثمر الأجنبي بضرورة تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لصالح الجزائر.

ب- إمكانية تطبيق حق الشفعة على الشركة في حالة تنازل المساهمين عن بعض أو كل الأسهم

باعتبار الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة والمعروفة تجاريا تحت علامة "أوريدو" بعد استحواذ الشركة القطرية كيوتل على غالبية الاسهم، استثمار أجنبي فإن المساهمين الأجانب في الشركة لا يتمتعون بالحرية في التنازل عن أسهمهم سواء كلياً أو جزئياً لمستثمر آخر، وذلك لاستحداث المشرع الجزائري لإجراء تمييزي، يتمثل في تمتع الدولة والمؤسسات العمومية بحق ممارسة الشفعة⁽³⁴⁾ عن كلّ التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لصالح المساهمين الأجانب، وذلك بموجب نص المادة 62 من قانون المالية التكميلي لسنة، التي استحدثت المادة 04 مكرّر 3 المعدلة بمناسبة صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2010 وقانون المالية لسنة 2014⁽³⁵⁾.

بالعودة إلى نص المادة 04 مكرّر 03 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير، ومن خلال تحليل مضمونها نتوصل إلى جمع مجموعة من الملاحظات السلبية والتي نوجزها فيما يلي:

— وجود اختلاف في التكييف القانوني للشفعة بين القانون المدني الذي اعتبرها رخصة⁽³⁶⁾، وقانون الاستثمار الذي اعتبرها حقا تتمتع به الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽³⁷⁾.

— يعاب على نص المادة 04 مكرّر 03 السالفة الذكر على أنّها لم تبين لنا كيفية تعيين الخبير، إذ يرى الأستاذ " تركي نور الدين " أنّ المشرع الجزائري أكد في نص المادة 03 مكرّر فقرة

03 على أنّ سعر التنازل يكون على أساس الخبرة، لكن يلاحظ من خلال نص المادة السالفة الذكر أنّ المشرّع لم يبيّن لنا كيفية تعيين الخبير، هل سيعيّن من طرف الادارة أو بالاتفاق مع المستثمر الذي يود التنازل عن أسهمه؟⁽³⁸⁾

– تطبيق حق الشفعة سيؤدّي إلى تأخير عملية نقل ملكية المؤسسة بالمقارنة مع نقل الملكية في الحالات العادية، وهو ما سيؤدّي إلى تضييع الكثير من الوقت، إذ قد تمتدّ المدّة لأشهر إن لم نقل لسنوات كما هو الحال بالنسبة لمشروع " Djezzy "، الذي كان من الممكن نقل ملكيته لصالح أحد المتعاملين من إفريقيا الجنوبية خلال مدّة قصيرة، قد تصل لبضع أسابيع لكن تدخل الدولة باستخدام حق الشفعة، أدّى إلى طول الاجراءات التي امتدت لعدّة سنوات⁽³⁹⁾.

– تطبيق الجزائر لحق الشفعة، وضعها في تناقض مع أحكام العديد من المواد القانونية المكرّسة في ظل الأمر رقم 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار من بينها نجد، التعدي على مبدأ المساواة في المعاملة المكرّس بموجب المادة 14، التعدي على مبدأ حرية التحويل المكرّس بموجب نص المادة 30 من الأمر رقم 01-03 السالف الذكر⁽⁴⁰⁾، بالإضافة إلى التناقض مع التزاماتها القانونية مع المستثمرين الأجانب من بينهم الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، لأنّ بالعودة إلى نص المادة 15 من الاتفاقية المبرمة بين هذه الأخيرة والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، نجد بأنّها اعترفت لها بحق التنازل عن الشركة لمستثمر آخر بشرط وفاء هذا الأخير بكلّ الالتزامات التي تعهدت بها الشركة⁽⁴¹⁾، والأخطر من ذلك التناقض مع أحكام اتفاقية الحماية والتشجيع المتبادلين للاستثمارات الموقعة بين الجزائر والكويت، خاصة إذا علمنا أنّ الاتفاقية تسمو على التشريع.

ثالثا : الاستفادة من شروط الاستقرار التشريعي

تعتبر شروط الاستقرار التشريعي من أكثر الضمانات القانونية التي يطالب بها المستثمر الأجنبي، لذا نجد بأنّ المستثمرين الأجانب دائما ما يلحّون على تكريس هذا المبدأ في الاتفاقيات ذات الصلة بالاستثمار، إذ يعتبرونها شروطا جوهرية⁽⁴²⁾، وهو ما تمّ إدراجه في الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة.

ألحّ الطرفان على التأكيد على ضمان شروط الاستقرار التشريعي، والدليل على ذلك هو الإشارة إلى هذه الضمانة في كل من نص المادة 04⁽⁴³⁾، والمادة 05 من الاتفاقية التي جاء مضمونها على النحو التالي: " طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه⁽⁴⁴⁾، فإنّ المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر الامتيازات المحددة في هذه الاتفاقية ".

من هنا سنحاول التطرق إلى مفهوم شروط الاستقرار التشريعي (1)، لنقوم بعدها بتبيان مظاهر تعديّ المشرّع على شروط الاستقرار التشريعي وأثاره على الاتفاقية المبرمة مع شركة (K.S.C) (2).

1 - مفهوم شروط الاستقرار التشريعي

لا يمكن ضمان توفر شروط الاستقرار التشريعي إلا بتوفر قاعدتين أساسيتين، وهما شروط التجميد التشريعي وشروط التدعيم التشريعي.

يقصد بشروط التجميد التشريعي: "إلزام تتعهد بموجبه الدولة بأن تضمن للمستثمر استمرار خضوعه لقانون الاستثمار الساري المفعول وقت إنشاء مشروعه الاستثماري، على حاله دون تغيير، أي استمرار تمتّعه بكافة الامتيازات الممنوحة له بموجب هذا القانون رغم أيّ تعديل أو إلغاء قد يطرأ عليه"⁽⁴⁵⁾، وهو ما تمّ تضمينه في كل من نص المادة 15 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار ونص المادة 05 من الاتفاقية المبرمة مع شركة (K.S.C)، وهو ما يضمن للمستثمر المحافظة على الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم في حال إلغاءه أو تعديله⁽⁴⁶⁾.

أما شروط التدعيم التشريعي فيراد بها: "أنّ الاستثمار يستفيد من الأحكام الجديدة الواردة في العقود واتفاقيات الاستثمار، إذا كانت تتضمن امتيازات أكبر بالنسبة للمستثمر"⁽⁴⁷⁾، وهنا إذا كان هناك اختلاف بين الأحكام العقدية والاتفاقية سيطبّق على المستثمر الأحكام القانونية التي تضمن له مزايا أكثر⁽⁴⁸⁾.

يلاحظ من خلال ما سبق تمتّع المستثمر بحق مكتسب يتمثل في الخضوع للقانون الساري المفعول عند إنجاز مشروعه الاستثماري، مع حق الاستفادة من الأحكام التشريعية الجديدة، إذا كانت تضمن له مزايا أكثر من تلك المكرّسة في ظل القانون القديم أو في اتفاقية الاستثمار⁽⁴⁹⁾، وهو ما استفادت منه الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة.

2 - مظاهر تعديّ المشرّع على شروط الاستقرار التشريعي وأثاره على الاتفاقية المبرمة مع شركة (K.S.C)

قام المشرّع الجزائري بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 وقانون المالية الذي تلاه بإصدار مجموعة من النصوص القانونية، يفهم من خلال تحليل مضمونها بأنّها تطبّق بأثر رجعي من بينها نذكر على سبيل المثال: مسألة تقييد تمويل الاستثمارات الأجنبية بصفة عامة بضرورة اللجوء للتمويل المحلي (أ)، إضافة لممارسة حق الشفعة من طرف الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي (ب).

أ - تقييد تمويل الاستثمارات الأجنبية بصفة عامة بضرورة اللجوء للتمويل المحلي تضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 إجراء تمييزاً آخر موجه للمستثمر الأجنبي، يتمثل في المنع من اللجوء للتمويل الأجنبي لتمويل المشاريع الاستثمارية، حيث جاءت المادة 58 فقرة 07 منه على النحو التالي : " توضع، ما عدا في حالة خاصة التمويلات الضرورية لإنجاز الاستثمارات الأجنبية المباشرة، أو بالشراكة باللجوء إلى التمويل المحلي...".

يلاحظ من خلال ما سبق، بأنّ المشرّع الجزائري قد قيّد الاستثمارات الأجنبية بضرورة اللجوء للتمويل المحلي، وهو ما ينطبق على شركة (K.S.C)، وهذا رغبة من الجزائر لتحقيق مجموعة من الأهداف من بينها المحافظة على العملة الصعبة⁽⁵⁰⁾، ولتجنب العودة للمديونية الخارجية من جديد، وهو ما قد يؤثر سلباً على تمويل المشاريع الاستثمارية الأجنبية في الجزائر، لعدم قدرة البنوك والدولة على تمويلها⁽⁵¹⁾، لانخفاض مداخيل البترول خاصة مع نهاية سنة 2015 وخلال سنة 2016، وهو ما دفع بالمشرّع الجزائري لفتح المجال باللجوء للتمويل الأجنبي بصفة استثنائية، لإنجاز المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية من طرف المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، لكن بشرط الحصول على ترخيص من طرف الحكومة التي تدرس الطلبات حالة بحالة، وهو ما يفهم صراحة من خلال نص المادة 62 من قانون المالية لسنة 2016⁽⁵²⁾، التي جاءت على النحو التالي : " يتم توفير التمويلات الضرورية لإنجاز الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة باستثناء تشكيل رأس المال بصفة عامة، عبر اللجوء إلى التمويل المحلي.

غير أنه يرخّص اللجوء للتمويلات الخارجية الضرورية لإنجاز الاستثمارات الاستراتيجية من طرف المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، وذلك حالة بحالة من طرف الحكومة..."

ب- ممارسة حق الشفعة من طرف الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي خوّل المشرّع الجزائري بموجب نص المادة 04 مكرر 03، للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية حق ممارسة حق الشفعة على كلّ تنازل للأسهم من طرف المستثمرين الأجانب أو لصالحهم.

يلاحظ من خلال نص المادة 04 مكرر 03 أنّها جاءت عامة، إذ تقصد كل المستثمرين الأجانب، وهو ما يعني سريان أحكام هذه المادة بأثر رجعي على الاستثمارات المنجزة قبل صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ومن بينها الاستثمار المنجز من قبل الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة .

لكن في الواقع إذا حاولت الدولة ممارسة حق الشفعة في حال تنازل المساهمون الأجانب في الشركة عن بعض أو كلّ أسهمهم، سيعتبر إجراء غير قانوني لأنّه تمّ الاعتراف صراحة لهذه

الشركة عند انجازها، بأن تكون موضوع نقل للملكية أو تنازل، لكن بشرط أن يتعهد المالك الجديد بالوفاء بكل التعهدات التي تعهد بها المستثمر الأول، والتي سمحت له الاستفادة من عدة حوافز⁽⁵³⁾.

رابعا : الحق في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية الخلافات التي قد تنشأ بين الشركة والدولة الجزائرية

من بين الضمانات القانونية الممنوحة للشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، نجد السماح باللجوء إلى التحكيم التجاري أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI)، وفي سبيل ذلك سنحاول التطرق إلى تبيان الأساس القانوني لهذه الضمانة سواء في ظل قانون الاستثمار (1)، أو في ظل النظام الاتفاقي (2).

1 - في ظل قانون الاستثمار

كانت الجزائر في السابق من بين الدول الراضية للتحكيم التجاري الدولي، بحجة تناقضه مع السيادة الوطنية⁽⁵⁴⁾ وذلك لمدة 30 سنة⁽⁵⁵⁾، لكن تغيرت الأوضاع بصدور المرسوم التشريعي رقم 93 - 12 المتعلق بترقية الاستثمار، الذي فتح من خلاله المشرع المجال للجوء للتحكيم التجاري الدولي⁽⁵⁶⁾ عوض القضاء الجزائري كاستثناء، إذا كان هناك اتفاق خاص يسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات، وهو ما يفهم من خلال نص المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار.

وهو المعنى نفسه الذي جاءت به المادة 17 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، التي تنص على أنه : " يخضع كلّ خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل لاتفاق بناء على تحكيم خاص " .

رغم إلغاء الأمر 03-01 السالف الذكر بموجب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، إلا أنّ المشرع الجزائري حافظ على مختلف الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي في ظل القانون القديم، من بينها نجد الحق في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، إذ جاء مضمون المادة 24 من القانون رقم 19-09 من القانون السالف الذكر على النحو التالي: " يخضع كلّ خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة

والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

2- في ظل النظام الاتفاقي

من بين الضمانات الممنوحة للشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، نجد إمكانية لجوئها للتحكيم التجاري الدولي، أين منحت المادة 13 من الاتفاقية المبرمة بين هذه الشركة ووكالة (ANDI) الاختصاص للفصل في المنازعات للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار⁽⁵⁷⁾، المؤسس بموجب اتفاقية واشنطن الموقع عليها في 18 مارس 1965⁽⁵⁸⁾.

في الأخير تجدر بنا الإشارة إلى أنّ القرار التحكيمي الصادر عن المحكمة التحكيمية قرار نهائي وملزم لطرفي النزاع، ويمكن المطالبة بتنفيذ الحكم أمام أيّ محكمة مختصة⁽⁵⁹⁾.

خاتمة

من خلال كلّ ما سبق نجد بأنّ الدولة الجزائرية، قد أولت معاملة استثنائية للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، وهو ما يظهر لنا بوضوح من خلال دراستنا للاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، إذ استفادت من عدّة امتيازات ضريبية خلال مرحلة إنجاز واستغلال المشروع الاستثماري، كما تمّ تحصين الشركة بعدّة ضمانات مستوحاة من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار مثل الاستفادة من : مبدأ المعاملة الوطنية شروط الاستقرار التشريعي، حرية التحويل، حماية الملكية وحق اللجوء للتحكيم التجاري الدولي لتسوية النزاعات، التي قد تقع بين الدولة الجزائرية والمستثمر.

لكن بداية من صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، لاحظنا مساس المشرع لبعض الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، وهو ما ينطبق على الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة، وذلك بتكريس بعض الاجراءات التمييزية مثل حق الشفاعة إلزامية وتقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لصالح الجزائر، وهي الاجراءات التي ساهمت في تدهور مناخ الاستثمار في الجزائر، التي تصنّف دائما ضمن مراتب متأخرة بالمقارنة مع الجارتين تونس والمغرب⁽⁶⁰⁾، وهذا راجع لغياب نظرة إستراتيجية في السياسة الوطنية في قطاع الاستثمارات⁽⁶¹⁾، وهو ما حاول المشرع الجزائري استدراكه مؤخرا من خلال قانون الاستثمار الجديد، والذي يمكن اعتباره قديم في آن واحد، لأنّ معظم الأحكام القانونية التي يتضمّنّها مستوحاة من الأمر رقم 01 – 03 المتعلق بتكوير الاستثمار قبل التعديلات التي طرأت عليه بعد سنة 2009.

المهامش:

(1) عرّف الأستاذ " Philippe KHAN " الاستثمار على النحو التالي : " عمل أو تصرف لمدة معينة، من أجل تطوير نشاط اقتصادي، سواء كان هذا العمل في شكل أموال مادية أو غير مادية ". نقلا عن عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، د م ج، الجزائر، 1999، ص 02 .

- أما الاستثمار الأجنبي فقد عرّفه الأستاذ " تركي نور الدين " على النحو التالي :

" *Tout apport en numéraire ou en nature, effectué par une personne physique ou, le plus souvent, par une personne morale privée non ressortissante du pays hôte. Il peut prendre la forme soit d'une création d'une entreprise ex nihilo. Soit d'une participation au capital d'une société déjà existante telle qu'une entreprise publique ayant fait l'objet d'une privatisation*". TERKI Nour – Eddine, " La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie", RASJEP, n 02, 2001, p. 09.

كما عرّف الأستاذ " حازم جمعة " الاستثمار الأجنبي على أنه : " انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز ". نقلا عن قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 28.

(2) مرسوم تشريعي رقم 12-93 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 64، صادر في 10 أكتوبر 1993، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 12-98 مؤرخ في 31 ديسمبر 1998، يتضمن قانون المالية لسنة 1999، ج ر ج ج، عدد 98، صادر في 31 ديسمبر 1998. (ملغى)

(3) أمر رقم 03-01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 06-08 مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر ج ج، عدد 47، صادر في 19 جويلية 2006، والأمر رقم 01-09 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009 (استدراك في ج ر ج ج، عدد 53، صادر في 13 سبتمبر 2009)، والأمر رقم 01-10 مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010، والقانون رقم 11-16 مؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 29 ديسمبر 2011، والقانون رقم 12-12 مؤرخ في 26 ديسمبر 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 30 ديسمبر 2012 والقانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013، والقانون رقم 14 – 10 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014. (ملغى)

(4) انظر المادتين 12 و12 مكرّر، المرجع نفسه.

(5) فتح المشرّع الجزائري المجال للتفاوض بين طرفي العقد حول مضمون اتفاقية الاستثمار، وهو ما يعدّ أمر إيجابي يساهم في تحفيز المستثمرين الأجانب واستقطابهم للاستثمار في القطاعات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لأنّ فتح المجال للتفاوض سيسمح لهم بعرض مقترحاتهم وشروطهم حول العملية الاستثمارية. انظر: إقلولي محمد " عن اعتماد الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني في قانون الاستثمار الجزائري"، *المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية*، عدد 02، 2010، ص 53.

(6) استعمل المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 12 فقرة 02 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار عبارة " وتبرم الاتفاقية الوكالة التي تصرّف باسم الدولة..."، الهدف الذي أراد المشرّع تحقيقه من خلال استعمال العبارة السالفة الذكر هو اعطاء ضمانات للمستثمر بأن الدولة مستعدة لتحمل كلّ الالتزامات التي ستقع على عاتق الوكالة، إذ تلعب دور الضامن للمستثمر، للتفصيل أكثر انظر المرجع نفسه، ص 54.

(7) اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC) شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 13 نوفمبر 2004.

- (8) اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار) شركة ذات مسؤولية محدودة، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.
- (9) اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والاتصالات الجزائر للهاتف النقال موبيليس (ATM) شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.
- (10) اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واطر ديسالنايشن، باختصار HWD SPA شركة ذات أسهم شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.
- (11) اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وأقواس دو سكيكدة (ADS) شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.
- (12) اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وكهرما (KAHRAMA) شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.
- (13) اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.
- (14) وافق المجلس الوطني للاستثمار على محتوى الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة في 21 يونيو سنة 2004، انظر المرجع نفسه.
- (15) تنص المادة الأولى، المرجع نفسه، على أنه: " تهدف هذه الاتفاقية إلى تحديد طبيعة الحقوق والامتيازات و كفاءات منحها للشركة، مقابل التزاماتها".
- (16) اتخاذ المستثمر قرار الاستثمار في بلد مامرتبط بحجم الحوافز الممنوحة له، لذا تلجأ مختلف الدول ومن بينها الجزائر إلى الاعتماد على سياسة التحفيز الضريبي كآلية لجذب المستثمرين الوطنيين والأجانب. انظر: يوسف محمد، " مضمون أحكام الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 أوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة إدارة، عدد 23، 2002، ص 38.
- (17) يقصد بالاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني تلك الاستثمارات التي: " تستعمل تكنولوجيات خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة، وتحمي الموارد الطبيعية، وتدخر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستدامة". نقلا عن المادة 10 فقرة 02 من الأمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- (18) انظر المادة 02 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) شركة ذات أسهم، مرجع سابق.
- (19) يقصد بمرحلة الانجاز: " تلك الفترة التي تكون فيها الشركة أو المؤسسة الاستثمارية قيد البناء والتأسيس " نقلا عن: معيني لعزیز، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كآلية جديدة لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص 88.
- (20) هناك اختلاف في كيفية تحديد تاريخ بداية مرحلة الانجاز بين الأمر رقم 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار الملغى و القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلّق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 03 غشت 2016. إذ أنّ الأمر رقم 01-03 جعل بداية سريان أجل الانجاز بداية من تاريخ تبليغ قرار منح المزايا، وهذا على خلاف قانون الاستثمار الجديد المتمثل في القانون رقم 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار الذي جعل بداية سريان مرحلة الانجاز بداية من تسجيل المشروع الاستثماري، إذ جاءت المادة 20 منه على النحو التالي: "... يبدأ سريان أجل الانجاز من تاريخ التسجيل المنصوص عليه في المادة 4 أعلاه، ويدون في شهادة التسجيل المذكورة في المادة 8 أعلاه. يمكن تمديد هذا الأجل طبقا للكيفيات المحددة عن طريق التنظيم".
- (21) هناك من الباحثين من بينهم الأستاذ " هارون مهدي" الذي يرى بأن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الوكالة في تمديد الأجل ستؤدي إلى التمييز بين المستثمرين حيث قد تمدد الأجل لمستثمر ما، ولا تمدد للآخر، وقد ينجم عنها كذلك

تعسّف الوكالة في استخدام سلطتها التقديرية في تمديد مدة الاستفادة من المزايا المقررة بعنوان الانجاز، للتفصيل أكثر حول هذه الفكرة أنظر :

- HAROUN Mehdi, *Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes*, Litec, Paris, 2000, p.277.

(22) بقصد بتاريخ بداية الاستغلال في هذه الاتفاقية : " تاريخ بداية التسويق للشبكة التي تنشأ في إطار الرخصة".

نقلا عن المادة 02 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) شركة ذات أسهم، مرجع سابق.

(23) تنص المادة 08، المرجع نفسه على أنّه : " يقصد بحالة القوة القاهرة كل حدث لا يمكن معالجته وغير متوقّع ويكون خارجا عن نطاق إرادة الطرفين لا سيما الكوارث الطبيعية أو حالة الحرب أو الاضرابات.

وفي حالة وقوع مثل هذه الأحداث، يتفق الطرفان حول الإجراءات الضرورية اللازمة لمواصلة الأهداف موضوع هذه الاتفاقية".

(24) انظر المادة 09، المرجع نفسه.

(25) انظر المادة من القانون رقم 16-09 مؤرّخ في 03 غشت 2016، يتعلّق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

(26) ظهر مبدأ المعاملة الوطنية لأول مرة بين الدول في سنة 1910، بعدها عرف هذا المبدأ انتشارا واسعا حيث تبنته العديد من الدول والمنظمات الدولية من بينها اتفاقية (GATT) والمنظمة العالمية للتجارة (OMC).

- Cité par : LAURIOL Thierry, " Le traitement national ", Dossier : Les techniques conventionnelles du droit international des investissements, *Revue générale de droit international public*, n° 1, 2015, p. 48.

(27) عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون،

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 273.

(28) أنظر :

- BONOMO Stéphane, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : Entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, P U A M, Marseille, 2012, p. 58.

(29) هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في

الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص 50.

(30) عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 274.

(31) قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في

العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011، ص 125.

(32) بن شعلال محفوظ، الرقابة على الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في

القانون، فرع القانون العام، تخصص الهيئات العمومية والحكومة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد

الرحمان ميرة، بجاية، 2013. أنظر كذلك - بن هلال ندير، " مظاهر تعدي المشرّع الجزائري على مبدأ المساواة في المعاملة

بين المستثمرين الوطنيين والأجانب"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، عدد 02، 2015، ص 482.

(33) انظر المادة 03 فقرة أولى من الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة

الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالكويت في 30 سبتمبر 2001 وتبادل الرسائل الموقع على

التوالي في 20 يناير 2002 و 25 يناير 2003، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-370 مؤرّخ في 23 أكتوبر

2003، ج ر ج ج، عدد 66، صادر في 02 نوفمبر 2003.

(34) تعرّف الشفعة لغة على أنّها : " الضمّ أو الزيادة أو التقوية"، فيقال " شفع الشفع شفعا، أي: ضمّ مثله إليه وجعله زوجا".

نقلا عن - دغيش أحمد، " نظام الشفعة بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة في القانون الجزائري"، *المجلة النقدية*

للنانون والعلوم السياسية، عدد 01، 2009، ص 169.

أمّا حق الشفعة باللاتينية " Droit de préemption" فهي مشتقة من كلمة " Pre" ومعناها قبل، ومن كلمة " emptio" أي

الشراء. نقلا عن حسايني لامية، " حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري: آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي اتّجاه

المستثمر الأجنبي"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، عدد 02، 2015، ص 434.

- (35) انظر المادة 4 مكرر 03 من الأمر رقم 01 – 03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- (36) انظر المادة 794 من القانون المدني الجزائري، منشور على الموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة، 2012. www.joradp.dz
- (37) انظر المادة 04 مكرر 03 فقرة أولى من الأمر رقم 01 – 03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- (38) انظر:
- TERKI Nouridine, " L'investissement direct étranger et le retour au protectionnisme " , *RASJEP*, n° 01, 2012, p. 20 .
- (39) انظر :
- ZOUAIMIA Rachid, " Le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de la régression " , *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 02, 2013, p. 16.
- (40) نظر المادة 30 من الأمر رقم 01 – 03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.
- (41) تنص المادة 15 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) شركة ذات أسهم، مرجع سابق، على أنه: " يمكن للاستثمارات التي تستفيد من المزايا المذكورة في هذه الاتفاقية، أن تكون محلّ نقل ملكية أو بيع على أن يتعهد المالك الجديد بالوفاء بكلّ الالتزامات التي تعهدت بها الشركة والتي سمحت بمنح تلك المزايا. طبقاً لأحكام المادة 30 من الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه."
- (42) إقاولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، *المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية*، عدد 01، 2006، ص ص 94-123.
- (43) انظر المادة 04 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) شركة ذات أسهم، مرجع سابق.
- (44) تنص المادة 15 من الأمر رقم 01 – 03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق، على أنه: " لا تطبّق المراجعات أو الالغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة."
- (45) حناني آسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 29.
- (46) انظر :
- TERKI Noureddine, " La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie " *op.cit.*, p. 19.
- (47) عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 221.
- (48) المرجع نفسه، ص 221.
- (49) عيبوط محند وعلي، " الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر " *المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية*، عدد 01، 2006، ص 71.
- (50) بن شعلال محفوظ، مرجع سابق، ص 141.
- (51) بن هلال ندير، مرجع سابق، ص 482.
- (52) قانون رقم 15 - 18 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015، يتضمّن قانون المالية لسنة 2016، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 31 ديسمبر 2015.
- (53) انظر : المادة 15 من الأمر رقم 01 – 03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق. أنظر كذلك المادتين 04 و 05 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) شركة ذات أسهم، مرجع سابق.
- (54) عيبوط محند وعلي، " الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر " مرجع سابق، ص 74.
- (55) عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د م ج، الجزائر، 2001، ص 21.

(56) تنص المادة 1039 من القانون رقم 09-08 مؤرّخ في 25 فيفري 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008 على أنّه: " يعدّ تحكيما دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخصّ النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية بين دولتين على الأقل".

(57) انظر: المادة 15 من الأمر رقم 01 – 03 مؤرّخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

(58) للتطرّق أكثر إلى دور اتفاقية واشنطن في تسوية النزاعات ذات الصلة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، انظر قبايلي طيّب، مرجع سابق.

(59) انظر: المادة 15 من الأمر رقم 01 – 03 مؤرّخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

(60) للتطرّق لهذه الاحصائيات بنوع من الايجاز أنظر:

- ZOUAIMIA Rachid, "Le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de la régression", *op.cit*, p. 22.

(61) وهو ما أشار إليه المدير العام للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، للتفصيل أكثر انظر:

ZOUAIMIA Rachid, "Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie ", *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 01, 2010, p. 24.

عن الاختصاص البيئي للجماعات الإقليمية في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 *

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

د. أسيخ سمير،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

ظلّ الاعتراف بدور الجماعات الإقليمية في حماية البيئة من المسائل التي لم يول لها المؤسس الدستوري الجزائري جانباً كبيراً من الأهمية، رغم الكم الهائل من النصوص التشريعية والتنظيمية التي تمّ إقرارها منذ بداية الثمانينات. وترتبط نجاعة السياسة البيئية بمدى الاعتراف للمستوى المحلي باختصاصات واسعة واعتراف دستوري بدوره، فإنّ هذا الأخير لم يُكرّس إلاّ في سنة 2016 بمناسبة التعديل الدستوري.

يهدف هذا البحث إلى دراسة التعديل الدستوري لسنة 2016 من خلال تبيان الجوانب التي أقرّ للجماعات الإقليمية التدخّل لحماية البيئة، وفي المقابل التطرّق إلى الحدود التي تكتنف دور الهيئات المحلية في أحكام هذا التعديل.

الكلمات المفتاحية:

الجماعات الإقليمية، حماية البيئة، المؤسس الدستوري، مبادئ حماية البيئة.

About the environmental competence of local and regional authorities in the light of the constitutional amendment of 2016

Abstract:

In the field of environmental protection, the role of local authorities has remained marginalized by the Algerian constituent, despite the arsenal of legislative and regulatory texts enacted since the 1970s. The effectiveness of environmental policy must pass By the consecration of broad constitutional prerogatives and recognition of these communities. However, it was necessary to wait until 2016 that this recognition was recognized as part of the constitutional amendment.

This research seeks to study the constitutional amendment of 2016, through the competences granted to local and regional authorities regarding the protection of the environment as well as the limits of the intervention of these communities.

Key words:

Local authorities, environmental protection, the constituent, principles of environmental protection.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 04/09/2016 وتمّ تحكيمه بتاريخ 16/02/2017 وقُبل للنشر بتاريخ 12/06/2017.

De la compétence environnementale des collectivités territoriales à la lumière de la révision constitutionnelle de 2016

Résumé :

Le rôle des collectivités territoriales en matière environnementale a été toujours marginalisé par le constituant algérien malgré l'existence d'un important arsenal législatif s'y rapportant depuis l'années 80. L'efficacité de la politique environnementale est tributaire d'une reconnaissance constitutionnelle, au profit des collectivités territoriales, de larges compétences en la matière. Une telle reconnaissance s'est réalisée en 2016 à l'occasion de la révision constitutionnelle.

La présente recherche vise à étudier la modification constitutionnelle de 2016 et ce, à travers les compétences accordées aux collectivités territoriales en matière de protection de l'environnement ainsi que les limites de leur compétences.

Mots clés :

Collectivités territoriales, protection de l'environnement, le constituant, principes de protection de l'environnement.

مقدمة

لم تكن حماية البيئة من المسائل التي نالت اهتماماً بالغاً في الجزائر بعد الاستقلال وذلك بسبب تركيز انشغال السلطات العمومية على تحقيق التنمية الاقتصادية، هذا ما أدى إلى استبعاد الجانب البيئي ضمن أحكام النصوص التشريعية التي أغفلت دورها هذا الجانب بشكل شبه تام، واقتصر المشرع على سنّ بعض النصوص القطاعية.

تميز التكريس التشريعي لحماية البيئة في الجزائر بالتأخر في الإقرار والذي لم يكن إلا في سنة 1983⁽¹⁾، هذا التاريخ الذي شكّل نقطة تحوّل حاسمة في المنظومة التشريعية بالتبني الصريح للجانب البيئي ووضع آليات وهيكل مكلفة بالتدخل ميدانياً حيث أُلقيت بشكل أساسي على الجماعات الإقليمية التي اعتبرت بمثابة المؤسسات الرئيسية لتنفيذ السياسة البيئية.

إلى جانب التكلّف التشريعي بحماية البيئة، أضحى الانشغال بهذه الأخيرة محلّ اهتمام النصوص التأسيسية التي تصنّفها ضمن حقوق المواطن من فئة الجيل الثالث، ويتجلى الهدف من إدراجها ضمن أحكام الدستور بصفته النصّ الأسمي⁽²⁾ الذي يكفل ويفرض حمايتها، غير أنّ الدساتير الجزائرية على اختلاف فترات صدورها لم تشر إلى هذا الحق واكتفت بجعله ضمن المسائل المخصّصة للبرلمان.

غير أنّه بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016⁽³⁾ عدّل المؤسس الدستوري الجزائري عن موقفه اتجاه البيئة التي اعترف بها صراحة في مضمون هذا التعديل، وجعلها من الحقوق الأساسية للمواطن التي ينبغي حمايتها وترقيتها كما أُلقي واجب حمايتها على عاتق الدولة والأشخاص الطبيعية والمعنوية⁽⁴⁾.

يُشكّل التكريس الدستوري الصريح للحق في البيئة توجّهاً إيجابياً من المؤسس الدستوري، إضافة إلى إلزام الدولة وجميع الأشخاص المعنوية بحماية هذا الحق، وإذا كانت

الجماعات الإقليمية - البلدية والولاية- أبرز المتدخلين بحُكم قربها من المواطن والمشاكل البيئية إلا أنّ دورها لم يرد بشكل صريح في هذا التعديل.

نبحث من خلال هذا المقال في الاختصاص البيئي للجماعات الإقليمية في ظلّ التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي كان صريحاً في تكريس الحق في البيئة، غير أنّه تميّز بالسطحية في تحديد الأشخاص المكلفين بحمايتها، وهذا ما يستدعي طرح إشكالية مدى تكفّل التعديل الدستوري في تعزيز الدور البيئي للجماعات الإقليمية.

يكشف التعديل الدستوري عن توجّه نحو إشراك الجماعات الإقليمية في المجال البيئي من خلال الاعتراف بالحق في البيئة وإلزام الأشخاص المعنوية بحمايتها (أولاً)، غير أنّ هذا الإقرار ليس كافياً إذ جاء بصفة سطحية كما لم يتم تعزيزه بوسائل تضمن تدخل الجماعات الإقليمية على أحسن وجه ما يجعل هذا التعديل محاولة محدودة (ثانياً).

أولاً: نحو إشراك دستوري للجماعات الإقليمية في حماية البيئة

رغم غياب أيّة إشارة صريحة لاختصاص الجماعات الإقليمية في حماية البيئة في ظلّ التعديل الدستوري الأخير إلا أنّ ذلك لا يعني انعدام دورها في هذا المجال، ويتجلى ذلك من خلال الاعتراف بالحق بالبيئة بشكل عام (1) وإلزام الأشخاص المعنوية بواجب التدخل لحماية البيئة (2) كما يُفهم أيضاً مساهمة المستوى المحلي من خلال جعلها قاعدة للديمقراطية التشاركية التي تعد البيئة فضاءً رحباً لها (3).

1/ الاعتراف بالحق في البيئة: أساس لتدخل الجماعات الإقليمية

ظلّ الاعتراف القانوني بالحق في البيئة في الجزائر حصرًا على الجانب التشريعي بشقيّه القطاعي والمتخصّص، أمّا التكريس الدستوري فقد شهد تأخرًا كبيراً في الإقرار حيث سارت الجزائر على نهج الدول المتأخّرة في هذا الاعتراف مثل فرنسا التي اكتفت لفترة طويلة بإسناد هذا الدور للمشرّع⁽⁵⁾.

تميّز التعديل الدستوري لسنة 2016 بإحداث تغيير جذري فيما يتعلّق بإقرار الحق في البيئة مقارنة بالنصوص التأسيسية السابقة التي تجاهلته⁽⁶⁾، أمّا هذا التعديل فقد كرّس الحق في البيئة في متن ديباجته التي تضمّنت العمل والسّعي لتحقيق التنمية الاقتصادية والتنافسية في إطار التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة.

أضف إلى ذلك، أشار التعديل الدستوري المذكور أعلاه في الفقرة الأولى من المادة 68 إلى أنّ للمواطن الحق في بيئة سليمة، ويُشكّل هذا الإقرار تغييراً للممارسة القانونية التي كانت تحصر تحديد القواعد المتعلقة بالتهيئة العمرانية والبيئة في السلطة التشريعية، ليرتقي المؤسّس الدستوري بالبيئة ويجعلها بمثابة حق دستوري.

كما وضع هذا التعديل حداً للتأويل الذي كان يعتبر أنّ المؤسس الدستوري الجزائري في ظلّ الدساتير السابقة اعترف بالحق في البيئة، وذلك تحت مفهوم التفتّح والاعتراف بالحق في الصحة⁽⁷⁾، غير أنّ ما يُعاب على هذا الرّأي أنّه إذا كان التمتع بصحة جيّدة يستلزم توفر بيئة سليمة غير ملوثة، فإنّه لا تقترن وجود بيئة سليمة بضرورة حماية الصحة لوحدها⁽⁸⁾. لهذا، فإنّ التعديل الدستوري لسنة 2016 ارتقى بالبيئة إلى درجة الحق الدستوري⁽⁹⁾، حيث اعترف بشكل صريح للمواطن بحقه في التمتع ببيئة سليمة، كما كلّف الدولة والأشخاص الطبيعية والمعنوية بحماية هذا الحق بعد أن كان المشرّع الجهة الوحيدة المخوّلة لمعالجة هذا الموضوع.

أكثر من ذلك، فإنّ الاعتراف للمواطن بالحق في البيئة، لا يمكن أن يُبقي هذا الحق دون أيّة حماية، فإذا كان المؤسس الدستوري أقرّ به وأنشأ مؤسسات دستورية ممثلة في المجلس الدستوري الذي يتولى حماية حقوق المواطن وحرّياته الأساسية، فإنّ الجماعات الإقليمية مدعّوة هي الأخرى للمساهمة في حماية هذا الحق من خلال العمل على مكافحة كافة أشكال الملوثات وتحقيق إطار معيشي لائق للمواطن وحماية الحق في الموارد الطبيعية بما يُلبي الاحتياجات الراهنة دون إغفال حاجيات الأجيال المستقبلية.

يعود السبب وراء تحوّل المؤسس الدستوري الجزائري نحو الاعتراف بالحق بالبيئة إلى تنامي هذه الفكرة لدى السلطات العمومية وجعلها ضمن الإصلاحات الأساسية التي تم المبادرة بها، وتماشياً مع الرّأي العام العالمي اتجاه مسألة البيئة التي اعتبرتها الجزائر من التهديدات التي لا تعترف بالحدود⁽¹⁰⁾.

2/ تكليف ضمني للجماعات الإقليمية بواجب حماية البيئة

لم يكتفِ المؤسس الدستوري عند حدّ الاعتراف بحق المواطن في التمتع ببيئة سليمة فحسب، بل قام بإقرار حماية لهذا الحق وذلك من خلال التنصيص على إلزام الدولة وسعيها للحفاظ على البيئة، فضلاً عن منح المشرّع سلطة تحديد واجبات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لحماية البيئة⁽¹¹⁾.

تكشّفُ القراءة الأولى لنص المادة 68 من القانون المتضمن التعديل الدستوري أنّ المؤسس الدستوري لم يُشر صراحة إلى اختصاص الجماعات الإقليمية في مهمّة حماية البيئة، رغم اعتبارها الهيئات الملائمة لتوّي هذا الدور بحكم قربها من المواطن ومن مختلف المشاكل البيئية التي تُهدّده.

إنّ انعدام إشارة صريحة لدور الجماعات الإقليمية في حماية البيئة لا يعني تغييب مساهمتها في هذا الشأن، لأنّ المؤسس استخدم تعبيراً عاماً، إذ يفهم من اعتماد المؤسس على مصطلح "الدولة" التي تشمل كافة المؤسسات بما فيها المركزية واللامركزية.

يتعزّز هذا الموقف أكثر، من خلال التمعّن في أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 68 التي أشارت إلى أنّ المشرّع يختص بتحديد واجبات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين اتجاه البيئة، فعلى الرّغم من أنّ هذه المادة أحالت إلى التشريع تحديد الالتزامات البيئية إلا أنّ المؤسّس الدستوري كيف حماية البيئة بمثابة الواجب من جهة، وكلف الجماعات الإقليمية بالمشاركة في هذا الدور كونها من بين الأشخاص المعنوية التي ينبغي أن تقوم بهذا الدور من جهة أخرى. أخذ المؤسّس الدستوري الجزائري في تكريسه لتدخل الجماعات الإقليمية في حماية البيئة بذات التوجّه الذي اعتمده المؤسّس الفرنسي والذي ورد بصفة عامة وسطحيّة⁽¹²⁾ وذلك بموجب الميثاق الدستوري لحماية البيئة الصادر سنة 2005⁽¹³⁾.

3/ إقرار الديمقراطية التشاركية: الجماعات الإقليمية فضاء للمشاركة البيئية

لا ينكر أحد أنّ حماية البيئة أضحت من المسائل التي لم تعد حكراً على الإدارة سواء المحلية أو المركزية، إذ هنالك فاعل وشريك أساسي في مسار حماية البيئة والمتمثّل في المجتمع المدني، الذي يعتبر بمثابة جهة رقابة على أعمال الإدارة⁽¹⁴⁾ وصورة للديمقراطية التشاركية التي تعني إشراك ومساهمة المواطن في اتّخاذ وإعداد القرارات الإدارية بما فيها تلك المتعلقة بالبيئة⁽¹⁵⁾.

منذ ظهور فكرة الديمقراطية التشاركية وهي في تطوّر مستمر وذلك تحت تأثير العديد من العوامل والمفاهيم أهمّها التنمية المستدامة والحوكمة⁽¹⁶⁾، هذا ما جعل فكرة الديمقراطية التشاركية تنال قدراً كبيراً من التكفّل القانوني الذي وصل إلى غاية إدراجها في أحكام الدستور من أجل ضمان مشاركة المواطن في صنع القرار.

أقرّ المؤسّس الدستوري الجزائري في تعديل سنة 2016 فكرة الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي بموجب المادة 15 التي تنص على تشجيع الدولة للديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية، والملاحظ أنّ هذه المادة لم تحدد مجالات مشاركة المواطن في اتّخاذ وصنع القرار، غير أنّ ذلك لا يعني استبعاد وإقصاء حماية البيئة ضمن هذه المجالات، كون صياغة هذه المادة جاءت بشكل عام، وهو ما يعني امتداد نطاق المشاركة لتشمل العديد من المواضيع بما في ذلك حماية البيئة.

أكثر من ذلك، فرغم عدم تحديد المؤسّس الدستوري لمجالات المشاركة وعدم ذكر البيئة بصفة صريحة، غير أنّ هذه الأخيرة تعتبر المحور والانشغال الأساسي للمشاركة، كما أنّ مبدأ المشاركة يستند أيضاً إلى المادة 68 المتعلّقة بحق المواطن في العيش بيئة سليمة؛ فإقرار الحق في البيئة ليس كافياً لوحده بل ينبغي مرافقته بحق المشاركة في اتّخاذ القرار.

زيادة على ما سبق، فإنّ مبدأ المشاركة يرتبط بشكل وثيق بحق المواطن في الإطلاع والحصول على المعلومات التي تكون بحوزة الإدارة والهيئات العمومية، وذلك بهدف تعزيز

الشفافية في العمل الإداري وإحاطة المواطنين بحالة البيئة، وعلى عكس الدساتير السابقة للجمهورية الجزائرية اعترف المؤسس الدستوري بحق المواطن في الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات وأحال إلى التشريع تحديد كيفية ممارسة هذا الحق⁽¹⁷⁾.

ورد كذلك الحق في الإعلام المشار إليه أعلاه بشكل عام دون الإشارة إلى الهيئات المخاطبة بتقديمها للمواطن عند طلبها، رغم ذلك فإن الجماعات الإقليمية ملزمة بموجب هذا التعديل بضمان حق الأفراد والأشخاص المعنوية في الحصول على المعلومات والوثائق المتعلقة بحالة البيئة وتسهيل الوصول إليها، وذلك باحترام الشروط التي يحددها المشرع.

يُلاحظ أنّ الجماعات الإقليمية كُلفت بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 بأن تكون مجالاً للمشاركة البيئية وضمان حق الحصول على المعلومات البيئية وذلك بشكل غير مباشر، فضلاً عن ذلك فإنّ المؤسس أحال على التشريع تحديد كيفية تطبيق هذين الإجراءين، بمعنى أن المؤسس كفل هذين الإجراءين بموجب التعديل وعزّزه عن طريق الإحالة للقانون.

ثانياً: محاولة دستورية محدودة لتدخل الجماعات الإقليمية في حماية البيئة

يُعتبر التعديل الدستوري لسنة 2016 خطوة إيجابية فريدة من نوعها مقارنة ببقية الدساتير السابقة من حيث التكريس الصريح للحق في البيئة وتكليف مختلف الهيئات بواجب حمايتها، غير أنه بالنسبة لدور الجماعات الإقليمية في هذا الشأن يُعد محاولة محدودة نظراً للتكريس السطحي لاختصاصها (1) وعدم إدراج العديد من المبادئ التي تقوم عليها حماية البيئة (2)، وانفراد السلطتين التشريعية بتحديد دور الهيئات المحلية (3) فضلاً عن غياب بعض المبادئ الدستورية التي تسمح للجماعات الإقليمية التدخل لحماية البيئة كمبدأي التفريع والتدبير الحرّ للشؤون المحلية (4).

1/معالجة سطحية لدور الجماعات الإقليمية في حماية البيئة

غني عن التذكير أنّ المؤسس الدستوري بموجب تعديل 2016 كرّس صراحة الحق في البيئة، غير أنّ هذا الإقرار رغم صراحته إلا أنه يبقى محدوداً اتجاه دور الجماعات الإقليمية الذي يفهم بشكل غير مباشر من خلال تكليفها ضمناً بواجب حماية البيئة.

إنّ التعديل السالف الذكر مقارنة بالتطور الدستوري الذي بلغته العديد من الدول التي أقرت هذا الحق منذ سنوات السبعينات⁽¹⁸⁾، وذلك بتأثير من التوجّهات التي جاءت في إعلان ستوكهولم المنعقد سنة 1972⁽¹⁹⁾ وتطوّرت فيما بعد بإدراج الفاعلين والمبادئ الأخرى، غير أنّ التعديل الدستوري في الجزائر يُعتبر مُخيّباً للأمال والتوقّعات حيث تمّ الانتظار إلى غاية سنة 2016 ليتم تكريس هذا الحق الذي قامت العديد من الدول بإقراره في سنوات السبعينات.

يُمكن تفسير قيام المؤسس الدستوري الجزائري بالمعالجة السطحية لدور الجماعات الإقليمية في حماية البيئة، إلى التأثير بالتوجه الفرنسي الذي جاء بشكل عام دون تحديد الأشخاص المكلفين بالتدخل⁽²⁰⁾ على خلاف بعض الدول مثل دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الذي خطى خطوة جدّ متقدّمة بتحويله صراحة الجماعات الترابية اختصاص حماية البيئة والتنمية المستدامة⁽²¹⁾.

جدير بالإشارة أنّ المجلس الدستوري الجزائري عند فحصه لدستورية مشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، اعتبر أنّ إدراج الحق في البيئة ضمن هذا التعديل يُعدّ من بين حقوق الانسان من فئة الجيل الثالث، ويخص الحفاظ على الموارد الطبيعية وحماية البيئة اللذان يُعتبران شرطاً أساسياً للتنمية المستدامة.

أمّا بخصوص الإشارة للأشخاص المعنوية فلم يُشر المجلس الدستوري إليها واكتفى بالتطرّق فحسب للأشخاص الطبيعية "الانسان" مُعتبراً أنّ هذا التعديل لا يمسّ البتة حقوق الإنسان وحرّيات المواطن، متجاهلاً في المقابل الأشخاص المعنوية بما فيها الجماعات الإقليمية⁽²²⁾.

2/ تجاهل تام لمبادئ حماية البيئة

لم يُعدّ التوجه الدستوري لحماية البيئة ينحصر في تكريس هذا الحق فحسب بل يذهب أبعد من ذلك من خلال إقرار أبرز المبادئ التي تقوم عليها حماية البيئة التي تمّ تجاهلها في هذا التعديل، أمّا في الأنظمة المقارنة فيُشكل الميثاق الدستوري الفرنسي لحماية البيئة لسنة 2004 أبرز النماذج التي تضمّنت هذه المبادئ كالمشاركة والحق في الاعلام، الوقاية، الحيطة، وإن لم يربطها المؤسس الفرنسي صراحة بالجماعات الإقليمية إلاّ أنها ذات علاقة وثيقة بها.

تتصل المبادئ الواردة أعلاه بشكل وثيق بدور الجماعات الإقليمية في حماية البيئة؛ فبالنسبة لمبدأ المشاركة، تشكل الهيئات المحلية فضاء أساسياً في تفعيل المشاركة البيئية، فبموجبه -مبدأ المشاركة- لا يسمح للإدارة اتّخاذ القرار المتعلق بالبيئة بصفة منفردة بل ينبغي عليها إشراك المواطن في اتّخاذه⁽²³⁾، وفي هذا السياق سبق للمجلس الدستوري الفرنسي الإعلان بعدم دستورية حكم تشريعي لم يتضمّن في أحكامه الاعلان عن مشروع المنشأة المرخصة أو المعلنة، لكونه بهذا الشكل يتعارض مع مبدأ المشاركة الذي يُتيح للمواطن المساهمة في اتّخاذ القرار⁽²⁴⁾.

تبني كذلك الميثاق الفرنسي الدستوري لحماية البيئة مبدأ الحيطة بموجب المادة الخامسة (05) والتي أشارت إلى أنّه عند حدوث أي ضرر لا يُمكن التنبؤ به علمياً ومن شأنه التأثير بشكل جدّي على البيئة، فعلى جميع السلطات العامة كلّ في إطار اختصاصاتها تطبيق مبدأ الحيطة وتنفيذ إجراءات تقييم الأخطار والملائمة لمنع وقوع الضرر.

نتيجة لتكريس مبدأ الحيطة في الميثاق السالف الذكر فإنّ المجلس الدستوري الفرنسي يعتبره بمثابة كافة الحقوق والواجبات الواردة في الميثاق، ويُعدّ ملزماً لجميع السلطات العامة والهيئات الإدارية في الدولة، كما يفرض على المشرّع ضرورة الاعتراف به ووضع آليات تضمن احترامه من قبل كافة الهيئات والسلطات الإدارية⁽²⁵⁾.

تكشف هذه المبادئ التي تمّ تكريسها دستورياً في بعض الأنظمة المقارنة وتجاهلها في المقابل في التعديل الدستوري الجزائري عن ارتباطها الوثيق بدور الجماعات الإقليمية، إذ تفرض على هذه الأخيرة ضرورة التقيّد بها باعتبارها أسمى نصّ قانوني.

كما أنّ غياب هذه المبادئ في الدستور الجزائري يجعل الحق في البيئة المعترف به دستورياً مفروغاً من قيمته القانونية ومجرد إعلان صوري، إذ أنّ التكريس العام والسطحي لهذا الحق وعدم مرافقته بإقرار أهم المبادئ التي تقوم عليها حماية البيئة، يجعل الاستناد إليه من قبل الجماعات الإقليمية والمواطن أمراً جدّ صعب، بالتالي التأثير بشكل سلبي على حق من حقوق المواطن المكفولة دستورياً في حال تمّ خرقها أو التعدي عليها.

3/ استحواد السلطتين التشريعية والتنفيذية بتحديد الدور البيئي للجماعات الإقليمية

رغم الصّحوة الدستورية إزاء موضوع حماية البيئة والنّزعة المتزايدة في الاعتراف به ضمن مختلف النصوص التأسيسية، فإنّ هذا التوجّه لا يُعدّ توجّهاً بديلاً ومُغنياً عن الاعتراف التشريعي الذي كان له السبق في التكريس، ولا يزال الوسيلة المثلى لإقرار مختلف التدابير المتعلقة بالبيئة نظراً للمرونة التي يتميّز بها كالتسهولة في إدراج الأحكام القانونية مقارنة بالأسلوب الدستوري الذي يتّصف بالتعقيد وطول الاجراءات.

رغم ما تمّ الإشارة إليه سابقاً، فإنّ الإقرار الدستوري للحق في البيئة يُعدّ الركيزة الأساسية وحتميّة لا غنى عنها في السياسة البيئية، باعتباره يضمن احترام هذا الحق من قبل كافة المؤسسات والسلطات والأشخاص في الدولة، لكن ورود هذا الاعتراف بشكل عام يجعل الاستناد إليه والتحكّج به بمثابة أمر صعب.

نتيجة لذلك، تتولّى السلطتين التشريعية والتنفيذية مهمّة سنّ ووضع القواعد القانونية المتعلقة بالبيئة وكيفيات تطبيقها من قبل الهيئات المحلية، ولما كان تخويل المشرّع والمنظّم هذا الدور لا يُثير أي إشكال بل يُعبّر ويترجم فكرة توزيع الاختصاصات المنصوصة دستورياً بين السلطات، إلّا أنّ التساؤل الذي يتبادر إلى الأذهان يتمثّل في فعالية الإلزام الدستوري للهيئات المحلية بضرورة التدخل لحماية البيئة.

لا جدال بأنّ القواعد المتعلقة باختصاصات الجماعات الإقليمية في حماية البيئة يتولى سنّها كل من المشرّع والسلطة التنفيذية وليس المؤسّس الدستوري الذي يكتفي فحسب بتكريس القواعد والمبادئ العامة، رغم ذلك، فإنّه يمكن للجماعات المحلية عند ممارسة

اختصاصاتها البيئية الاستناد الى أحكام الدستور باعتباره أسمى نص، غير أنّ المؤسس الدستوري اكتفى فقط بإلزام الأشخاص المعنوية دون الاعتراف لها بممارسة دورها استناداً لأحكام الدستور.

في المقابل، فإنّ غياب مبادئ حماية البيئة ضمن التعديل الدستوري يجعل السلطة التشريعية غير مُقيّدة بضرورة إدراج هذه المبادئ في أحكام القانون، ففي حالة تمّ سنّ نصّ تشريعي يستبعد ويقصي إحدى المبادئ كالمشاركة أو الحيطّة أو الملوّث الدافع، فإنّه لا يُمكن إلغاء ذلك النصّ لانعدام نصّ دستوري في هذا الشأن على خلاف الوضع في فرنسا أين يتمّ اللجوء إلى إلغاء النصوص التشريعية التي لا تلتزم بتكريس هذه المبادئ.

بالتالي، فإنّ تحديد الاختصاصات البيئية المتعلقة بالجماعات الإقليمية في الجزائر يُترك للإرادة والسلطة التقديرية للمشرّع، وفي حالة امتناعه أو إقصائه لأحد أسس تدخل المستوى المحلي، فلا يُمكن إلغاء ذلك النصّ، بالتالي التساؤل عن الجدوى والغاية من إلزام المؤسس الدستوري للجماعات الإقليمية بواجب حماية للبيئة⁽²⁶⁾.

أكثر من ذلك، فإنّ الوضع في الجزائر يتميّز بنوع من الخصوصية فيما يتعلق بدور الجماعات الإقليمية في حماية البيئة؛ فمن جهة أُلزم التعديل الدستوري كافة الأشخاص المعنوية -بما فيها البلدية والولاية- بواجب حماية البيئة، لكن من جهة أخرى فإنّ القانون رقم 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽²⁷⁾ يكشف عن تراجع المشرّع في اعتبار المستوى المحلي قاعدة لتطبيق السياسة البيئية وهذا ما يعتبر تناقضاً مع التعديل الدستوري، وكذا النصوص القطاعية التي أولت لها دوراً رائداً⁽²⁸⁾ علماً أنّ المؤسس أحال وكلف المشرّع بتحديد هذا الدور⁽²⁹⁾.

إضافة إلى ما سبق، فإنّ تحديد كفاءات تطبيق الأحكام التشريعية المتعلقة بالبيئة يُترك للسلطة التنفيذية بموجب النصوص التنظيمية، غير أنّ هذه الأخيرة تتميّز غالباً بتأخر في الصدور أو عدم صدورهما إطلاقاً في بعض الأحيان نظراً لانعدام أيّ إلزام دستوري للسلطة التنفيذية، كما يطرح هذا الأسلوب إمكانية استبعاد المنظم للجماعات الإقليمية وذلك خلافاً للمقتضيات التشريعية والدستورية.

4/ غياب مبادئ دستورية كفيلة بضمان تدخل بيئي محلي

يُعدّ غياب مبادئ حماية البيئة ضمن أحكام التعديل الدستوري الجانب الذي يحول دون تدخل فعال للجماعات الإقليمية إلا في الإطار الذي يُحدده المشرّع والسلطة التنفيذية، كما أنّ خلو هذا التعديل من أبرز المبادئ المتعلقة بتسيير الجماعات المحلية يُؤثر سلباً على دورها في المجال البيئي.

من المعلوم أنّ حماية البيئة ليست مهمّة موكلة للجماعات الإقليمية لوحدها أو للسلطة المركزية فقط بل هي مشتركة بين المستويين⁽³⁰⁾، غير أنّه ينبغي أن يكون معيار لتوزيع الاختصاصات بين المستويين الذي يتم بموجب مبدأ التفرع «*Principe de subsidiarité*» القائم على تعزيز اختصاصات الهيئات القريبة من المواطن⁽³¹⁾ كما يقضي هذا المبدأ بأنّه لا يُمكن لجماعة إقليمية من مستوى أعلى أن تتدخل في اختصاصات جماعة إقليمية من مستوى أدنى إلاّ إذا لم تتّضح اختصاصات هذه الأخيرة⁽³²⁾.

كما يقضي المبدأ الوارد أعلاه أن تتمتع الجماعات الإقليمية باختصاصات أصلية لا يمكن للمستوى الجهوي أو المركزي أن يمارسها إلاّ إذا بررتها المصلحة وحسن سير الإدارة، ويكون تحديد هذا المبدأ بموجب الدستور الذي يحدده ثم يحيل على التشريع، ويعود الفضل للقانون الأوروبي في إقراره وذلك بموجب الاتفاقية المنشأة للاتحاد والميثاق الأوروبي للحكم المحلي⁽³³⁾.

وعليه، فإنّه من خلال مبدأ التفرع يكون للجماعات الإقليمية اختصاصات أصلية وخاصة بها وأخرى مشتركة مع الدولة، أي بتطبيق هذا المبدأ تتحدّد اختصاصات المستوى المحلي ولا يمكن للوصاية أن تتدخل في صلاحياتها، غير أنّ المؤسس الدستوري الجزائري لم يتضمن هذا المبدأ على خلاف الدستور الفرنسي الذي أقره سنة 2003⁽³⁴⁾ وكذا دستور المملكة المغربية الذي أقره صراحة⁽³⁵⁾.

من جهة أخرى، يُعتبر مبدأ التدبير الحرّ للشؤون المحلية «*Principe de libre administration*» أبرز المبادئ التي تتولى النصوص التأسيسية إقراره من أجل دعم تسيير الجماعات الإقليمية لشؤونها المحلية بشكل يتسم بالاستقلالية، ويعني هذا المبدأ أن الجماعات المحلية تتمتع بقدر من الحرية في تسيير شؤونها المحلية.

أقرّ المؤسس الدستوري الفرنسي المبدأ المشار إليه أعلاه بموجب المادة 72 التي تنص على أنّه بمراعاة الشروط الواردة في التشريع فإنّ الجماعات الإقليمية تتولى تسيير شؤونها بموجب التدبير الحر، عن طريق المجالس والمنتخبة كما تتمتع بسلطة تنظيمية من أجل ممارسة اختصاصاتها، وهو ما أقرّه الدستور المغربي لسنة 2011 بموجب الفصل 132 منه.

لا يعني مبدأ التدبير الحرّ للشؤون المحلية استقلالية تامة للجماعات الإقليمية أو ممارستها اختصاصات متعارضة مع التوجه العام المنتهج في الدولة، وإنّما تتمتعها بقدر واسع من الاستقلالية بمناسبة تسيير شؤونها وذلك بمراعاة الشروط التي يضعها المشرع وعدم تجاوز الاختصاصات الممنوحة للسلطات الأخرى.

لهذا، فإنّ تجاهل المؤسس الدستوري الجزائري في تعديل سنة 2016 لمبدأ التدبير الحرّ للشؤون المحلية يكون قد تخلّف عن تعزيز أسلوب تسيير الجماعات الإقليمية التي ينبغي أن

تتصف بالاستقلالية ومنح المنتخبين والمجالس المحلية الحرية في تسيير الهيئات المحلية بعيداً عن أساليب الرقابة المشددة.
خاتمة

خلص هذا المقال إلى أنّ الاعتراف القانوني بحماية البيئة في الجزائر ظهر بداية من فترة الثمانينات بموجب النصوص التشريعية التي تضمنت إنشاء هياكل وأجهزة مكلفة بحماية البيئة وإقرار آليات قانونية للتصدي لخطورة الوضع البيئي.

بتنامي الوعي اتجاه موضوع البيئة تجلّت بشكل بارز نزعة نحو إدراج هذا الأخير كحق من حقوق الإنسان ضمن أحكام النصوص الدستورية، وخلافاً للعديد من الدول التي اعترفت دساتيرها بشكل مبكر وصرح بهذا الحق، لم تتضمن الدساتير الجزائرية الحق في البيئة واكتفت بجعله ك مجال مخصص للبرلمان عن طريق التشريع بقوانين.

لكن، بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 2016 اتّجه المؤسس الدستوري الجزائري إلى الاعتراف بالحق في البيئة، غير أنّه لم يُشر صراحة إلى الهيئات المحلية التي تعتبر المستوى الملائم لمعالجة الانشغالات البيئية، إذ ورد دورها بصفة عامة ضمن مفهوم الأشخاص المعنوية التي ألزمت بالقيام بهذه المهمة.

زيادة على ما تقدّم، يتعرّز دور الجماعات الإقليمية في الشأن البيئي من خلال إشارة التعديل الدستوري إلى تشجيع الدولة للديمقراطية التشاركية، إذ يعتبر المستوى المحلي فضاء أمثلاً لمشاركة المواطن في حماية البيئة، والسعي لإضفاء الشفافية في عمل الهيئات المحلية من خلال إقرار حق الحصول على الوثائق والمعلومات التي بحوزتها.

رغم الجوانب الإيجابية التي أقرها التعديل الدستوري فيما يخص موضوع البيئة، إلاّ أنّه لا يُعدّ كافياً فيما يتعلق بدور الجماعات الإقليمية، إذ اكتفى بالإشارة لدورها بصفة سطحية دون تحديد الفاعلين والهيئات المكلفة بالتدخل على عكس بعض الدول التي اعترفت صراحة بالمستوى المحلي.

كما يعدّ التعديل الوارد أعلاه قاصراً في تحديد دور المستوى المحلي من خلال عدم تضمينه للمبادئ التي تقوم عليها حماية البيئة، بالتالي غياب أساس دستوري تستند إليه الجماعات الإقليمية عند ممارسة اختصاصاتها.

كما أنّ هذا التعديل اكتفى بالإحالة للتشريع لتحديد اختصاصات الجماعات الإقليمية، وهنا تثور إشكالية غياب ضمانات دستورية تلزم المشرع وتفرض عليه ضرورة الاعتراف بدور للهيئات المحلية، وانعدام أي جزاء دستوري عند مخالفته أو إقصائه للدور المحلي.

ولعلّ من أبرز المبادئ التي كان من المنتظر أن يأتي بها هذا التعديل، مبدأي التفريع والتدبير الحرّ للشؤون المحلية قصد تعزيز كيفية تسيير الجماعات الإقليمية لشؤونها بما في ذلك حماية البيئة غير أنّ هذا التعديل خلى من أيّة إشارة لهذه المبادئ.

كما أنّه وبعد مرور أكثر من سنة على إصدار هذا التعديل الدستوري الذي جاء متأخراً في تكريس الحق في البيئة، ومصادقة الجزائر على اتفاق باريس حول التغيرات المناخية⁽³⁶⁾، لم تبرز أيّة ملامح لإصلاح كفاءات تدخل الجماعات الإقليمية في حماية البيئة، وإذا كانت فرنسا قد قامت بتعزيز وتوسيع صلاحيات هيئاتها المحلية بشكل مسبق لهذا الاتفاق⁽³⁷⁾، فإنّ الأمر في الجزائر متروك لإرادة ورغبة المؤسس الدستوري في اعتماد ميثاق وطني لحماية البيئة يكون ملحفاً بالدستور يُفصح صراحة عن الدور البيئي للجماعات الإقليمية ويقرّ كافة المبادئ المتعلقة بحماية البيئة ويوضح واجبات الأشخاص الطبيعية والمعنوية لحماية البيئة.

الهوامش:

(1) قانون رقم 83-03 مؤرخ في 05 فبراير 1983، يتعلّق بحماية البيئة، ج. ر. ج. ج. عدد 06 صادر في 08 فبراير 1983، (مُلغى).

(2) MORAND-DEVILLER Jacqueline, « L'environnement dans les constitutions étrangères », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 43, 2014, pp. 83.

(3) قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمّن التعديل الدستوري، ج. ر. ج. ج. عدد 14 صادر في 07 مارس 2016. (استدراك في ج. ر. ج. ج. عدد 46 صادر في 03 غشت 2016).

(4) أنظر المادة 68، المرجع نفسه.

(5) MORAND-DEVILLER Jacqueline, op.cit., pp. 83-84.

(6) لم تُشر الدساتير الجزائرية بشكل صريح للحق في البيئة، إذ اكتفت بجعله ضمن المجالات التي يختص البرلمان بالتشريع فيها بموجب القوانين، في حين أشارت المواثيق الوطنية لسنتي 1976 و 1986 لهذا الحق، غير أنّ غياب الطابع الإلزامي لهذين الميثاقين أفرغهما من قيمتهما القانونية. راجع:

وناس يحيى، *الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر*، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص. 38.

(7) KAHLOULA Mohamed, « Environnement et droit de l'homme en Algérie », *SADIC*, troisième congrès annuel, Arusha, 2-5 Avril 1991, p. 28.

(8) PRIEUR Michel, « L'importance de la réforme constitutionnelle », *RJE*, n° spécial, 2003, p.09.

(9) بمناسبة إخطار رئيس الجمهورية للمجلس الدستوري لإبداء رأيه حول مشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، وبخصوص إضافة مادة جديدة تتعلق بحق المواطن في بيئة صحية (المادة 54 مكرر 02 من مشروع التعديل، والتي تقابلها المادة 68 من القانون المتضمن التعديل الدستوري)، اعتبر المجلس الدستوري أنّ إضافة هذه المادة المتعلقة بدسترة الحق في البيئة تتعلق بحق من حقوق الإنسان من الجيل الثالث ويخص حماية البيئة والحفاظ على الموارد الطبيعية اللذان يعتبران شرطاً أساسياً للتنمية المستدامة. راجع:

رأي رقم 16/01 ر. ت م / م د مؤرخ في 28 يناير 2016، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. ج. ج. عدد 06 صادر في 03 فبراير 2016.

(10) صرح الوزير الأول السيد "عبد المالك سلال" بمناسبة ترأسه لوفد الجزائر المشارك في قمة فرنسا حول التغير المناخي المنعقدة بالعاصمة باريس بين 30 نوفمبر إلى 11 ديسمبر 2015، أنّ الجزائر عانت من ويلات الأزمة الأمنية، كما صرح أنّ المشاكل البيئية لا تقل خطورة عن آفة الارهاب وهي من المشاكل التي لا تعترف بالحدود الفاصلة بين الدول: راجع: <http://www.premier-ministre.gov.dz/ressources/front/files/pdf/discours/intervention-du-premier-ministre-adelmalek-sellal-ala-cop21.pdf>, consulté le 01/09/2016.

(11) أنظر الفقرة 03 من المادة 68، من القانون 01-16، يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

(12) BILLET Philippe et DUROUSSEAU Michel, « Principes constitutionnels et principes généraux d'attribution des compétences entre l'État et les collectivités territoriales dans le domaine de l'environnement », *RJE*, n° spécial, 2013, pp.19-20. Voir aussi : DE BRIANT Vincent, « Collectivités territoriales et environnement en 2013 », *RJE*, n° 01, 2014, p. 78.

(13) Art. 02 de la LOI constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* n° 51 du 2 mars 2005, [En ligne] : www.legifrance.gouv.fr, consulté le 01/03/2016.

(14) LAMBERT-HABIB Marie-Laure, « Décentralisation constitutionnelle et environnement », *RJE*, n° 01, 2004, pp. 19-26.

(15) PRIEUR Michel, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, n° 4, 1988, p. 398.

(16) VAN LANG Agathe, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 43, 2014, pp. 26-27.

(17) أنظر المادة 51 من القانون رقم 01-16، يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

(18) MORAND-DEVILLER Jacqueline, op.cit., p. 85 et ss.

(19) PRIEUR Michel, « Promesses et réalisations de la charte de l'environnement », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 43, 2014, p. 11.

(20) تنص المادة 02 من الميثاق الدستوري الفرنسي لحماية البيئة لسنة 2004 على ما يلي:

« Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à la l'amélioration de l'environnement ».

(21) أنظر المطة 09 و 10 من المادة 31 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011، المنشور بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.91 مؤرخ في 29 يوليو 2011، بتنفيذ نص الدستور، ج.ر.م. م. عدد 5967 مكرر، صادر في 30 يوليو 2011 [متوفر على الموقع]: <http://www.sgg.gov.ma> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2015/05/25.

(22) أما في فرنسا فقد اعتبر المجلس الدستوري بمناسبة إخطاره سنة 2011 في إطار "مسألة الدستورية ذات الأولوية" والنظر في دستورية مادة من تقنين البناء والسكن (Art L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation) أنّ المادتين الأولى (01) والثانية (02) من الميثاق الدستوري المتضمنتان الحق في البيئة وواجب حماية البيئة، تخصصان جميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية، كما لا تتوقف عند الهيئات فحسب بل تمتد إلى جميع الأشخاص. أنظر: Conseil constitutionnel décision n° 2011-116 QPC du 08 avril 2011, M. MICHEL Z. et autre, *JORF* n° 84 du 9 avril 2011 [En ligne] : www.legifrance.gouv.fr, consulté le 20/08/2016.

(23) لا تنحصر مشاركة المواطن في المشاريع الخاضعة للرخصة والتحقيق العمومي فحسب، بل تشمل كذلك كافة المخططات والمشاريع ومختلف التنظيمات. أنظر:

VAN LANG Agathe, op. cit., p. 30.

(24) Conseil constitutionnel décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, Association France Nature Environnement, *JORF* n° 240 du 15 octobre 2011 [En ligne] : www.legifrance.gouv.fr, consulté le 20/08/2016.

(25) Voir, § 18 du décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, LOI relative aux organismes génétiquement modifiés, *JORF* n° 148 du 26 juin 2008, [En ligne] : www.legifrance.gouv.fr, consulté le 22/08/2016.

(26) بعد التكريس الدستوري للبيئة في فرنسا، قام المشرع الفرنسي وبدون إلزام من المجلس الدستوري بتعزيز نطاق تدخل الجماعات الإقليمية في حماية البيئة، فبعد أن كان القانون المؤرخ في 27 ديسمبر 2012 المتضمن مشاركة المواطنين في حماية البيئة تطبيقاً لأحكام المادة 07 من الميثاق الدستوري لحماية البيئة لسنة 2004، يحصر مجال المشاركة في السلطات الإدارية المستقلة والمؤسسات العمومية، تم تعديل هذا القانون سنة 2013 حيث وسّع من نطاق المشاركة لتشمل جميع الهيئات بما فيها الإقليمية: أنظر:

Art. 01 de l'ordonnance n° 2013-714 du 05 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JORF* n° 302 du 28 août 2013, 2011 [En ligne] : www.legifrance.gouv.fr, consulté le 30/08/2016.

(27) قانون رقم 10-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلّق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج. ر. ج. ج. ج. عدد 43 صادر في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-07 مؤرخ في 13 مايو 2007، يتعلّق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج. ر. ج. ج. ج. عدد 31 صادر في 13 مايو 2007، والقانون رقم 02-11 مؤرخ في 17 فبراير 2011 يتعلّق بالمجالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، ج. ر. ج. ج. ج. عدد 13 صادر في 28 فبراير 2011.

(28) أسيخ سمير، دور الجماعات الإقليمية في حماية البيئة في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع الحقوق، تخصص قانون الجماعات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص. 184، 192.

(29) تنص الفقرة الثالثة من المادة 68 من القانون رقم 01-16 المتضمن التعديل الدستوري على ما يلي: " (...) يُحدد القانون واجبات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لحماية البيئة."

(30) BILLET Philippe et DUROUSSEAU Michel, op. cit., p. 24.

(31) FERSTENBERT Jacques, PRIET François et QUILICHINI Paule, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Paris, 2009, p. 10.

(32) Ibid. p. 88.

(33) Ibid.

(34) Ibid. p. 89.

(35) ينص الفصل 140 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على ما يأتي: "للجماعات الترابية، وبناء على مبدأ التصريح، اختصاصات ذاتية واختصاصات مشتركة مع الدولة واختصاصات منقولة إليها من هذه الأخيرة (...)."

(36) اتفاق باريس حول التغيرات المناخية المعتمد بباريس في 12 ديسمبر سنة 2015، الذي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16-262 مؤرخ 13 أكتوبر 2016، الوارد في ج. ر. ج. ج. ج. عدد 60 صادر في 13 أكتوبر 2016.

(37) DE BRIANT Vincent, « Collectivités territoriales et environnement-chronique 2015 », *RJE*, n° 03, 2016, p. 570 et ss.

رقابة القضاء الإداري على بطلان إجراءات التحقيق*

Dr. AGHLIS Bouzid,
Département de Droit des Affaires,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

د. أغليس بوزيد،
قسم قانون الأعمال،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

نظّم المشرع الجزائري نظرية البطلان الإجرائي تنظيماً ينبني على مقومات وضوابط، حرص بها على كفالة التوازن بين تقرير الحماية الشكلية لكيان الخصومة، وتفادي تعثرها دون بلوغ غايتها النهائية المتمثلة في تقرير الحماية القانونية للحقوق الموضوعية المتنازع فيها أمام القضاء.

أمام مواجهة القضاء الإداري في المنازعة المعروضة أمامه لمراكز غير متكافئة بين الخصوم، يفرض هذا الوضع أن يظهر دور القاضي في موقف الموازنة بين ضرورة إثارة العيوب الإجرائية الموجبة للحكم بالبطلان، ولو لم تكن متعلقة بالنظام العام، وتوجيه الخصوم إلى تدارك هذه العيوب من خلال تصحيح وتجديد الإجراءات المعيبة، حتى يتفادى الإسراف والإفراط في توقيع جزاء البطلان في المواضيع التي يظهر فيها البطلان بغضاً.

في ظلّ ممارسة القاضي الإداري لدوره الإيجابي أثناء سير الخصومة، يسعى إلى فرض الرقابة على تطبيق نظرية البطلان وفق المنهج المحدد من طرف المشرع لبلوغ الغاية من تشريع الجوانب الشكلية للإجراءات، والتي لا تخرج عن نطاق خدمة الحق الموضوعي، وهي نفسها الغاية المنتظرة من القاضي المقرر عند الرقابة على تطبيق جزاء البطلان على تدابير التحقيق القضائي في جوانبها المشوبة بعدم الصحة.

الكلمات المفتاحية:

التحقيق، القضاء الإداري، القاضي المقرر، البطلان الإجرائي.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2017/03/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

The administrative judiciary Control on the invalidity of investigation procedures

Abstract:

The Algerian legislator organized the theory of procedural invalidity as an organization based on elements and controls. It was ensure the balance between the formal protection of the entity and the avoidance of its failure without reaching its ultimate goal of determining the legal protection of the contested substantive rights in front of the judiciary.

Faced with the administrative judiciary in the dispute before it for unequal positions among the litigants, this situation shows that the role of the judge in the balancing position between the need to provoke the procedural defects of the ruling nullity, even if they are not related to public order, and to direct the adversaries to remedy these defects through correction and renewal Defective procedures, so as to avoid excessive and more excessive to apply of the penalty of invalidity in places where the heroine is loathsome.

In the exercise of the administrative judge for his positive role in the course of the dispute, seeks to impose control on the application of the theory of invalidity according to the method specified by the legislator to achieve the purpose of legislation formal aspects of the procedures, which do not go beyond the scope of service of the substantive right, To control the application of the penalty of nullity to judicial investigation measures in their invalidity aspects.

Key words:

Investigation, administrative judiciary, scheduled judge, procedural invalidity.

Contrôle des juridictions administratives sur la nullité des procédures d'instruction

Résumé:

Le législateur Algérien a régi la théorie de nullité procédurale en garantissant l'équilibre entre la protection formelle de l'instance et le souci d'atteindre la finalité de celle-ci, qui consiste en la protection des droits substantiels objet du contentieux.

Ainsi, et devant l'exorbitance de la relation entre les parties au litige, le juge est tenu de concilier la nécessité d'invoquer les vices de procédure donnant lieu à la nullité même s'ils ne relèvent pas de l'ordre public et l'orientation vers la correction et le renouvellement de la procédure viciée et ce, dans le but de remédier au recours excessif à la sanction de nullité.

En jouant un rôle positif lors du déroulement de l'instance, le juge exerce son contrôle sur l'application de la théorie en question en tenant compte de l'esprit des dispositions ayant trait à l'aspect procédural qui n'ont pour finalité que la protection du droit substantiel, finalité escomptée également du contrôle du juge rapporteur sur l'application de la sanction de nullité aux mesures juridictionnelles viciées.

Mots clé :

Instruction, juridiction administrative, juge rapporteur, nullité procédurale.

مقدمة

يعتبر البطلان الإجرائي ضمانة قانونية لتفعيل القاعدة الإجرائية، فهو يمنع من وقوع المخالفة الإجرائية قبل حدوثها، كما أنه في حالة وقوعها يجرّد العمل الإجرائي من ترتيباته القانونية حتى يستقيم احترام القاعدة القانونية الإجرائية؛ فبمجرّد توقيع جزاء البطلان تسقط الآثار المعهودة للعمل الإجرائي المتخذ في الخصومة، خلافاً لما تمليه القاعدة القانونية الإجرائية، وبذلك فالخصم يكون مهتداً بسقوط هذه الآثار مما يجعله حريصاً على اتخاذ الأعمال الإجرائية وفق نموذجها القانوني الصحيح حتى يتمكن من تفادي توقيع هذا الجزاء.

تصدى المشرع الجزائري ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾ لتنظيم البطلان، وجعله جزاءً يلحق بالأعمال الإجرائية المعيبة عبر مختلف مراحل سير الدعوى أمام القضاء، وهو يهدف بهذا الجزاء أن يجعله وسيلة لصون الحق الموضوعي من خلال ترشيد تطبيقه، بما يوازن بين اعتبارات توقيع هذا الجزاء في حدود لا تخرج عن الضوابط والمقومات التي تتفادى الإفراط في حماية الشكل، واعتبارات حماية الحق الموضوعي المتنازع فيه أمام القضاء⁽²⁾.

لقد كفل المشرع التطبيق الراشد لجزاء البطلان بعدة أساليب تشريعية⁽³⁾، منها ما يظهر في دقة التنظيم القانوني الخاص بتحديد قواعد اتخاذ الإجراءات، ومنها ما يتعلق بنظام تدخل القاضي ونطاق اختصاصه في تطبيق جزاء البطلان، بما يجسد ويحقق أهداف السياسة التشريعية في المنظومة الإجرائية.

إن تحقيق الوعي الإجرائي الذي يهدف إليه المشرع في تنظيم جزاء البطلان، لا يكون بمنأى عن اختصاص القاضي الإداري، الذي يفرض رقابته على سير الإجراءات برمتها، ويسعى إلى تجسيد الغاية التشريعية في توجيه الخصومة.

تحظى الرقابة المنوطة للقاضي الإداري في تطبيق جزاء البطلان على تدابير التحقيق بأهمية، لا يمكن أن يستهان بها في ترشيد فكرة الجزاء الإجرائي المقننة في المنظومة التشريعية ككل، لأنها رقابة تضيي لينة ومرونة إجراءات التحقيق وتنطوي على تكريس أبعاد الإرادة التشريعية في التقليل من دواعي وأسباب البطلان، من خلال بذل مساعي الحماية والوقاية والحد من الإفراط في توقيع جزاء البطلان الإجرائي، للوصول إلى تحقيق فعالية القاعدة القانونية الإجرائية وحماية الحقوق الموضوعية، فغاية المشرع في تقييد الحق من التمسك بالبطلان، تندرج مع غايته في منح القاضي الإداري صلاحيات الرقابة على تطبيق البطلان على عمليات التحقيق في الدعوى.

وبذلك يكون جديراً في البحث التساؤل حول: مدى فعالية الرقابة المنوطة للقاضي الإداري أثناء سير مرحلة التحقيق في الدعوى، لترشيد تطبيق جزاء البطلان وتجسيد بوادر السياسة التشريعية الهادفة إلى التوفيق بين اعتبارات المصلحة في تفعيل القاعدة الإجرائية لحماية الشكل، واعتبارات المصلحة في الحماية من ضياع الحق الموضوعي؟

وترتبطاً على ذلك فإن الإشكالية المطروحة، تعالج مواطن التداخل والتكامل بين النظام القانوني لجزاء البطلان الإجرائي والرقابة المخولة للقاضي الإداري، في مجال تطبيق هذا الجزاء على تدابير التحقيق في منازعات القضاء الإداري، بحيث يتناول البحث وفق منهج تحليلي نقدي، معالجة موقف القضاء الإداري من ظاهرة الهدر الإجرائي المترتب عن توقيع جزاء البطلان الإجرائي وإظهار مساهمات القضاء واجتهاداته في تلافي وتفادي هذه الظاهرة.

وبناءً على ما تقدّم تتم دراسة موقف القضاء الإداري من المسألة محل البحث في إطار الرقابة على الوقاية من آثار جزاء البطلان (المبحث الأول) ثم الوقوف على إبراز الدور الرقابي للقاضي الإداري في تفعيل الوسائل التشريعية للحدّ من آثار البطلان (المبحث الثاني).

المبحث الأول: رقابة القضاء الإداري على أساليب الوقاية من آثار البطلان

تهدف إجراءات التحقيق إلى إظهار الحقيقة القضائية، وتمكين القاضي من الفصل في المنازعة المعروضة عليه وتقرير الحماية القانونية للحق الموضوعي، لذلك فإنّ هذه الإجراءات تجسّد الحماية التي تكفلها القاعدة القانونية الموضوعية للحق⁽⁴⁾، وانطلاقاً من هذا الإعتبار، يمارس القاضي في المنازعة الإدارية رقابته لتوجيه الإجراءات توجيهها يرمي إلى الوصول لتقرير حماية الحق الموضوعي.

إنّ الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على إجراءات التحقيق، من شأنها أن تحدّ من مختلف أشكال التلاعب بالإجراءات والإعتراض عن بلوغ نتائجها الإجرائية من طرف الخصوم، فيتولى القاضي مراقبة مدى صحة الدفع بالبطلان الذي يثيره الخصوم أثناء سير الإجراءات، لتقدير الملاءمة في ممارسة الحق في التمسك بالبطلان، كما أنّه يتولى مراقبة سلامة إجراءات التحقيق أثناء اتخاذها لضمان مشروعية المسلك الإجرائي، المتبع في السعي لتقرير الحماية للحق الموضوعي، حتى يهتدي القاضي بهذه الرقابة إلى حالات يمكن فيها إثارة البطلان المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه.

تتجلى الرقابة المنوطة للقاضي الإداري في أعمال أساليب الوقاية من آثار البطلان الإجرائي أثناء سير إجراءات التحقيق، من خلال السلطة المخوّلة إياه لتقدير مدى ملاءمة الحكم بالبطلان من عدمه أثناء إثارته والتمسك به من طرف الخصوم، ذلك أنّه ليست كلّ مخالفة للقاعدة القانونية الإجرائية توجب على القاضي الحكم بالبطلان (المطلب الأول)، كما تبرز هذه الرقابة أيضاً في الدور الإيجابي الذي يتميز به القاضي الإداري أثناء سير إجراءات التحقيق، هذا الدور الذي يظهر في إثارة العيوب الإجرائية وتوجيه الخصوم إلى تدارك هذه العيوب لتفادي الحكم بالبطلان، حمايةً للإجراءات ذاتها من الهدر هدرًا يمتدّ إلى إضعاف الحماية للحقوق الموضوعية المتنازع فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقدير القاضي الإداري ملاءمة جزاء البطلان

يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقدير الدفوع وتصحيح تكييفها، وتطبيق القانون عليها في مجال أعمال جزاء البطلان على تدايير التحقيق في المنازعة الإدارية، بحيث لا يكون القاضي مقيداً بالتكييف الذي يتمسك به الخصوم عند إثارة الدفع بالبطلان⁽⁵⁾، وكما يتصدى القاضي لتفسير فكرة النظام العام التي تقترن مع تطبيق جزاء البطلان الإجرائي، ولا يتقيّد في ذلك بالتفسير الذي يعطيه الخصوم في الدعوى لمقتضيات النظام العام المرتبطة بإثارة الدفع

بالبطلان، وبهذه الممارسة التي يظهر بها القاضي الإداري يكون دوره فعالاً في الوقاية من جزاء البطلان، والتصدي لإمكانية تعسف الخصوم في استعمال الدفع بالبطلان لغرض تعطيل الفصل في الدعوى.

هكذا، تتجلى سلطة القاضي الإداري في تفعيل أساليب الوقاية من جزاء بطلان إجراءات التحقيق، بما له من دور إيجابي في تكييف الدفوع المثارة من الخصوم لتطبيق هذا الجزاء (الفرع الأول)، وبما له من دور في تقدير ملاءمة توقيع جزاء البطلان الذي دفع به الخصوم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري لطبيعة الدفوع المثارة في مجال تطبيق جزاء البطلان
يمارس القاضي الإداري دوراً متميزاً في الرقابة على تطبيق جزاء البطلان الإجرائي أثناء سير تدابير التحقيق، بحيث يتحقق من صحة الدفوع المثارة من الخصوم للطعن في سلامة وصحة اتخاذ تدابير التحقيق، لإدراك مدى استيفاء هذا الدفع لشروطه ومقوماته المتطلبية قانوناً في تطبيق جزاء البطلان الإجرائي⁽⁶⁾، ذلك لأن مخالفة النموذج القانوني الصحيح للقاعدة القانونية الإجرائية المتعلقة بتنظيم مرحلة التحقيق في المنازعة الإدارية، لا يقتضي بالضرورة أن يكون العمل الإجرائي معيباً بعبء يوجب الحكم بالبطلان، وإنما يمكن أن يكون العيب الإجرائي موجبا لجزاء إجرائي آخر غير جزاء البطلان⁽⁷⁾، وبالتالي تبقى للقاضي الإداري صلاحية تفحص طبيعة العيب الذي شاب العمل الإجرائي المتخذ، وتكييف درجة هذا العيب لمعرفة نوع الجزاء الإجرائي المناسب له قانوناً، والقاضي لا يكون مقيداً بنوع الجزاء الإجرائي الذي تمسك به الخصوم أثناء إثارة الدفع.

يبادر القاضي الإداري إلى التحقق من طبيعة الدفع المثارة أمامه، بحيث يمكن أن يثير الخصوم دفعا لتوقيع جزاء إجرائي معين على إحدى إجراءات التحقيق، كجزاء عدم القبول، وذلك بعد فوات الترتيب القانوني للدفع بالبطلان لعيب في الشكل، قصد الوصول إلى ترتيب الآثار التي يرتبها جزاء البطلان، ففي مثل هذه الحالة لا يكون القاضي الإداري ملزماً بالتكييف الذي تناوله الخصوم في الدفع المثارة خلال سير مرحلة التحقيق، ولا هو مقيد بالنص القانوني الذي استند إليه هؤلاء في إثارة الدفع، وإنما يمارس القاضي رقابته على ذلك لمعرفة الصورة الحقيقية للدفع، لأن ما تمسك به الخصوم لا يغير من حقيقته، والعبء في توقيع جزاء البطلان ليس بما تناوله دفوع الخصوم، وإنما العبء بحقيقة الدفع المثارة وما يرمي إليه الخصوم⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: دور القاضي الإداري في تقدير ملاءمة توقيع جزاء البطلان

لا يجوز للقاضي الإداري تجميع العناصر الواقعية والأسباب المؤلدة للدفع بالبطلان، قبل أن يثيرها الخصوم في الحالة التي لا تكون فيها تلك الأسباب والعناصر متوفرة في ملف التحقيق، وإنما ينبغي على القاضي انتظار مبادرة الخصوم للتمسك بالبطلان، وتوضيح

جوانب العيوب التي شابت ولحقت الأعمال الإجرائية المرتقبة في مرحلة التحقيق، ثم بدوره يتولى القاضي الإداري تفحص الدفع المثار وفق المقتضيات التشريعية، لمعرفة مدى ملاءمة تطبيق جزاء البطلان على الأعمال الإجرائية المعيبة من عدمه⁽⁹⁾،

أقرّ المشرع الجزائري في نص المادتين 62 و66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي بدور إيجابي يناط به لتقدير ملاءمة تطبيق جزاء البطلان الإجرائي، وخولّ المشرع للقاضي سلطةً للعمل على تلافي وتجنب أعمال هذا الجزاء والوقاية من آثاره السلبية، التي تلحق بالإجراءات وتضيق بها الحقوق الموضوعية، بحيث لا يحكم القاضي بالبطلان كلما كان تصحيح العيوب الإجرائية ممكناً، ولو أُثير الدفع بالبطلان أمام القاضي، بشرط أن تزول جميع آثار المخالفة الإجرائية الموجبة للبطلان بعد تصحيح تلك العيوب⁽¹⁰⁾، لأنّ القاضي وهو يمارس رقابته على تقدير ملاءمة الحكم بالبطلان، يوازن بين مصلحة المدعي في توقيع جزاء البطلان ومصلحة المدعى عليه في عدم توقيعه، ثمّ يقدر القاضي أيّ مصلحة من المصلحتين أجدر وأولى بالرعاية والحماية، فإذا تبين للقاضي أنّ الضرر يكون أشدّ بآثاره السلبية على الخصومة بتوقيع البطلان من درجة وشدة الضرر المترتب عن بقاء الإجراءات بعيها، فإنّ القاضي يتغاضى عن العيب الإجرائي ويتفادى الحكم بالبطلان.

هكذا فإنّ القاضي الإداري يمارس دوراً إيجابياً في تحديد الحالات التي يكون فيها تطبيق جزاء البطلان جدياً ومناسباً، وفقاً لاعتبارات السياسة التشريعية الهادفة إلى عدم المغالاة في الشكل وعدم تغليب الشكل على الموضوع، ذلك أنّ المرونة في تطبيق جزاء البطلان قد يؤدي إلى فقدان الشرعية الإجرائية، لترتيب آثار الإجراءات الصحيحة على إجراءات معيبة كما لو كانت صحيحة، كما أنّ التشدد في توقيع جزاء البطلان في كلّ مخالفة إجرائية مهما كانت درجة جسامتها، من شأنه أن يؤدي إلى تضيق حالات الوقاية من جزاء البطلان، مما يترتب عن ذلك هدر الإجراءات وضياع الحقوق الموضوعية التي ما وُجدت هذه الإجراءات إلا لصونها وحمايتها.

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري لقواعد سلامة إجراءات التحقيق

إنّ الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على اتخاذ إجراءات التحقيق، يفرض على الخصوم حرصهم على مراعاة المقتضيات الشكلية والموضوعية المحددة قانوناً لهذه الإجراءات، وبذلك يكون القاضي قد أولى برقابته حماية الإجراءات من المخالفات التي توجب توقيع جزاء البطلان حيالها، مما يؤدي ذلك إلى التقليل من فرص الحكم بالبطلان.

نصت المادتين 83 و2/844 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الدور الرقابي للقاضي المقرر على مستوى جهات القضاء الإداري في مراقبة تنفيذ تدابير التحقيق، بحيث يساهم القاضي بهذه الرقابة في ضمان احترام القواعد الإجرائية، انطلاقاً من كشف العيوب

الإجرائية وتوجيه الخصوم إلى تداركها، تفاديا للحكم بالبطلان من جهة وضمانا لعدم إبقاء الإجراءات على عيوبها، إذا لم يتقدم صاحب المصلحة لإثارة الدفع بالبطلان.

ينطوي الدور المنوط للقاضي الإداري في رقابة التطبيق السليم لقواعد إجراءات التحقيق على أهمية مستفيضة، في الوقاية من جزاء البطلان وضمان الموازنة بين اعتبارات المصلحة التشريعية في حماية الشكل والمصلحة في انتهاء الخصومة، بتقرير الحماية القانونية للحق الموضوعي، لذلك تقتضي هذه الدراسة البحث عن مبررات ممارسة القاضي الإداري لرقابته على التطبيق السليم للقواعد الإجرائية (الفرع الأول) ثم تقييم هذه الرقابة لمعرفة مدى اقترانها مع غاية الوقاية من جزاء البطلان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهداف الرقابة القضائية على تطبيق القواعد الإجرائية

يسهر القاضي المقرر على مستوى جهات القضاء الإداري على رقابة اتخاذ إجراءات التحقيق ويضمن براقبته السير الحسن لمرحلة التحقيق، حيث يستفاد من المواد 2/838 و 839 و 840 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه بعد طرح القضية الإدارية في التحقيق يتم تبادل المذكرات الجوابية عن طريق التبليغ تحت إشراف ورقابة القاضي المقرر إلى حين صدور الأمر باختتام التحقيق، والرقابة المنوطة للقاضي بموجب هذه المواد، تنبسط على التدخل للتصرف وفقا للقانون عند مخالفة الأوضاع الشكلية والموضوعية للإجراءات، بحيث يتولى القاضي توجيه الإجراءات لتمام غايتها الرامية إلى إثبات الحقيقة القضائية، وهو يحرص على سلامة تلك الإجراءات متفاديا قبول نتائجها إذا كانت معيبة، وإهدارها نتيجة الإفراط في تقرير البطلان لسبب العيوب التي تلحقها، فهو يوازن بين اعتبارات المصلحة في توقيع الجزاء الإجرائي والمصلحة في تفادي آثاره السلبية.

تهدف الرقابة المنوطة للقاضي الإداري على التطبيق السليم لقواعد تنظيم إجراءات التحقيق، إلى تجسيد إرادة المشرع في جعل الإجراءات وسيلة وأداة لصون وحماية الحقوق الموضوعية، بحيث سمح المشرع للقاضي باتخاذ ما يراه مناسبا لتفادي أن تكون هذه الوسيلة والأداة سببا في إهدار الحقوق الموضوعية، من خلال متابعتها سلامة اتخاذ الإجراءات، وتقديره مدى ملاءمة توقيع جزاء البطلان في حدود نطاق مقوماته وشروطه القانونية، دون أن يكون القاضي متأثرا بميول ومواقف الخصوم⁽¹²⁾.

إنّ الرقابة المخولة للقاضي الإداري على تطبيق القواعد الإجرائية، تجسّد إدراكا لما يجب أن يكون عليه دور القاضي من إيجابية، ذلك أنه يساهم في حسن سير العدالة من خلال توجيهه للخصوم إلى التطبيق السليم والصحيح للقواعد الإجرائية، حتى لا يقعوا في المخالفات الإجرائية الموجبة للحكم بالبطلان، ذلك لأنّ حرص القاضي على التطبيق السليم للقواعد الإجرائية، يسعف الخصوم بتدارك ما وقعوا فيه من إغفال لمقومات إجراءات التحقيق، فضلا

عن أنّ هذه الرقابة تبينّ مواضع المخالفات الإجرائية، وتجزئ للقاضي بالتدخل لإثارها وتمهيل الخصوم بأجال معقولة لتصحيحها، تفاديا للحكم بالبطلان، مما يجعلها رقابة تساهم في تقليص حالات الهدر الإجرائي في الخصومة⁽¹³⁾.

الفرع الثاني: تقييم الرقابة القضائية على تطبيق القواعد الإجرائية

إنّ الإعتراف للقاضي الإداري بسلطة الرقابة على سلامة تطبيق القواعد الإجرائية خلال سير تدابير التحقيق قد لقي اعتراضا وانتقادا فقهيًا، كان منطلقه أنّ هذا الدور يتعارض ويتنافى مع حياد القاضي وسيادة الخصوم على سير الإجراءات، وكما يحوّل القاضي إلى خصم وحكم في وقت واحد، كما قد تكون ممارسة الدور المنوط للقاضي الإداري في ذلك سببا في تعطيل أمد الخصومة، إذا ما مهّل الخصوم بأجل معين لتصحيح الإجراءات المعيبة، ثم يرتب السقوط على عدم مراعاة هذا الأجل مما ينعكس ذلك على إهدار الحقوق الموضوعية⁽¹⁴⁾.

غير أنّ النظرة الشخصية التي نعبر فيها عن الرقابة التي يتمتع بها القاضي الإداري على تطبيق إجراءات التحقيق تخالف ما أتاه هؤلاء الفقهاء، فهي رقابة منبثقة من جوهر العمل القضائي المنوط للقاضي عند سير الخصومة، فليس هناك ما يوحي بالمساس بمبدأ الحياد عند ممارسة القاضي لتلك الرقابة، ما دام أنّه يقوم بعمل يدخل في صميم وظيفته، التي تقتضي التحقّق من طبيعة الدفع المثارة من الخصوم لمعرفة مدى صحتها وتناسبها مع درجة الجسامة، التي تقتضي الحكم بتوقيع الجزاء الإجرائي الذي تناولته تلك الدفع، وكذا التحقّق من صحة وقوع المخالفة الإجرائية التي تستدعي إثارة مثل تلك الدفع⁽¹⁵⁾.

كما أنّ من وظيفة القاضي أن يتحقق من سلامة الإجراءات وحسن تطبيق القانون، ليضمن شرعية الحقوق الموضوعية التي تتناولها أحكامه، فذلك كله لا يدع القاضي ظهيرا للعيوب التي تشوب الإجراءات، وإنّما يتفاعل مع هذه العيوب بما يتناسب مع الدور الإيجابي المنتظر منه، بأن يوجه الخصوم إلى تداركها خلال آجال معقولة يحددها من تلقاء نفسه بكل موضوعية، دون أن يكون ذلك سببا في تعطيل الفصل في الخصومة وبلوغ غايتها في تقرير الحماية القانونية للحقوق الموضوعية⁽¹⁶⁾، وهو لا ينطوي بأيّ جانب من الجوانب، على المساس بإرادة الخصوم وسيادتهم في تسيير الإجراءات، وإنّما ينمّ على الوعي الإجرائي الذي بلغ إليه المشرع الجزائي في تقرير هذه الصلاحية للقاضي، باعتبار أنّ إرادة الخصوم وسيادتهم على إجراءات الخصومة مرهونة بمراعاة شروط القواعد الإجرائية وفرض الرقابة عليها، لمعرفة صحة اتخاذها من عدمه، ويبقى من واجب القاضي الكشف على مخالفة النموذج القانوني الصحيح للإجراءات والتوجيه إلى تجاوزها⁽¹⁷⁾.

هكذا، يتبين مما تقدّم، أنّ الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على أساليب الوقاية من جزاء بطلان إجراءات التحقيق، هي رقابة تضيي المرونة لهذه الإجراءات وتفرض الحماية من الإسراف والإفراط في توقيع جزاء البطلان، وهو ما يعتبر تجسيدا وتطبيقا لإرادة المشرع الذي يهدف بمنظومته التشريعية إلى تحقيق فعالية جزاء البطلان، من خلال فرض التوازن بين اعتبارات حماية الشكل واعتبارات حماية الحق الموضوعي.

المبحث الثاني: رقابة القضاء الإداري على الوسائل التشريعية للحدّ من آثار البطلان

أوجد المشرع الجزائري عدة وسائل تشريعية، يهدف من خلالها إلى الحدّ من آثار البطلان تفاديا للتفريط في توقيعه وإعماله، بما يؤدي إلى هدر الإجراءات وضياع الحقوق الموضوعية، فزيادة على ما قيّد به المشرع حق الدفع بالبطلان للوقاية من آثاره السلبية على الإجراءات والحقوق الموضوعية، من خلال ما أوجبه من إثبات النص القانوني الصريح المتضمن تقرير حالة البطلان مع شرط إثبات الضرر من العيب الإجرائي، الموجب للحكم بالبطلان أو ما أوجبه من إثبات الصفة والمصلحة للتمسك بالبطلان أو ما أوجبه من مراعاة الترتيبات الزمنية لتقرير البطلان، فإنّه أضاف وسائل تشريعية أخرى تخدم غايته في الحدّ من آثار جزاء البطلان، تظهر أساسا في وسيلة الحضور وتصحيح وتجديد الإجراءات المعيبة والإعفاء من آثار البطلان.

كما اعترف المشرع للقاضي الإداري بسلطة واسعة في الرقابة على أعمال الوسائل التشريعية المقررة للحدّ من آثار البطلان، سعيا منه لترشيد السياسة التشريعية الهادفة إلى التوازن بين المصلحة في حماية شكل الإجراءات القانوني، والمصلحة في كفالة الحماية القانونية للحق الموضوعي.

هكذا تتطلب معالجة الدور المخول للقاضي الإداري في مجال أعمال وسائل الحدّ من آثار البطلان الإجرائي عند اتخاذ تدابير التحقيق، ضرورة استعراض أهم الوسائل التشريعية المقررة للحدّ من آثار البطلان (المطلب الأول) ثم دراسة تفاعل هذا الدور مع تكريس الوسائل المتاحة للحدّ من آثار البطلان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقرير الوسائل التشريعية للحدّ من آثار البطلان

يعتبر الحضور وسيلة تشريعية للحدّ من آثار بطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري، إذ يتقرر البطلان بمجرد الإخلال بقواعد التبليغ الخاصة بإخطار أطراف المنازعة الإدارية بوسائل التحقيق المتخذة أمام جهة القضاء الإداري، أو المتخذة بواسطة الخبير القضائي، لكن المشرع أتاح امكانية تفادي تقرير جزاء البطلان في مثل هذه الأوضاع عند حضور الخصم الذي تقرر لصالحه إجراء التبليغ، ذلك أنّ هذا الحضور يستدرك العيب الإجرائي الذي لحق بإجراءات التحقيق ويكون الحضور قد حقق الغاية من إجراء التبليغ، مما يزيل سبب البطلان بزوال الضرر من العيب الذي لحق بهذا الإجراء⁽¹⁸⁾.

ينبغي التأكيد على أنّ الحضور المقصود في القانون الإجرائي كوسيلة للحدّ من آثار البطلان، هو الحضور المقترن بتبليغ متخذ خلافا لنموذجه القانوني الصحيح، أمّا الحضور الذي لا يقترن بتبليغ مسبق، فهو حضور تلقائي يفقد ضمانته الأساسية في مرحلة التحقيق، وهي ضمانته حماية حق الدفاع التي يظهر إهدارها في حالة عدم التبليغ، فضلا عن أنّه مثل هذا الحضور لا يسمح بمراقبة مدى وجود دور له في تصحيح العيوب في إجراء التبليغ، وهو إجراء لم يحدث إطلاقا، لذلك فالحضور كوسيلة للحدّ من البطلان الإجرائي، يقتضي وجود إجراء معيب ولا يتقرر دوره مع إجراء منعدم⁽¹⁹⁾.

إلى جانب الحضور، أوجد المشرع الجزائري وسيلتي تصحيح وتجديد الإجراءات المعيبة، حرصا على التقليل من دواعي وأسباب البطلان والحدّ من آثار هذا الجزاء⁽²⁰⁾.

يمارس القاضي الإداري وفقا للمادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دورا إيجابيا في التصحيح والتجديد للحدّ من آثار البطلان الإجرائي، بحيث يبادر القاضي بهاتين الوسيلتين ولو من تلقاء نفسه ودون طلب من الخصوم⁽²¹⁾، وهو ما يحقق مقاصد السياسة التشريعية الهادفة إلى التخفيف من حالات البطلان، انطلاقا من اعتبار أنّ الإجراءات وسائل تشريعية مقررة لخدمة الحقوق الموضوعية وليس إهدارها.

تقوم وسيلتي التصحيح والتجديد على مصلحة عامة، تقتضي من جهة أولى ضرورة إحجام القضاء عن السير في إجراءات معيبة ومخالفة للقانون، مما يتطلب تدخّل القضاء لتدارك العيوب الإجرائية بالتصحيح والتجديد، وتقتضي من جهة ثانية تجنب الإحترام المقدّس الشكل، بما يؤدي إلى التفريط في حمايته على وجه يمتد إلى ضياع الحق الموضوعي.

يضاف إلى الوسائل المتقدمة ما يسمى بالإعفاء من آثار البطلان، بحيث تقتضي هذه الوسيلة التفاوضي عن الحكم بالبطلان رغم توفر موجباته وشروطه، حتى يتواصل سير إجراءات التحقيق وتكامل وظائفها دون تقرير البطلان، فالمشرع يسعى بهذه الوسيلة إلى الوصول لتقرير الحماية للحق الموضوعي، من خلال الإعفاء من تطبيق جزاء البطلان رغم بقاء العيب كامنا في الإجراء دون تصحيحه أو تجديده، وذلك إما باتباع طريق التنازل الإرادي من الخصوم عن التمسك بالبطلان، أو عن طريق السقوط الذي يلحق الحق الإجرائي في التمسك بالبطلان، إثر تحقق الوقائع القانونية المسقطة للحق في التمسك ببطلان الإجراء المعيب، فيستمر هذا الإجراء في توليد آثاره كما لو كان صحيحا⁽²²⁾.

المطلب الثاني: دور القاضي الإداري في تفعيل وسائل الحد من آثار البطلان

إنّ القاضي الإداري لا يتوقف دوره عند حدّ تقرير جزاء البطلان في مواضع المخالفة الإجرائية، وإنما يبذل عناية مركّزة في توجيه الخصوم إلى تدارك هذه العيوب باتباع الوسيلة التشريعية المناسبة.

إنّ الدور المخوّل للقاضي الإداري في مجال أعمال جزاء البطلان، متوازن بين تقرير هذا الجزاء والعمل على الحدّ من آثاره تفادياً للمغالاة في حماية شكل الإجراءات، فالقاضي عندما يباشر سلطة الرقابة على تنفيذ تدابير التحقيق⁽²³⁾، يحصي جميع المخالفات الإجرائية ثم يتفاعل معها باتباع أسلوب التصحيح أو التجديد وفقاً للمادتين 62 و66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما إذا تبين أنّ الخصم قد فاته الحق في إثارة الدفع بالبطلان، فإنّ القاضي يعلن له سقوط الحق في التمسك بهذا الدفع وفقاً للمادة 61 من نفس القانون؛ مما يؤدي ذلك إلى مساهمة القاضي في الإعفاء من تقرير البطلان وتفادي آثاره.

تظهر مبادرة القاضي الإداري في أعمال الوسائل التشريعية للحدّ من آثار البطلان الإجرائي، في غاية تجسيد السياسة التشريعية الهادفة إلى التوازن بين فاعلية القاعدة القانونية الإجرائية، والمصلحة في حماية الحقوق الموضوعية المتنازع فيها أمام القضاء.

إنّ الاعتراف للقاضي الإداري بتفعيل الوسائل التشريعية المقررة للحدّ من آثار جزاء البطلان، يسمح بتفادي الهدر الإجرائي من خلال تضيق حالات الحكم بالبطلان، وهو ما يعبر عن اعتماد المشرع على سياسة غائية تقوم على الموازنة بين الحقوق والمراكز المختلفة داخل الخصومة، والتوفيق بين الحفاظ على مقتضيات الشكلية وحماية الحقوق الموضوعية، فسياسة الحدّ من آثار البطلان تؤدي بالدور الإيجابي المنوط للقاضي إلى تفادي وقوع الأثر القانوني المتولّد عن العيب الذي شاب إجراءات التحقيق محل البحث، وذلك من خلال تجاوز هذا الأثر بوسيلة التصحيح أو التجديد كلما أمكن ذلك قانوناً، وأعن طريق تقرير حق التنازل أو جزاء السقوط، كما أنّ هذه السياسة توسّعت من فرص تأدية الإجراءات وظيفتها، نظراً لما تساهم به أساليب الحدّ من تفادي الحكم بالبطلان، مما تتزايد مع ذلك فرص الوصول إلى تقرير الحماية القضائية للحقوق الموضوعية.

إنّ الدور المخوّل للقاضي الإداري في تفعيل وسائل الحدّ من آثار البطلان الإجرائي، لا يمكن أن تمسّ بفعالية جزاء البطلان، ما دام أنّ هذا الأخير ينبني على دعائم ومقومات محددة تحديداً يتوقف عليها تقرير الجزاء الإجرائي، وإذا تخلّفت وجب الإعفاء من توقيع هذا الجزاء.

خاتمة

يستفاد من البحث في الرقابة المخوّلة للقضاء الإداري على إجراءات التحقيق، أنّ المشرع حرص في تنظيم هذه الرقابة على مسألتين؛ إحداهما تتعلق ببلوغ غاية الإجراءات بالنسبة للحقوق الموضوعية، والثانية تبرز في خطورة جزاء البطلان على تلك الحقوق، وخدمةً للإعتبارات التي تجمع بين المسألتين، فقد ظهر من موقف المشرع مع إيمانه العميق بأهمية جزاء البطلان لتفعيل القاعدة القانونية الإجرائية، أنّه وازن بين احترام الشكل وبين عدم تغليب هذا الإحترام إلى درجةٍ يضيع بها الحق الموضوعي، وقد كان للرقابة المنوطة للقاضي الإداري في تطبيق مختلف الأحكام التشريعية المقررة في تنظيم جزاء البطلان صدى في تنفيذ السياسة التشريعية، التي تبناها المشرع الجزائري بكلّ وعي وترشيد.

الهوامش:

(1) قانون رقم 09-08، مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ليوم 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 2008/04/23.

(2) يثير تنظيم جزاء البطلان الإجرائي صعوبة في التوفيق بين اعتباراته المتناقضة، بحيث إذا ارتكز تنظيم المشرع في وضع هذا الجزاء على حماية المقتضيات الشكلية لإجراءات التحقيق يؤدي به الوضع إلى تغليب الشكل على الموضوع وضياح الحق احتراماً للشكل، أما إذا احتس وحصر المشرع على حماية الحق الموضوعي فسيؤدي به ذلك إلى التفريط في الشكل وأخذ العناية بالموضوع على حساب الشكل.

انظر في دراسة المقومات التي يقوم عليها تنظيم جزاء البطلان الإجرائي:

- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة ثانية، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1997.

- والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1959.

- أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

- زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار الإتصال للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون تاريخ النشر.

- فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

- أحمد محمد الحفناوي، البطلان الإجرائي وأثره على الدعوى التأديبية: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

- أغليس بوزيد، بطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017/02/28.

(3) Ministère des finance, Direction Générale des Impôts, Direction du contentieux, Bulletin des services fiscaux, n° 17, décembre 1996, p 10.

(4) نبيل اسماعيل عمر، الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراءات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 38.

(5) الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 35.

(6) أيمن أحمد رمضان، الجزء الإجرائي في قانون المرافعات: مساهمة تحليلية وتطبيقية في بناء فكرة الجزء الإجرائي وآليات إعمالها وكيفية الوقاية منها ووسائل علاجها والحدّ من أثارها، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2003، ص 226.

(7) تتنوع صور الجزء الإجرائي وتختلف حسب نوع المخالفات والعيوب الإجرائية، ولا تظهر هذه الصور إلا بظهور العمل الإجرائي معيبا، ومن بين هذه الجزاءات أشار المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى جزاء البطلان في نصوص المواد من 60 إلى 66، وجزاء عدم القبول في المواد من 66 إلى 69، وجزاء السقوط في المواد من 222 إلى 230، والمادة 314، وجزاء الشطب في المادة 216، وجزاء عدم الإختصاص القضائي في المادة 36 والمواد من 45 إلى 47 والمادتين 51 و52.

(8) الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، مرجع سابق، ص 35.

- أيمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص 227.

(9) أغليس بوزيد، بطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 150.

- نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، دت، ص 240.

- الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات: دراسة تحليلية وتطبيقية لدور القاضي في توقيع الجزاءات الإجرائية والإعفاء منها والحدّ من أثارها، مطبعة حمادة، القاهرة، 1999، ص 36.

(10) تنص المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه "يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان، بشرط عدم بقاء أيّ ضرر قائم بعد التصحيح.

يسري أثر هذا التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان".

في حين تنص المادة 66 من نفس القانون على أنّه "لا يقضى ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح، إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة".

(11) أيمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص 229.

- أغليس بوزيد، "إثبات الضرر من العيب الإجرائي الموجب للحكم ببطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري: دراسة تحليلية نقدية لنص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، السنة السادسة، مجلد 12، عدد 02، لسنة 2015، ص 437 وما يليها.

(12) أغليس بوزيد، بطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 154.

(13) أيمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص 232.

- نبيل اسماعيل عمر، الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراءات، مرجع سابق، ص 48.

- أغليس بوزيد، بطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 155.

(14) أيمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص 233.

- نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 244.

- محمد الصاوي مصطفى ابراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1992، ص 238.

(15) أيمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص 233.

(16) نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 245.

- أيمن أحمد رمضان، مرجع سابق، ص 233 و234.

(17) محمد الصاوي مصطفى ابراهيم، مرجع سابق، ص 238.

(18) أغليس بوزيد، بطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 235.

(19) والي فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، تنقيح وتعديل الدكتور أحمد ماهر زغلول، مرجع سابق، ص 256.
 (20) أغليس بوزيد، التحقيق في المنازعة الضريبية أمام القضاء الإداري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2011/06/20، ص 94.

-GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile: Droit interne et droit de l'union Européenne*, 31^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2012.

(21) بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية: ج 01، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، دار كليك للنشر، الجزائر، 2011، ص 112 و 113.

-GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *op.cit*, p.129.

- PLANTY Alain, FRANÇOIS-CHARLES Bernard, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, Paris, 2003, p.98.

(22) أغليس بوزيد، بطلان إجراءات التحقيق في منازعات القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 268 وما يليها.

(23) GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *op.cit.*, p.460.

-ROUQUETTE Rémi, *Petit traité du procès administratif*, 5^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2012, p. 547.

الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية*

Dr. TADRIST Karima,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tizi-Ouzou 15000, Tizi-Ouzou, Algérie.

د. تدرّست كريمة،
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

تعدّ العقود البنكية من عقود الإذعان، إذ ينفرد البنك بوضع شروطها ويتمتع بسلطة تعديل أو إلغاء هذه الشروط. في المقابل الزبون المتعاقد معه ليس له سوى قبول أو رفض تلك الشروط، دون إمكانية مناقشتها أو التفاوض بشأنها. تتسم هذه العقود باختلال في التوازن العقدي بين البنك والزبون؛ فمن البديهي أن تكون هذه العقود مجالا خصبا للشروط التعسفية. في هذا السياق، ترمي هذه الدراسة إلى تحليل اختلال التوازن العقدي بين البنك وزبونه المستهلك، والبحث عن الوسائل القانونية لحماية المستهلك لتحقيق التوازن العقدي. الكلمات مفتاحية: البنك، المستهلك، العقود البنكية، الالتزام بالإعلام، الشروط التعسفية.

The Consumer Legal protection in the banking contracts

Abstract:

Banking contracts are pre-formulated contracts whose contractual clauses are unilaterally made by the bank. The last reserves the power of modification or cancellation of those clauses. However, the contracting client has only the liberty to conclude or not the contract, without any possibility of discussion or negotiation.

These contracts are characterized by contractual imbalance between the bank and the client. Therefore, it is obvious that these contracts represent a breeding ground for unreasonable clauses.

In such a context, the purpose of this study is to analyse the contractual imbalance between the bank and the client and to seek for the legal means that protect the consumer in order to maintain a balance between the two parties.

Key words:

Bank, Consumer, Banking Contract, Unreasonable Clauses.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/04/19 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/11/16 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

La protection juridique du consommateur dans les contrats bancaires

Résumé :

Les contrats bancaires sont des contrats d'adhésion dont les clauses contractuelles sont pré-formulées unilatéralement par la banque. Cette dernière se réserve d'un pouvoir quant à la modification ou l'annulation de ces clauses. En revanche, le client cocontractant a seulement la liberté de conclure ou de ne pas conclure le contrat, sans avoir la possibilité de discussion ou de négociation.

Ces contrats se caractérisent par un déséquilibre contractuel entre la banque et le client ; dès lors, il est évident que ces contrats représentent un terrain favorable au développement des clauses abusives.

Dans ce contexte, le but de cette étude est d'analyser le déséquilibre contractuel entre la banque et le client consommateur, et de chercher les moyens juridiques qui protègent le consommateur à maintenir un équilibre entre les parties.

Mots clés :

Banque, consommateur, contrats bancaires, l'obligation d'informer, clauses abusives.

مقدمة

في سبيل الحصول على السلع والخدمات يدخل المستهلك طرفاً في علاقة قانونية مع المحترف، وعادة لا تكون هذه الأخيرة متوازنة، لتمييز المحترف بالاختصاص والخبرة ورأس المال، فهو في مركز أقوى، على عكس المستهلك الذي قد يكون ضحية لهذا المركز⁽¹⁾.

إنّ عدم التوازن في العلاقة بين المحترف والمستهلك، أدّى إلى المناداة بضرورة توفير الحماية القانونية لهذا الأخير ليس في مواجهة سوء نية المحترف فحسب، وإنما في مواجهة تعسّفه في استغلال مركزه الاقتصادي القوي.

من مظاهر تعسّف المحترفين في استغلال تفوقهم الاقتصادي، فرضهم لجملة الشروط التعسّفية في العقود التي يبرمونها مع المستهلكين، من خلال ما يقدمونه لهم من سلع وخدمات لا غنى لهؤلاء عنها⁽²⁾، حتى أضحت اليوم غالبية العقود، التي تجمع المحترف بالمستهلك، إن لم تكن جلّها هي عقود إذعان كعقود العمل، عقود التأمين، العقود البنكية،... الخ

تعدّ العقود البنكية من أبرز عقود الإذعان، إذ ينفرد البنك بوضع شروطها ويتمتع بسلطة تعديلها أو إلغائها، وفي المقابل ليس للزبون المتعاقد سوى القبول أو الرفض، دون إمكانية مناقشة تلك الشروط أو التفاوض بشأنها. وبذلك تتّسم هذه العقود باختلال في التوازن العقدي بين البنك والزبون، لاسيما عندما يكون هذا الأخير ينتمي إلى فئة الزبائن العاديين أي المستهلكين، وهو ما يجعل من هذه العقود مجالاً خصباً لنماء الشروط التعسّفية⁽³⁾؛ ومن هنا تظهر الحاجة إلى إقرار حماية قانونية لصالح المستهلك، في سبيل إعادة التوازن للعلاقة العقدية التي تربطه بالبنك، من أجل الحصول على إحدى الخدمات البنكية والتي أضحت لا غنى له عنها في الحياة المعاصرة.

لقد حظي موضوع حماية مستهلكي الخدمات البنكية باهتمام بالغ ومتزايد في السنوات الأخيرة، وقد أتضح من خلال جملة الجهود الدولية الرامية إلى مواجهة تداعيات الأزمة المالية العالمية، أنّ استعادة ثقة المستهلكين في الخدمات البنكية هو المرتكز الأساس لتعزيز وتدعيم الاستقرار المالي⁽⁴⁾، ولا شك أنّ تلك الثقة لن تتأتى دون توفير حماية قانونية لهؤلاء، من خلال إلزام البنوك التقيد بحدّ أدنى من القواعد في العقود التي تبرمها مع المستهلكين، تحدّ من الشروط التعسفية المحتملة وتسمح بالتالي بتحقيق التوازن العقدي بينهما.

الجزائر لم تكن بمنأى عن هذه الحركة الحاصلة على المستوى الدولي، فاستقراء مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بمستهلك الخدمات البنكية تُظهر التوجه نحو تعزيز حمايته القانونية، كإقرار الالتزام بضرورة احترام مبدأ الشفافية في مجال القروض الاستهلاكية، والتأسيس لمبدأ حق الجميع في حساب بنكي، وإلزام البنوك بتزويد زبائنها بالمعلومات الخاصة بالتسعيرات والشروط المطبقة على المنتجات المالية التي تعرضها على الجمهور⁽⁵⁾.

تبعاً لهذه المعطيات، يثار التساؤل عن ماهية القواعد القانونية التي تحمي المستهلك في مجال العقود البنكية، والقادرة على إعادة التوازن لهذه العقود.

تكتسي الإجابة عن هذا التساؤل أهمية خاصة، بإبراز التفاعل الحاصل بين نصوص قانونية مختلفة من أجل توفير تلك الحماية؛ فمن جهة نجد النصوص القانونية الخاصة؛ البنكية وتلك ذات الصلة بحماية المستهلك. ومن جهة أخرى، القواعد العامة التي لا مناص من تطبيقها، كلما كان هناك قصور في القواعد الخاصة، فلا ينبغي إغفال أنّ العقود البنكية على الرغم من الخصوصية التي تنطوي عليها، إلا أنّ شأنها شأن بقية العقود لا تفلت من الخضوع لهذه القواعد.

بالنظر إلى خصوصية الموضوع وندرة البحوث التي تناولت مسألة حماية المستهلك في مجال خاص كالقطاع البنكي، فإنّ معالجة الإشكالية المطروحة، تستدعي في البداية توضيح الأسباب التي تجعل العلاقة التعاقدية بين الزبون المستهلك والبنك تتسم بعدم التوازن (أولاً)، ومن ثم البحث في الوسائل القانونية المتاحة لتوفير الحماية للزبون المستهلك قصد تحقيق التوازن العقدي (ثانياً).

المبحث الأول: اختلال التوازن العقدي بين المستهلك والبنك في العقود البنكية

قصد الوقوف على معالم اختلال التوازن العقدي بين البنك وزبونه المستهلك في العقود البنكية (المطلب الثاني) من الأهمية التعريف بطرفي هذا العقد (المطلب الأول).

المطلب الأول: التعريف بأطراف العلاقة التعاقدية: المستهلك والبنك

بداية يثار التساؤل إن كان كل زبون يدخل في علاقة تعاقدية مع البنك من أجل الحصول على إحدى الخدمات البنكية يعتبر طرفا ضعيفا في العقد ويمكن وصفه بالمستهلك؟ (الفرع الأول). هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، يعتبر البنك الطرف القوي في العقود البنكية وبالتالي وجب الإحاطة بمفهومه لمعرفة لماذا وكيف حظي بمثل هذه المكانة. (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المستهلك: الطرف الضعيف في العقد البنكي

المسلم به أنّ العقود البنكية ليست كلها عقود استهلاك، واعتبارها كذلك يتوقف على صفة الزبون المتعاقد مع البنك، وحتى يحظى زبون البنك بمركز المستهلك، ينبغي أن يشملته التعريف المقدم من قبل المشرع للمستهلك، وهو ما يؤهّله للاستفادة من القواعد الحمائية الخاصة المقررة لحماية المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، فضلا عن استفادته كبقية زبائن البنوك من الحماية، التي تقررت لهم بموجب النصوص البنكية التي لا تعرف تمييزا بين فئات الزبائن المختلفة.

لقد عرّف المشرع الجزائري المستهلك، بموجب نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽⁶⁾ على أنه: « كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدّمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني»، كما عرّفه من خلال القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁷⁾، في المادة الثالثة منه على أنه: « كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به.»

الواضح والبيّن أنّ المشرع قد تبنى المفهوم الضيق للمستهلك⁽⁸⁾، وأضفى هذه الصفة على الشخص الذي يتعاقد من أجل اقتناء سلعة أو خدمة لغرض سد حاجياته الشخصية، أو حاجات شخص أو حيوان هو المتكفل به، دون أن يكون الهدف من هذا الاقتناء مهنيا؛ وبذلك لا يعتبر مستهلكا الشخص الذي يتعاقد من أجل تحقيق أغراض مهنية.

إذاً وفقا لهذا المفهوم، يعتبر زبون البنك مستهلكا إذا كان زبونا عاديا لا محترفا، فالزبون العادي تضطره الحاجة إلى التعاقد مع البنك من أجل الحصول على الخدمة البنكية لسدّ حاجياته، وبالتالي يقبل بشروط التعاقد التي يستقل بوضعها البنك ولا يناقشها، بل أكثر من ذلك، أنّه يتعاقد وهو جاهل بالمعلومات الضرورية عن تلك الخدمة وبمقتضيات التعاقد عليها، فضلا عن عدم قدرته على فهم البنود التي صيغت بها عقود تقديم تلك الخدمة، بالنظر إلى صبغتها الفنية والمعقدة؛ والمستهلك في هذه الحالة يكون طرفا ضعيفا في العقد.

أما فيما يتعلق بالزبون المحترف الذي يتعاقد مع البنك، فلقد سبقت الإشارة أعلاه، أنه لا يمكن إسباغ وصف المستهلك عليه، وهو ما يجعله في منأى عن الاستفادة من القواعد الحمائية المقررة للمستهلكين، فالمشرع قد استوجب وبعبارة صريحة أن تكون الخدمة المراد التعاقد عليها مجردة من كل طابع مهني، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، إن المحترف الذي يتعاقد مع البنك حتى وإن كان في مجال بعيد عن تخصصه، إلا أنه يبقى يملك من الوسائل والمؤهلات ما يجعله يملك قدرة أكبر من الزبون العادي في التعاقد، ومن ثم لا يمكن مساواته به من حيث القوة، وتكون حاجته إلى الحماية بقواعد خاصة أقل بكثير منه⁽⁹⁾. لذا يكون للمستهلك الطرف الضعيف في العقد وحده الحاجة إلى الحماية بقواعد خاصة مرة لإعادة التوازن العقدي للعقود التي يكون طرفاً فيها.

الفرع الثاني: البنك: الطرف القوي المتفوق اقتصادياً

يعتبر البنك الطرف القوي المتفوق اقتصادياً في العقود البنكية التي تربطه بزبائنه العاديين أو المستهلكين، فهو يحترف ممارسة الأعمال البنكية ويندرج هذا الاعتراف في صميم التعريف التشريعي المقدم للبنك من قبل المشرع الجزائري.

فتنص المادة 70 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁽¹⁰⁾ على ما يلي: « البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات الميينة في المواد من 66 إلى 68 أعلاه بصفة مهنتها العادية»، وبالعودة إلى المواد المحال إليها بموجب هذا النص، يتبين أنّها تتعلق بالعمليات البنكية؛ عمليات تلقي الأموال من الجمهور، عمليات القرض، وكذا عمليات وضع الأموال تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل.

لقد ركّز المشرع في تعريفه للبنوك على تحديد مجال نشاطها، مع تأكيده على أنّها الوحيدة المخولة بممارسة هذا النشاط بصفة مهنة عادية⁽¹¹⁾؛ فيتربط على هذه الصفة أنه لا يمكن إضفاء صفة بنك على من يمارس العمليات البنكية بصفة عرضية أو منفردة أو مشتتة، وهذا ما قضت به المحاكم الفرنسية⁽¹²⁾، فالبنك لا يمارس العمليات البنكية بصفة عادية فحسب وإنما يتخذها مهنة، والمهنية والاحتراف في ممارسة هذه العمليات أشمل من مجرد الاعتياد عليها، فإذا كان يقصد بهذا الأخير تكرار وقوع العمل من وقت لآخر دون أن يصل إلى درجة الاستمرار والانتظام، فإنّ اتّخاذ هذه العمليات مهنة يعني مباشرتها بصورة منتظمة ومستمرة⁽¹³⁾.

إذاً يعدّ البنك محترفاً في ممارسته لنشاطه، وليس هذا فحسب بل خوّله المشرع بموجب الأمر المذكور أعلاه احتكار ممارسة هذا النشاط، وهو ما يستفاد من العبارة الواردة بالنص المشار إليه أعلاه: « البنوك مخولة دون سواها...»، وبذلك يتأكد وصف البنوك بكونها المتفوقة اقتصادياً في علاقاتها بزبائنها.

تجدر الإشارة إلى أنّ البنوك في علاقاتها بزبائنها المستهلكين، تخضع للقانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر، باعتبارها أعوانا اقتصاديين بمفهوم نص الفقرة الأولى من المادة 03 منه، تمارس نشاطا تجاريا يجب أن تتوفر فيه قواعد ومبادئ ونزاهة الممارسات التجارية، حتى لا يمس بالحماية التي ينبغي أن يحظى بها زبائنها المستهلكين، كما ترمي إليه المادة الأولى من القانون ذاته.

كما تخضع أيضا في علاقاتها بهذه الفئة من الزبائن للقواعد العامة لحماية المستهلك، المنصوص عليها بموجب القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر. إذ يضيف هذا القانون على البنك وصف "المتدخل"، وهو ما يستفاد من التمعن في المفهوم المقدم لمصطلحي "المتدخل" و"المنتوج"⁽¹⁴⁾. فالمتدخل هو: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك. أما المنتوج فهو كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا؛ وعليه البنك هو متدخل يقدم خدمات بنكية لزبائنه كفتح حساب، منح قرض وخصم الأوراق التجارية...

المطلب الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي في العقود البنكية

إنّ اختلال التوازن العقدي في العقود البنكية ناتج بالأساس، من كون هذه الطائفة من العقود تندرج ضمن عقود الإذعان (الفرع الأول)، التي تعدّ مجالا خصبا لنماء شروط تعسّفية ينفرد البنك بوضع بنودها، وبسلطة تعديلها أو إلغائها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العقود البنكية: عقود إذعان

يكون البنك بصدد توفيره لمختلف خدماته البنكية حرا في تحديد نوعية الخدمة التي يعرضها للجمهور، والتي تندرج بطبيعة الحال ضمن العمليات البنكية التي يتخذها كمهنة معتادة له، كما تكون له الحرية في تحديد العمولات والمكافآت والفوائد التي يفرضها عليها⁽¹⁵⁾، ولا يملك الزبون البنكي مناقشة بنود العقد أو التفاوض مع البنك بشأنها.

من منطلق ما تقدم، يمكن القول ودون تردد أنّ العقود البنكية هي عقود إذعان⁽¹⁶⁾، لاسيما مع ملاحظة التعريف المقدم من قبل المشرع لعقد الإذعان في القانون المدني⁽¹⁷⁾: « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها»، وكذا التعريف الذي قدمه في القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه »⁽¹⁸⁾.

فعقود الإذعان هي تلك العقود التي تنطوي على شروط يضعها الطرف القوي وهو المهني، لا تقبل المناقشة والتفاوض بشأنها نظرا لمركزه القانوني، فيكون على الطرف الضعيف قبول أو رفض التعاقد فقط، دون أن يكون له الحق في التفاوض بشأن تعديل أو إلغاء الشروط المفروضة مسبقا.

لما كان الزبون البنكي عند إبرامه للعقد مع البنك قصد الحصول على إحدى الخدمات البنكية؛ كفتح حساب، الحصول على قرض...، لا يملك التفاوض بشأن شروط هذا العقد ويقبل بها دون إمكانية مناقشتها، فإنه بذلك يكون طرفا ضعيفا في هذه العلاقة، فهو من ناحية مضطر إلى التعاقد لأنه بحاجة إلى الخدمة البنكية المعروضة عليه، ومن ناحية أخرى ليس له مناقشة بنود تقديم هذه الخدمة؛ وعليه، لا شك من أن العقود البنكية عقود إذعان، سيما وأنّ البنك يتمتع بسيطرة فعلية وقانونية، في هذا المجال باحتكاره تقديم الخدمات البنكية، وما على الزبون المستهلك الذي لا يرضى بالعرض المقدم من قبل البنك بصدد خدمة بنكية معينة، سوى التعاقد بشأنها مع بنك آخر إن كانت الشروط المتعلقة بهذه الخدمة يرتضيها.

الفرع الثاني: الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي

تم الانتهاء فيما تقدم، إلى أنّ العقود البنكية هي عقود إذعان لتعذر مناقشة الزبون الشروط الجوهرية في العقد، ولكون التعامل مع البنوك أضحى ضرورة حتمية فرضته الحياة المعاصرة، فالزبون بحاجة إلى مختلف الخدمات التي تقدمها البنوك، إذ لا غنى له عن فتح حساب لديها، كما أنه في حاجة إلى الاقتراض منها لسدّ حاجياته.

غالبا ما تكون العقود البنكية مدرجة ضمن نماذج معدة مسبقا من قبل البنك، تكون مشتملة للشروط الضابطة للعقد، محددة التزامات أطراف العلاقة العقدية؛ البنك والزبون. بل أنه كثيرا ما يوقع الزبون على تلك العقود، التي يكون من بين بنودها بندا يفيد أنه اطلع على شروط معينة وأنه قبلها، في حين أنه لم يطلع عليها فعلا، أو أنه لم يفهم المراد منها⁽¹⁹⁾، ومن ثم يعدّ هذا البند شرطا تعسفيا، لعدم إمكانية الزبون من الناحية الواقعية الاطلاع على شروط العقد، وكذلك لعدم استفادته من وقت كاف قصد قراءة وتفحص هذه الشروط⁽²⁰⁾.

بالإضافة إلى ما سبق، يلاحظ في مجال القروض البنكية، أنّها ترتب على عاتق الزبون المستهلك المستهلك المستفيد منها، التزاما برد مبلغ القرض مضافا إليه الفوائد المترتبة عليه، وإن كان لا شك في أنّ الزبون يكون على دراية مسبقة عند التعاقد مع البنك بنسبة هذه الفائدة، إلا أنه يجهل كيفية احتساب البنك لهذه الفائدة، التي تخضع لطرق حسابية جد معقدة ومهمة، لا يحاط بها الزبون مسبقا عند إبرامه العقد، فيجد نفسه أمام أعباء مالية إضافية لا يقوى على الوفاء بها، ولم يأخذها في الحسبان عند التعاقد. وعليه، فالزبون يكون في حاجة إلى حماية قانونية فهل ستكفل له، وما هي الوسائل المتاحة لتحقيقها؟

المبحث الثاني: الوسائل القانونية لتحقيق التوازن العقدي كضمانة لحماية المستهلك في العقود البنكية

إنّ البحث في الوسائل القانونية المتاحة لحماية المستهلك في مجال العقود البنكية، قد أبان أنّ هناك وسيلتين اثنتين؛ أولهما إخضاع البنك لواجب إعلام الزبون (المطلب الأول). وثانيها رقابة الشروط التعسّفية التي قد تنطوي عليها هذه العقود. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزام البنك بالإعلام

لمن المستقر عليه في العمل البنكي خضوع البنوك لواجب الإعلام تجاه زبائنها، ونظرا لأهمية هذا الواجب في حماية الزبون فقد تم تكريسه بقواعد خاصة؛ سواء في النصوص القانونية البنكية (الفرع الأول)، أو في إطار القواعد الخاصة التي تحمي المستهلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام في ضوء النصوص القانونية البنكية

كأي مهني، يقع على عاتق البنك واجب إعلام زبائنه عن الامتداد القانوني والعملي للعمليات التي يؤمر بإنجازها من قبلهم، ويذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أنّ هذا الالتزام تبعي للالتزامات المنصوص عليها صراحة في العقد⁽²¹⁾، بمعنى يلتزم به البنك وإن لم يتم النص عليه صراحة. ومن قبيل المعلومات التي يجب أن يقدمها البنك للزبون، مثلا، شروط استعمال الحساب البنكي، شروط القرض، الفوائد، المكافآت...

لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار هذا الالتزام عام، مستخلصاً هذه العمومية من فحص مختلف الحالات التي طبق القضاء فيها هذا الالتزام، وأيضا لوجود نصوص قانونية مبعثرة كرست هذا الالتزام في بعض الحالات، فيرى هذا الجانب الفقهي، أنّ العمومية لا تقتضي بالضرورة أن يفرض الالتزام في جميع الحالات وإنما وجوده يتوقف على طبيعة العملية، طبيعة المعلومة ونوعية الزبون، فإذا كان الأخير حرفيا صعب عليه مؤاخذة البنك عن عدم إعلامه، إن كان يجب عليه أو يتعين عليه أن يعلم أو يستعلم هو بنفسه. هذا عكس حالة ما إذا كان الزبون شخصا عاديا (المستهلك) غير ذي دراية في الميدان البنكي، حيث يفرض على البنك إعلام هذا الزبون، انطلاقا من كونه الطرف المحترف في العقد البنكي، والمتمتع بالخبرة والمعرفة في هذا الميدان⁽²²⁾.

لم يكرس الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، سالف الذكر، هذا الالتزام على الرغم من كونه من المبادئ التي استقر عليها العمل البنكي، مع ذلك، تدارك المشرع ذلك عام 2010 بمناسبة تعديله وتتميمه أحكام هذا الأمر بموجب الأمر رقم 10-04⁽²³⁾، الذي سمح بإدراج ضمن أحكامه نص المادة 119 مكرر 1، التي تلزم البنوك بتزويد زبائنها بكل معلومة مفيدة تتعلق بالشروط الخاصة بالبنك.

أما في إطار النصوص التنظيمية البنكية، فيشار إلى أنّ المنظم البنكي لم يغفل تكريس الالتزام بالإعلام وفرضه على البنوك في علاقتها بزبائنها، وهو ما يستفاد من النظام رقم 94-13 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية⁽²⁴⁾، الملغى عام 2009 بموجب النظام رقم 03-09⁽²⁵⁾، والملغى بدوره عام 2013، ليستبدل بالنظام رقم 01-13⁽²⁶⁾ الساري المفعول، والمتعلق بالموضوع ذاته.

فلقد أوجب هذا النظام على البنوك أن تبلغ زبائنها والجمهور، عن طريق كل الوسائل⁽²⁷⁾ بالشروط البنكية، كالمكافآت والتعريفات والعمولات التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها⁽²⁸⁾، وفي مجال الحسابات التي تفتحها لزبائنها، فيتعين أن تبين بدقة شروط استعمال الحسابات المفتوحة وأسعار الخدمات المختلفة التي تسمح بها، وكذا الالتزامات المتبادلة بين البنك والزبون، فيجب أن يتم تحديد هذه الشروط في عقد فتح الحساب أو في المستندات المرسلة لهذا الغرض⁽²⁹⁾.

يشار إلى أنّ هذا النظام قد نص على حرية البنوك في تحديدها لنسب الفائدة الدائنة أو المدينة، لكن مع تقييد هذه الحرية في مجال القروض التي توزعها بأن لا تتعدى السقف الذي حدده بنك الجزائر⁽³⁰⁾، وهذا بلا شك، من أجل توفير حماية للزبون بأن لا تفرض عليه فائدة مرتفعة لن يقدر على الوفاء بتبعاتها.

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام في ضوء قوانين حماية المستهلك

جاء التكريس القانوني الصريح، لأول مرة للالتزام بالإعلام من خلال قواعد حماية المستهلك بموجب القانون رقم 89-02⁽³¹⁾ الملغى، حيث تنص المادة الأولى منه على ما يلي: « يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلك طوال عملية عرض المنتج و/أو الخدمة للاستهلاك اعتباراً لنوعيتها ومهما كان النظام القانوني للمتدخل»، وتنص المادة الثالثة منه على ما يلي: « يجب أن تتوفر في المنتج أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه.

ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتج و/أو الخدمة للطلبات المشروعة للاستهلاك لا سيما فيما يتعلق بطبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته».

وتنص المادة الرابعة من القانون ذاته: « تكيف العناصر المنصوص عليها في المادة 03 من هذا القانون حسب طبيعة وصنف المنتج و/أو الخدمة بالنظر للخصوصيات التي تميزه والتي يجب أن يعلم بها المستهلك حسب ما تتطلبه البضاعة المعنية».

يلاحظ إذًا من خلال استقراء فحوى نصوص المواد السالفة، أنّ المشرع كرّس حق المستهلك في الإعلام دون تمييز بشأن محل المعاملة إن كان منتجاً مادياً أو خدمة، فالمتدخل

ملزم بإعلام المستهلك بالخصوصيات التي تميز المنتج أو الخدمة المعروضة عليه، بما يسمح له بتقدير مدى استجابتها لرغباته المشروعة للاستهلاك⁽³²⁾؛ وبذلك تلتزم البنوك بالإعلام في مواجهة زبائنها المستهلكين بصدد تقديمها لهم خدماتها البنكية.

كما أكد المشرع على حق المستهلك في الحماية والإعلام من خلال القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويستفاد ذلك من نص المادة الأولى منه: « يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافة ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه.؛ فالهدف المتوخى من تكريس المشرع لأحكام هذا القانون هو حماية المستهلك وإعلامه.

بالإضافة إلى هذا النص، يستفاد التكريس القانوني الصريح للالتزام بالإعلام بموجب هذا القانون من خلال ما ورد في نص المواد التالية: المادة الرابعة: « يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع»، والمادة الخامسة: « يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.»، والمادة الثامنة: « يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة».

على الرغم من أهمية النصوص السالفة، التي تعدّ الأساس القانوني للالتزام البنك بالإعلام في علاقته بزبائنه المستهلكين، غير أنه يعاب على المشرع استعماله لعبارة « البائع » في كل من المادتين الرابعة والثامنة المذكورتين أعلاه، وهو ما يحمل إلى الاعتقاد أنّ هذا الالتزام ينحصر مجال تطبيقه في العلاقة بين البائع والمشتري، والحقيقة أنّ مجال تطبيقه أوسع من ذلك حيث يسري في العلاقة التي تربط أي عون اقتصادي بالمستهلك⁽³³⁾.

بالإضافة إلى هذه النصوص حمل القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر، قواعد تكرس هذا الواجب ضمن الفصل السادس منه المعنون: إلزامية إعلام المستهلك، والمشتتمل على المادتين، 17 و18، بالإضافة إلى ذلك قد عني بتكريس هذا الواجب أيضا في مجال قروض الاستهلاك بموجب نص المادة 20 منه؛ فلتجنب أي اختلال للتوازن العقدي في قرض الاستهلاك، خشية استغلال البنك حاجة المستهلك المقترض ومن ثم حمله على قبول القرض بشروط تعسفية، استوجب المشرع أن يكون كل عقد قرض استهلاكي مسبقا بعرض، والغرض من ذلك هو تمكين المستهلك من إعلام كامل بشأن هذا القرض.

أما عن شروط وكيفية تطبيق هذا العرض، فقد أشار النص إلى أنّ ذلك سيتم تحديده عن طريق التنظيم، وهو ما تحقق بالفعل بصدور المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 مايو 2015 المحدد لشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي⁽³⁴⁾.

وبموجبه تم تحديد ما يجب أن يشتمل عليه عرض القرض في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه على النحو التالي: « يجب أن يتضمن عقد القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة توضح على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد القرض». كما ألزم أن يكون كل عرض للقرض مشتملا على بيانات معينة⁽³⁵⁾ منها، تعيين الأطراف، الموضوع والمدة والمبلغ الخام والصافي للقرض وكيفيات التسديد، والأقساط وكذا نسبة الفوائد الإجمالية،...

الملاحظ من خلال استقراء أحكام هذا المرسوم، أنّ البنك يلزم بالعرض المسبق الذي يعتبر كإيجاب ملزم له، في حين أجاز للمستهلك المقترض حق العدول حتى بعد إبرامه لعقد القرض الاستهلاكي النهائي، حيث منحه مدة ثمانية أيام عمل للعدول تحسب من تاريخ إمضاء العقد⁽³⁶⁾، وفضلا عن ذلك قد ضبط هذا المرسوم بعض الأحكام ذات الصلة بكيفية سداد هذا القرض⁽³⁷⁾؛ وبذلك تسمح أحكام هذا المرسوم من تحقيق التوازن المرجو بين أطراف عقد القرض الاستهلاكي.

المطلب الثاني: التصدي للشروط التعسفية

قصد إعادة التوازن في العقد البنكي الذي يكون مشتملا على شروط تعسفية، يتم بحث إمكانية التصدي لهذه الشروط بالاعتماد على نظرية عيوب الإرادة للغلط، أو التدليس كأسلوب غير مباشر لإبطال مفعول هذه الشروط (الفرع الأول)، مع بيان الإمكانية التي منحها المشرع للقاضي إزاء هذه الشروط بتعديلها أو إلغائها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إبطال العقد

لما كانت العقود البنكية لها صبغة فنية، وتستخدم فيها ألفاظا ومصطلحات استقرت في العمل البنكي على معان معينة قد لا تتفق مع معناها اللغوي⁽³⁸⁾، يكون من الصعب على الزبون المستهلك المتعاقد مع البنك، أن يفهمها أو أن يدرك جميع تفصيلاتها، ويكون من السهل أن يقع في غلط يؤثر على إرادته التعاقدية، لذلك يمكنه طلب إبطال العقد للغلط كما تقرره القواعد العامة، وفي هذا تنص المادة 81 من القانون المدني: « يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله».

غير أنّ إبطال العقد للغلط، يستوجب توافر شروط معينة منصوص عليها في المادة 82 من القانون ذاته: « يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدّا من الجسامّة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط».

يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.»

فلما كان الغلط هو أمر نفسي، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط، بل لا بد أن يتصل بالمتعاقد الآخر حتى يمكن الاعتداد به، لذلك يشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة أن يكون جوهريا⁽³⁹⁾؛ وبالتالي يقع على عاتق الزبون المستهلك الذي يرغب في إبطال العقد البنكي لوقوعه في الغلط، أن يثبت توافر الشروط المذكورة.

من ناحية أخرى، قد يقع الزبون المستهلك ضحية تدليس احتيالي من البنك، ويكون ذلك باستعمال هذا الأخير لحيل تولّد في نفس الزبون غلطا تدفعه إلى التعاقد، فيجوز للزبون في هذه الحالة طلب إبطال العقد للتدليس كما تقرره القواعد العامة، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 86 من القانون المدني على أنه: «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.»

يشار إلى أنه لا يشترط في التدليس أن تكون الطرق الاحتيالية المستعملة أعمالا إيجابية، بل يمكن أن يكون العمل الاحتياالي سلبيا محضا، فيكفي مجرد الكتمان طريقا احتياليا وإن كان الأصل أنّ الكتمان لا يكون تدليسا، إلا أنّ هناك أحوال يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به، ويعدّ تدليسا منه أن يكتمه⁽⁴⁰⁾، وهو ما أشار إليه المشرع في نص الفقرة الثانية من المادة ذاتها: «ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة.»

على هذا الأساس، فإنّ كتمان البنك لمعلومات كان يجب أن يعلمها الزبون المتعاقد معه قبل التعاقد، يعدّ تدليسا احتياليا سلبيا، يعطي للزبون الحق في طلب إبطال العقد، بشرط إثباته أنّ المعلومة التي كتمها البنك تؤثر في تعاقد، وأنّ البنك يدرك ذلك ويعلم أنّ الزبون المتعاقد معه يجهل تلك المعلومة، مع ذلك يكتمها عنه فيحمّله إلى التعاقد.

مع ذلك جدير بالإشارة إلى أنّ تمسك المستهلك بإبطال العقد للغلط أو التدليس على النحو المبين، قد لا يكون مجديا من الناحية الواقعية، فالمستهلك الذي يُقدم على التعاقد مدعنا بسبب حاجته الماسة لخدمة تسدّ حاجياته، سيتردد في طلب إبطال العقد خشية حرمانه من تلك الخدمة، حتى ولو كان هذا العقد مشتملا على شروط تعسّفية؛ لذا فإنّ المستهلك يفضل الاستمرار في العقد والاستفادة من الحماية التي قررها المشرع، من أجل التصدي للشروط التعسّفية بالإلغاء أو التعديل، أي إبطال مفعول الشرط التعسفي وحده دون العقد.

الفرع الثاني: إمكانية تعديل الشروط التعسّفية أو إلغائها

حوّل المشرع للقاضي سلطة إزاء الشروط التعسّفية في عقود الإذعان، إذ تنص المادة 110 من القانون المدني على أنه: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسّفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدّعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

إذاً أجاز النص للقاضي تعديل الشروط التعسّفية في عقود الإذعان، بل وحتى إلغائها إذا اقتضت ذلك مصلحة الطرف المدّعن؛ فيكون له تعديلها حتى وإن كان الشرط التعسّفي المعدّل يتسم بالدقة والوضوح، وله أن يلغى أي يعفي الطرف المدّعن من الشرط التعسّفي، إذا رأى أنّ الإبقاء عليه من شأنه التأثير على توازن العقد. وهكذا يظهر أنّ المشرع قد منح للقاضي سلطات في مجال عقود الإذعان تخالف القاعدة المستقر العمل بها في مجال العقود، التي تفيد أنّ العقد شريعة المتعاقدين⁽⁴¹⁾ رغبة في توفير حماية للطرف المدّعن في مثل هذه العقود⁽⁴²⁾.

إلى جانب الحماية التي وفرها المشرع للطرف المدّعن في العقد بموجب القواعد العامة، جاء القانون رقم 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سابق الذكر، مشتملاً لأحكام ترمي إلى تحقيق الهدف ذاته، فبعد أن حدد الممارسات التعاقدية التعسّفية من خلال نص المادة 29 منه، نص في المادة 30 على أنه: « يهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسّفية».

تطبيقاً لهذا النص، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 محدداً العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية⁽⁴³⁾، منها فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد؛ ففي حالة ما إذا اشتمل عقد الاستهلاك -كالعقد البنكي المبرم مع الزبون المستهلك - على أي من هذه البنود سيتم منع العمل بها.

خاتمة

لقد ظهر من خلال هذه الدراسة، أنّ العقود التي تربط البنك بزبائنه العاديين هي عقود استهلاك تتصف بالإذعان، لانفراد البنك بتحديد شروطها دون منح الزبون المتعاقد معه أي إمكانية لمناقشتها، وبذلك تتسم هذه العقود بعدم التوازن العقدي بين طرفيها، مما استوجب توفير حماية قانونية للطرف الضعيف من أجل إعادة التوازن لهذه العقود.

لعل أهم الوسائل الكفيلة بتحقيق مثل هذا التوازن، تتمثل في إخضاع البنك للالتزام بالإعلام تجاه الزبائن، وهو الالتزام الذي كرّسته النصوص البنكية التي ألزمت كل بنك بإعلام زبونه بكل الشروط التي يطبقها على مختلف عملياته البنكية، كما ألزمته بمجموعة من

المقتضيات في إبرامه للعقود البنكية، والتي من شأنها الحدّ من اشتغالها على شروط تعسّفية. غير أنّ المتمعن في ثنايا هذه المقتضيات يستنتج ويلاحظ عدم كفايتها، ذلك لأنّها جاءت بصيغة تتصف بالعموم وتفتقر إلى التفاصيل اللازمة لتحقيق التوازن المطلوب.

مع ذلك يبقى البنك خاضعا للنصوص الخاصة المقررة لحماية المستهلك، فيخضع لواجب إعلام زبائنه المستهلكين شأنه في ذلك شأن أي مهني آخر في علاقته بالمستهلك، غير أنّ القواعد التي اشتملت عليها هذه النصوص تتسم بعدم الدقة والوضوح؛ فتارة يشار إلى المحترف بالمتدخل، وتارة أخرى بالعون الاقتصادي، وبصدد الأحكام المكرسة لواجب إعلام المستهلك، يستعمل المشرع مصطلح " البائع " مما قد يوحي أنّ تلك الأحكام تسري على بائع المنتج المادي دون مقدم الخدمة.

على الرغم من ذلك يحسب للمشرع العناية التي أولاها لقرض الاستهلاك، خشية استغلال البنك المقرض لحاجة المستهلك المقرض، فضلا عن بيان التنظيم لشروطه والوسائل الكفيلة بتحقيق واجب الإعلام بشأنه.

غير أنّه تبقى الإشارة إلى أنّ البنوك لا تزال تحظى بمركزها القوي في العقود التي تبرمها مع زبائنها المستهلكين، ولا سيما بصدد احتكارها الحصري لبعض العمليات البنكية، كعمليات تلقي الأموال من الجمهور وما يتصل بها من خدمات بنكية متنوعة، فالغالب أن لا يناقش الزبون المتعاقد معها بنود تقديمها لهذه الخدمات، وهو ما يجعل أمر انطوائها على بنود تعسفية وارد. وإن كان الزبون في هذه الحالة بإمكانه الاستفادة من الحماية المقررة له في القواعد العامة بشأن التصدي للشروط التعسّفية، إلاّ هذه الحماية تبقى قاصرة أمام عزوف زبائن البنوك عن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحقوق التي كفلتها لهم النصوص القانونية.

لذا ويهدف حماية المستهلك بصفته الطرف الضعيف في العقود البنكية، تعيّن من ناحية، أن يتدخل المشرع لتنظيم هذه العقود بقواعد قانونية أمرّة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، تسمح بتوضيح التزامات الأطراف بدقة وتمنع البنك بصفته الطرف القوي من إدراج شروط تعسّفية، وعدم الاكتفاء بإلزامه التقيد ببعض الشروط، التي تعدّ الحد الأدنى من الالتزامات التي يجب على البنوك الوفاء بها مراعاة لالتزامها بالإعلام بخصوص هذه العقود.

من ناحية أخرى وفي إطار القواعد الخاصة المقررة لحماية المستهلكين، ينبغي على المشرع توخي الدقة والوضوح في تحديده للمصطلحات، لا سيما توحيد المصطلح الدال على المحترف رفعا لأي لبس أو غموض بشأن تطبيق تلك القواعد على البنك، باعتباره المحترف في مجال تقديم الخدمات البنكية.

هذا وأمام جهل مستهلكي الخدمات البنكية بكافة المعلومات الضرورية عن هذه الخدمات، ولضعف ثقافة التقاضي لديهم أو لعدم قدرتهم على ذلك، يتعيّن على جمعيات حماية المستهلكين أن تقوم بدورها في إعلامهم وتوعيتهم التوعية الكافية والدفاع عن مصالحهم.

المهامش:

- (1) قاسم أحمد القيسي، *الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ص. 07.
- (2) أحمد رباحي، «أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسّفية في القانون الجزائري والقانون المقارن»، *مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا*، عدد 05، 2008، ص. 344.
- (3) May HAMMOUD, *La protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon – Assas et Université Libanaise, 2012, p. 205.
- (4) Voir, L'organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *Culture financière et protection des consommateurs : les oubliés de la crise*, OCDE, 2009, p.7. www.oecd.org/; Voir également, *Protection des consommateurs de services financiers et inclusion financière* (Annexe), in, Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Recommandations visant l'application des principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace à la réglementation et au contrôle des établissements acteurs de l'inclusion financière*, Bâle, Septembre 2016, p.38 ss. <http://www.bis.org/>
- (5) بنك الجزائر، *التقرير السنوي 2013: التطور الاقتصادي والنقدي للجزائر*، نوفمبر 2014، ص. 131. <http://www.bank-of-algeria.dz/>
- (6) قانون رقم 02-04، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. ج. ج.، عدد 41 صادر بتاريخ 27 يونيو 2004، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 أوت 2010، ج. ر. ج. ج.، عدد 46 صادر بتاريخ 18 أوت 2010.
- (7) قانون رقم 03-09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. ج. ج.، عدد 15 صادر بتاريخ 08 مارس 2009.
- (8) تفصيلا عن المفهوم الفقهي للمستهلك راجع: سلمة بن سعدي، *حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص: عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013/2014، ص. 09-14.
- (9) May HAMMOUD, op.cit., p. 375.
- (10) أمر رقم 11-03، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج. ر. ج. ج.، عدد 52 صادر بتاريخ 27 أوت 2003. معدل ومتمم.
- (11) كريمة تدرّست، *النظام القانوني للبنوك في القانون الجزائري*، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2003، ص. 66-67.
- (12) نقلا عن: عبد المجيد محمد عبودة، *النظام البنكي في المملكة العربية السعودية*، معهد الإدارة العامة، الرياض، 2001، ص. 23.
- (13) عزيز عبد الأمير العكيلي، «احتراف الأعمال التجارية كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر»، *مجلة الحقوق*، العدد الثاني، 1986، ص. 78 وما يليها.
- (14) انظر المادة 03 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.
- (15) المادة 09 من النظام رقم 13-01، المؤرخ في 08 أبريل 2013، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج. ر. ج. ج.، عدد 29 الصادر بتاريخ 02 يونيو 2013.
- (16) May HAMMOUD, op. cit., p. 140.

- (17) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج.، عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل ومتمم.
- (18) انظر المادة 03 من القانون رقم 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مرجع سابق.
- (19) علي جمال الدين عوض، *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. ص. 25-26.
- (20) عبد الحق قريمس، *المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات*، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010/2011، ص. 139.
- (21) Christian GAVALDA - Jean STOUFFLET, *Droit du crédit (les institutions)*, Édition Litec, Paris, 1990, p. 379.
- (22) Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, 2^e éditions, Montchrestien, Paris, 1996, pp. 250 -252.
- (23) أمر رقم 10-04، مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، والمتعلق بالنقد والقرض، ج. ر. ج. ج.، عدد 50 صادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010.
- (24) نظام رقم 94-13، مؤرخ في 02 يونيو 1994، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج. ر. ج. ج.، عدد 72 الصادر بتاريخ 06 نوفمبر 1994. ملغى.
- (25) نظام رقم 09-03 مؤرخ في 26 مايو 2009، يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج. ر. ج. ج.، عدد 53 صادر بتاريخ 13 سبتمبر 2009. ملغى.
- (26) نظام رقم 13-01، مرجع سابق.
- (27) الفقرة الأولى من المادة 05 من النظام نفسه.
- (28) المادة 04 من النظام نفسه.
- (29) الفقرة الثانية من المادة 05 من النظام نفسه.
- (30) المادة 09 من النظام نفسه.
- (31) قانون رقم 89-02، مؤرخ في 07 فبراير 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج. ر. ج. ج.، عدد 06، صادر بتاريخ 08 فبراير 1989. ملغى.
- (32) عبد الحق قريمس، مرجع سابق، ص. 120.
- (33) المرجع نفسه، ص. 122.
- (34) مرسوم تنفيذي رقم 15-114، مؤرخ في 12 مايو 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج. ر. ج. ج.، عدد 24، صادر بتاريخ 13 مايو 2015.
- (35) انظر المادة 07 من المرسوم نفسه.
- (36) انظر المادة 11 من المرسوم نفسه؛ ويشار إلى أنّ المشرع قد سبق وأن كرس هذا المقتضى بموجب نص الفقرة الرابعة من المادة 119 مكررا المدرجة ضمن أحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض بموجب الأمر رقم 10-04، فنص على أنه: « يمكن أي شخص اكتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد»، انظر الأمر رقم 10-04، مرجع سابق.
- (37) انظر المادتان: 15 و 16 من المرسوم نفسه.
- (38) علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص. 22.
- (39) عبد الرزاق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام*، مصادر *الالتزام*، دار احياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ نشر، ص. 322.
- (40) المرجع نفسه، ص. 322.
- (41) المادة 106 من القانون المدني، مرجع سابق.

- (42) لأكثر تفصيل راجع: سي الطيب محمد أمين، *الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007، ص. 42.
- (43) مرسوم تنفيذي رقم 306-06، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ج. ج.، عدد 56 صادر بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في القانون الجزائري*

Dr. HASSONA Abdelghani,
Laboratoire d'Impact de la jurisprudence sur la
dynamique de la législation,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Biskra, Algérie.

د. حسونة عبد الغني،
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بسكرة، الجزائر.

الملخص :

في إطار تنظيم وضبط العلاقات الأسرية التي تنشأ بين مختلف أفراد الأسرة من زوج وزوجة، الأصول والأبناء والبنات، عمل المشرع على إقرار حماية جنائية لها ضد عدد من السلوكات التي اعتبرها تشكل جرائم علمها، نحو الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، الحماية الجنائية للعلاقة الأبوية، الحماية الجنائية للأبناء.....

وفي هذا الإطار تدرج إشكالية هذا المقال حول ضوابط الحماية الجنائية للروابط الأسرية في القانون الجزائري؟

الكلمات المفتاحية :

الرابطة الأسرية، ترك الأسرة، قتل الأصول.

Criminal protection for family relationship in Algerian law

Abstract:

As part of the organization and standardization of family relationships. which create between different members of family as a husband and a wife , and grandparents and sons and daughters , the legislature works to authorize a criminal protection against many of behaviours that it considered as a crimes for example : the criminal protection of marital relationship , : the criminal protection of parental relationship , the criminal protection of children ...

In this context we can extract the problematic of this article which is : what are the standards of criminal protection for family relationships in Algerian law ?

Key words:

Alimony , Leave the family, Kill the parents.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/15 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

La protection pénale du lien familial en droit algérien

Résumé:

Dans le cadre de l'organisation des relations familiales, le législateur a prévu une protection pénale dans le but de lutter contre un certain nombre de comportements nocifs considérés comme étant des infractions.

Le présent article tente d'apporter quelques éclairages sur la protection pénale des relations familiales en droit algérien.

Mots clé: Lien familial, abandon de famille, crimes familiaux.

مقدمة

تستهدف المعالجة القانونية- لا سيما الجنائية- للإخلال بالضوابط المترتبة على تنظيم العلاقات الاجتماعية تحقيق غايتين، الأولى هي الردع العام والذي يتضمن معنى الوقاية، حيث تتوجه القاعدة الجنائية بخطابها إلى كافة الأشخاص لتحذيرهم من سوء عاقبة ارتكاب الجرائم وتهدد بتوقيع الجزاءات على الجناة، أما الثانية فهي الردع الخاص والذي يتضمن معنى العلاج، من خلال توقيع الجزاء على الجاني من أجل ردعه وعدم معاودة الإجرام.

ولأنّ الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة القرابة وصلة الزوجية، وتعتمد في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، و التربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية، بحسب ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين الثانية والثالثة من قانون الأسرة، حيث يترتب على أي زواج شرعي جملة من الالتزامات والحقوق المتبادلة، وأنّ أي إخلال بهذه الحقوق والالتزامات يشكل جريمة ماسة بكيان الأسرة تستوجب العقاب.

وفي إطار تنظيم وضبط العلاقات الأسرية التي تنشأ بين مختلف أفراد الأسرة من زوج وزوجة، الأصول والأبناء والبنات، عمل المشرع على إقرار حماية جنائية لها ضد عدد من السلوكات، التي اعتبرها تشكل جرائم على نحو الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية، الحماية الجنائية للعلاقة الأبوية، الحماية الجنائية للأبناء.... الخ. وفي هذا الإطار تندرج إشكالية هذه المداخلة حول ضوابط الحماية الجنائية للعلاقات الأسرية في القانون الجزائري؟

المحور الأول: الحماية من الجرائم المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية

إنّ أساس استمرار بقاء الأسرة واستقرارها وسعادتها، هو التكامل والتكافل الذي يستند إلى قيام كل فرد من أفرادها بالالتزامات العائلية الملقاة على عاتقه، وبالنظر إلى أهمية هذه الالتزامات، عمل المشرع على ضمان احترامها من خلال إسباغ الحماية الجزائية للحيلولة دون الإخلال بها، وتبرز هذه الحماية من خلال عدة صورة على نحو:

أولا/تجريم ترك الأسرة

إذا كانت الحياة الزوجية تهدف من حيث الأساس إلى تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، و تتطلب قدرا كبيرا من التعاون والتكافل بين الزوجين، كما تتطلب في نفس الوقت بذل جهد مشترك لإقامة بيت سعيد آمن ومستقر، فإنّ تخلي الزوج عن وظيفته وتركه لمقر الزوجية دون سبب جدي أو شرعي، ودون أن يترك لزوجته وأولاده مالا ينفقون منه، ودون أن يترك من يتولى رعايتهم والاهتمام بشؤونهم في غيابه يشكل جريمة يعاقب عليها القانون⁽¹⁾، وفي هذا المعنى نص المشرع على أنه يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية من 50000 دج إلى 200000 دج⁽²⁾.

— أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بسبب غير جدي...
— الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته وذلك لغير سبب جدي.

بناء على النص المذكور أعلاه، وبمفهوم المخالفة يمكن ترك مقر الأسرة أو التخلي عن الزوجة إذا كان هناك سبب جدي، حيث يتصل هذا الأخير بظروف قد تكون عائلية أو صحية أو مهنية أو قاهرة والتي يتعين على الزوج في كل الحالات إثباتها، على نحو إقامته في المستشفى للعلاج، أو مغادرته للبحث عن عمل مع الاستمرار في التكفل المادي بزوجته وأبنائه، أو ارتكب فعلا مجرما استوجب إدخاله السجن.

ثانيا/تجريم الامتناع عن تقديم نفقة مقررة قانونا

تتمثل هذه الصورة في عدم تقديم النفقة الواجبة الأداء، والتي تشتمل حسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري في إطار أحكام قانون الأسرة على الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع قد أوجب هذه النفقة لصالح الابن على الأب، حيث أكد من خلال المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري أنّه تجب نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال، فالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب، كما أوجب المشرع هذه النفقة لصالح الزوجة على زوجها تأسيسا على المادة 74 من قانون الأسرة التي تنص على تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها إليه ببيئته، كما وسّع المشرع استحقاق نفقة الأصول على الفروع ونفقة الفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة، وذلك بحسب المادة 77 من قانون الأسرة.

وبالنظر إلى أهمية الالتزامات المادية أو النفقة بالنسبة لحياة ومعيشة الأشخاص الدائنين بها والمذكورين أعلاه، كفل المشرع للدائنين بها ضمانا قانونية ذات بعد جزائي، برزت

من خلال قانون العقوبات حيث أكد على ذلك المشرع بقوله أنه يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وغرامة من 50000 د ج إلى 300000 د ج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعها وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم⁽⁴⁾.
ومما سبق، تجدر الإشارة أنه يشترط لإثبات قيام جريمة الإهمال في، ترك الأسرة والامتناع عن تسديد نفقة مقررة قانونا والعقاب عليهما، أن يكون هذا الإهمال مقترنا بعنصر زمني يتمثل في قيام هذا الإهمال لمدة تزيد عن شهرين كاملين، وهذا بعد استصدار حكم قضائي نهائي يقضي بالعدول عن هذا الإهمال، و يلزم بالقيام بالالتزامات العائلية أو بتقديم النفقة الواجبة الأداء.

فضلا على أن يكون هذا التخلي عن الأسرة أو الامتناع عن الدفع صادر عن عمد وقصد، وقد افترض المشرع كأصل عام أن الامتناع عن الدفع يعتبر عمديا ما لم يثبت العكس، حيث لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك، أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حالة من الأحوال⁽⁵⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أنه من الناحية الإجرائية، و خلافا لغالبية جرائم القانون العام، التي تتيح للسلطات القضائية ممثلة في النيابة العامة صلاحية تحريك الدعوى العمومية بخصوصها من تلقاء نفسها، يبقى تحريك الدعوى العمومية المتعلقة بجريمة الإهمال العائلي المادي معلقة على شرط تقديم شكوى من الشخص المتضرر من الإهمال⁽⁶⁾.

وحفاظا على استقرار الأسرة وانسجامها، ولأنّ الغاية النهائية من المتابعة عن جريمة الإهمال العائلي المادي ليست هي توقيع العقاب على المدين بالنفقة أو المتخلي عن التزاماته العائلية، وإنما هي دفعه إلى تنفيذ الالتزامات الأصلية بالعدول عن الإهمال المادي، نص المشرع من خلال المادة 331 في فقرتها الثالثة على أنّ صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة يضع حدا للمتابعة الجزائية.

ثالثا/الإهمال المعنوي للأبناء

تتمثل المهمة الأساسية للأباء تجاه أبنائهم في ضمان توفير الرعاية والتربية لهم، وذلك انسجاما مع موقف المشرع الجزائري البارز من خلال قانون الأسرة لا سيما المادة 62 منه، و التي جاء فيها أنّ الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته وحفظه صحة وخلقاً. وفي هذا الإطار ولضمان تحقيق المهمة المذكورة أعلاه، رتب المشرع على الإخلال بها أو عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها توقيع عقوبات ذات طبيعة جزائية، حيث نص على أنه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 25000 د ج إلى 100000 د ج أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض

أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو أن يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو أن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أم لم يقض بإسقاطها⁽⁷⁾.

نستنج من هذه المادة أنّ الإهمال المعنوي للأبناء ينصرف إلى صورتين من الأفعال، الصورة الأولى أفعال ذات طابع مادي، وتتحقق بسوء المعاملة وإهمال رعاية الأولاد، والتي تكون في صورة أعمال ايجابية كضرب الولد أو في صورة أعمال سلبية بالامتناع عن الرعاية كعدم تقديم العلاج، أما الصورة الثانية من الأفعال فتتمثل في الأفعال ذات الطابع الأدبي، والتي تتحقق في إعطاء المثل السيئ الذي يتجسد بالاعتياد على السكر وسوء السلوك كالقيام بأعمال منافية للأخلاق والآداب العامة⁽⁸⁾.

كما يتضح أيضاً من خلال المادة المذكورة أعلاه، أنه يتعين أن تكون أعمال الإهمال المعنوي المشار إليها ذات طبيعة متكررة، كما يتضح ذلك من تعبير اصطلاح الاعتياد على السكر، وكما يستنتج ذلك أيضاً من السياق العام للتجريم، يفترض أن تكون هذه الأعمال قد عرضت صحة الأطفال أو أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم، فمثل هذه النتائج تقتضي بالضرورة تكرار السلوكيات المجرمة⁽⁹⁾.

المحور الثاني: الحماية الجنائية من جرائم العرض داخل الأسرة

تعدّ جرائم العرض التي تحدث داخل الأسرة من أهم العوامل المؤدية إلى تفكيك الأسرة وانهيارها، كونها تهز بالثقة والأمان اللذين يربطان أفراد الأسرة أو العائلة، لهذا تدخل المشرع الجزائي وجرم هذه الأفعال وفق رؤية ومنهج معين، وفي هذا الإطار جرم الفاحشة بين المحارم وكذا جرم الزنا أو الخيانة الزوجية.

أولاً/تجريم الفاحشة بين المحارم

تعدّ الفاحشة بين المحارم من بين أهم العوامل المؤدية لانهيار الأسرة، و إهانة كرامتها وانتشار الأمراض بين أفرادها، لما فيها من معاني البشاعة التي تتعارض مع الأخلاق والطبائع البشرية والقيم الإنسانية مهما اختلفت عقائد بني البشر، ناهيك عن استغلال السطوة والمكانة التي تكون لأحدهم عن الآخر⁽¹⁰⁾، لهذا عاقب المشرع الجزائي على هذه الجريمة بموجب المادة 337 مكرر من قانون العقوبات، حيث اعتبرت أنه يعدّ من الفواحش بين المحارم

العلاقات الجنسية التي ترتكب بين :

- 1- الأقارب من الأصول والفروع،
- 2- الإخوة والأخوات الأشقاء أو من الأب أو الأم،
- 3- بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخوانه الأشقاء أو من الأب أو الأم
- 4- الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه مع أحد فروعهم .

5- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر .

6- من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت .

ونشير إلى أنّ المشرع وفقا للمادة 337 مكرر المذكورة أعلاه، قد عاقب على هذه الجريمة بعقوبات متباينة وذلك بحسب الأشخاص المتورطين في هذه الجريمة ودرجة قرابتهم، حيث شدّد في العقاب على الحالتين الأولى والثانية، بأن كيّف الجريمة على اعتبار أنّها جنائية وفرض عليها عقوبة السجن الذي يتراوح من عشر إلى عشرين سنة، في حين عاقب على الحالات 03 و04 و05 بالحبس من خمس إلى عشر سنوات، أما الحالة 06 فقد أقرّ لها عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات .

كما قرر المشرع في حالة قيام العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول نفس العقوبات المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع والأصول، بحسب الفقرة 09 من ذات المادة 337 مكرر، هذا وقد أتم المشرع هذه المادة بتقرير عقوبة تكميلية، تتمثل في وجوب إسقاط الولاية أو الكفالة عن الأب أو الأم أو الكافل المدان في هذه الجريمة .

من جهة أخرى وضع المشرع ضابطا جزائيا يتعلق بنسبة مقدار العقوبة التي تطبق على الأشخاص المتورطين في هذه الجريمة، حيث جعل مقدار العقوبة التي يحكم بها على الشخص الراشد تفوق وجوب العقوبة المحكوم بها على الشخص القاصر البالغ من العمر 18 سنة، إذا تمت جريمة الفواحش بين شخص راشد وشخص قاصر يبلغ 18 سنة .

وتجدر الإشارة إلى أنّ جريمة الفحش إذا وقعت على فتاة يقل عمرها عن ستة عشر سنة، وكان الفاعل من أحد أصولها، فإنّها تأخذ وصف هتك عرض قاصر ذي محرم ويشدّد العقاب على الفاعل الذي يعاقب بالسجن المؤبد⁽¹¹⁾ .

ثانيا/تجريم الخيانة الزوجية (جريمة الزنا)

إنّ هدف الزواج هو إحصان الزوجين، وهذا يرتب على عاتقهما التزاما بالاحترام المتبادل وصوره شرف وعرض بعضهما حماية لكيان الأسرة بصفة عامة ضد الجرائم الخلقية، ومن الأفعال الماسة بهذا الالتزام جريمة الزنا، وبهذا المفهوم يعتبر الزنا فعلا إجراميا ينبغي دفعه بأسلوب ردعي عقابي، كونه من أخطر الجرائم المدمرة للحياة الزوجية، و لما فيها من إخلال بعهد الزواج الذي هو من الأسس التي يقوم عليها النظام الاجتماعي⁽¹²⁾ .

و في هذا الإطار عاقب المشرع الجزائري على جريمة الزنا بنصه على أنّه يقضي بعقوبة الحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبيق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنّها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته .

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة⁽¹³⁾.

يتضح من هذه المادة، أنه لقيام جريمة الزنا وترتيب العقوبات المشار إليها أعلاه، أن تتم العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة أثناء قيام العلاقة الزوجية الصحيحة لأحدهما على الأقل، ذلك أن للزنا في القانون الجنائي الجزائري معنى اصطلاحي خاص، فهو لا ينصرف إلى المعنى المعروف في الشرائع الدينية، بل هو مقتصر على حال زنا الشخص المتزوج حالة قيام الرابطة الزوجية، أما الأفعال التي تحصل من غير المتزوج فلا تعتبر زنا وإنما تأخذ وصفاً آخر على نحو الفعل المخل بالحياة.

كما يتضح من خلال هذه المادة، أنّ المشرع من أجل المتابعة على جريمة الزنا وتوقيع العقوبات المشار إليها أعلاه، قد وضع ضابطاً إجرائياً يتمثل في الشكوى التي يتعين تقديمها من الزوج المتضرر، والتي يؤدي سحبهما من طرف هذا الأخير إلى وقف المتابعة الجزائية للجاني بشكل تام.

ويرجع ذلك في تقديري، إلى سعي المشرع إلى حماية مصلحة أخرى مقابلة وهي الحفاظ على تماسك الأبناء بأسرتهم وأبائهم، خاصة إذا كانوا قصراً وذلك من خلال إبقاء هذه الجريمة في طي السر والكتمان، حتى لا يؤثر ذلك على الحالة النفسية والاجتماعية للأبناء.

من جهة أخرى، وفضلاً عن العقوبات الجزائية التي سبق بيانها أعلاه، يترتب على جريمة الزنا بعض الآثار القانونية الأخرى، على نحو حق الزوجة المتضررة في رفع دعوى التطلاق بسبب الضرر، مع استفادتها من كل الحقوق المترتبة عن هذا الطلاق طبقاً للمادة 53 من قانون الأسرة، أما إذا كان الزوج هو المتضرر فإنه يسقط حق الزوجة في الحقوق المترتبة على الطلاق.

وفي الأخير وعلى الرغم من أنّ المشرع لم يشدّد في العقوبة على الزوج المضبوط بارتكاب جريمة الزنا (سنتين كحد أقصى)، إلا أنه في المقابل مكّن الزوج المتضرر من الاستفادة من الأعذار القانونية المخففة للعقاب، في حالة قيامه بقتل أو ضرب أو جرح الزوج المتلبس بالزنا وشريكه لحظة مفاجأته بفعله هذا طبقاً للمادة 279 قانون العقوبات.

حيث يقتضي الاستفادة من العذر القانوني، أن تكون جريمة القتل معاصرة زمنياً بين المفاجأة بالزنا وما ينتج عنه من استفزاز يؤدي إلى ارتكاب جريمة القتل، وهذا الشرط مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعلة من تخفيف العقاب، أما إذا ارتكبت جريمة القتل بعد انقضاء مدة من الوقت فإنّ ذلك يؤدي إلى انقضاء العذر القانوني، لأنّ هذه الفترة تكون كافية لكي يسترد الشخص وعيه وسيطرته على أعصابه بشكل يذهب معه استفزازه النفسي⁽¹⁴⁾.

ومع ذلك لم يعالج المشرع الجزائري حالة اصطدام هذا العذر بحالة الدفاع الشرعي، الذي يمكن أن يدفع بها الزوج المتلبس بالزنا أو شريكه الاعتداء الواقع عليهما من الزوج المستفز من جريمة الزنا، وبهذا يكون الجناة قد ارتكبا جريمة الزنا في حق عرض وشرف الزوج المتضرر، وعند محاولة هذا الأخير الدفاع عن عرضه وشرفه رد عليه الجناة بالزنا الاعتداء تحت ستار الدفاع الشرعي فقتلاه، ومع ذلك يمتنع المتابعة الجزائية ضدهما عن جريمة القتل بحجة الدفاع الشرعي، وكذا عدم المتابعة عن جريمة الزنا لارتباطها بشرط الشكوى من الزوج المتضرر وهذا الأخير يكون قد قتل وفارق الحياة، وعليه يتعين على المشرع التدخل لمعالجة هذا الوضع بمنح النيابة الحق في استرداد تحريك الدعوى عن جريمة الزنا.

المحور الثالث: الحماية الجنائية للأصول

يحتل الأصول مكانة بارزة في قوام كل أسرة، ذلك أنهم أساس وجودها وكذا أساس إعالمتها على الأقل في مراحل عمرها الأولى، ومن ثم كان واجب احترامهم وعدم أو المساس بهم الاعتداء عليهم بالضرب أو الجرح، ومن باب أولى القتل وهي الأعمال التي جرّمها المشرع الجزائري في قانون العقوبات .

أولا/ تجريم ضرب وجرح الأصول

بالمقارنة مع الجزاءات المقررة لجريمة الضرب، التي تحدث في الأحوال العادية بين أشخاص لا تربطهم صلة قرابة، و التي أقرّ لها المشرع عقوبة الحبس من 10 أيام إلى شهرين إذا لم ينشأ عن الضرب أو الجرح أي مرض أو عجز كلي عن العمل، أما إذا حدث عن هذا الضرب عجز عن العمل فالعقوبة المقررة لها الحبس من سنة إلى خمس سنوات، في حين إذا تسبب عن الضرب عاهة مستديمة فالعقوبة المقررة هي السجن من 05 إلى 10 سنوات⁽¹⁵⁾. ونشير إلى أنّ المشرع قد عمل من خلال المادة 267 من قانون العقوبات على التشديد في الجزاءات المقررة لجريمة ضرب الأصول، بأن فرض على مرتكبها عقوبة الحبس المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات، إذا لم ينشأ عن الضرب أو الجرح أي مرض أو عجز كلي عن العمل، أما إذا نشأ عن الضرب عجز لمدة تزيد عن 15 يوما فالعقوبة المقررة هي عشر سنوات، في حين إذا ثبت عن هذه الجريمة عاهة مستديمة فالعقوبة المقررة هي السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة .

يتبين مما سبق، أنّ المشرع قد أولى عناية خاصة لحماية القيم الاجتماعية القائمة، إلى وجوب منح الاحترام اللازم للأصول ومنع كل اعتداء يمسهم من طرف فروعهم، لهذا شدّد وضاعف العقوبات على كل من تسول له نفسه ارتكاب هذه الجريمة .

ثانيا/تجريم قتل الأصول

جريمة قتل الأصول هي قتل الأبناء والأحفاد لأبائهم وأمهاتهم وأجدادهم وجداتهم، بحسب ما نصت عليه المادة 258 من قانون العقوبات من أنّ قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم أو أي أحد من الأصول الشرعيين، وعاقب على هذه الجريمة من خلال المادة 261 من ذات القانون التي جاء فيها أنّه يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة قتل الأصول .

مما سبق يتضح، أنّ جوهر هذه الجريمة هو أن يكون المجني عليه أحد أصول الجاني كالأب أو الأم أو الجد أو الجدة، فصلة القرابة هي الرابط المباشر التي تربط الجاني بالمجني عليه، وتكمن العلة من وراء تشديد المشرع العقاب على هذه الجريمة، بأن جعل عقوبة هذه الجريمة الإعدام هو علاقة الثقة والاطمئنان التي تربط بين الجاني والمجني عليه⁽¹⁶⁾، على خلاف العقوبة المقررة لجريمة القتل بشكل عام والتي تتمثل في السجن المؤبد طبقا للفقرة 02 من المادة 263 من قانون العقوبات، حيث يستغل الجاني هذه الثقة ويرتكب جريمته، كالابن الذي يقتل والده طمعا في ثروته، وعلى هذا الأساس عمل المشرع على أن لا يستفيد من الأعدار القانونية المخففة للعقاب، الجاني الذي يقتل أصوله طبقا للمادة 282 من قانون العقوبات .

وفضلا عن عقوبة الإعدام المشار إليها أعلاه، وضع المشرع لهذه الجريمة عقوبة من نوع آخر تتمثل في حرمان الجاني من الميراث، إذا ثبت أنّ فعله هذا كان عن قصد وعدوان طبقا للمادة 135 ف 02 التي تنص على أنه يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم...قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

المحور الرابع : الحماية الجنائية للأبناء

تضمّن قانون العقوبات جملة من القواعد العقابية، و التي وضعت من أجل حماية الأبناء القصر خلال مختلف مراحل نشأتهم من كل اعتداء قد يقع على حياتهم أو أجسامهم أو حتى أخلاقهم، من طرف أصولهم وأوليائهم، حيث رتب المشرع على ذلك توقيع جزاءات متناسبة مع الأضرار الناجمة عن هذا الاعتداء .

أولا/تجريم قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة

المقصود بجريمة قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة في هذا المقام، يفترض وجود فعل اعتداء مميت من قبل الأم على طفلها، أي يتطلب توفر فعل ايجابي أو سلبي يهدف إلى إزهاق روح الطفل المولود حيا بأي وسيلة كانت، كالخنق والغرق والتربس دون غداء أو عدم ربط الحبل السري عند الولادة، أو غير ذلك من المسائل التي لا تخضع للحصر إما لاتقاء العار والفضيحة أو لسبب آخر، حيث يستوي في ذلك أن يكون الطفل شرعيا أو غير شرعي⁽¹⁷⁾ .

و في هذا الصدد نص المشرع من خلال المادة 261 من قانون العقوبات على أنّه تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من

عشر سنوات إلى عشرين سنة، على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة.

وبمقارنة العقوبة التي أقرها المشرع لهذه الجريمة مع ما جاء في المادة 272، لا سيما الفقرة 04 منها المتعلقة بالعقوبة المقررة لجريمة قتل الأصول لأبنائهم والتي تصل إلى الإعدام، نستشف التخفيف الذي أقره المشرع في جريمة قتل الأم لوليدها حديث الولادة، مراعيًا في ذلك حالتها النفسية والعصبية لها دون سواها ممن ساهموا أو اشتركوا معها في هذا التخفيف. في المقابل نسجل على المشرع إغفاله لتحديد المدة الزمنية الأقصى من بعد الولادة لاعتبار طفل ما أنه حديث العهد بالولادة، أو الظروف الموضوعية لذلك، حتى يمكن معها تطبيق هذا النص بشكل موضوعي، وعدم فتح المجال للاحتجاج بهذا العذر للتهرب من المسؤولية.

ثانياً/تجريم ترك الأطفال وتعريضهم للخطر

إنّ جريمة ترك الأطفال وتعريضهم للخطر، يعدّ ترجمة لعدم توفر صلات عاطفية تربط بين كل من أطراف الحياة الزوجية والأسرية، وخاصة بين الآباء وأبنائهم، وأيضا انعدام تكامل الأسرة⁽¹⁸⁾.

وبالنظر إلى هذا الاختلال في العلاقات العاطفية المؤدي إلى ترك الأبناء وتعريضهم للخطر، تدخل المشرع بفرض عقوبات متنوعة تتناسب والآثار الناجمة عن هذا الترك، حيث ضاعف وشدّد في العقوبات المقررة على هذه الجريمة عندما يرتكبها شخص يعدّ من أصول الضحية، وذلك على النحو التالي:⁽¹⁹⁾

1- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في حالة ترك طفل وعرضه للخطر في مكان غير خال من الناس.

2- الحبس من سنتين إلى 05 سنوات في حالة ما إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما.

3- السجن من 05 سنوات إلى 10 سنوات إذا حدث للطفل بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.

4- السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة في حالة ما إذا أدى هذا الترك أو التعريض للخطر في وفاة هذا الطفل.

ثالثاً/تجريم الاعتداء على الأبناء بالضرب والجرح

شدّد المشرع من خلال المادة 272 من قانون العقوبات على الآباء والأصول أو من لهم سلطة قانونية على الأطفال، والذين يعتدون على فروعهم القصر أو من هم تحت وصايتهم

بالضرب والجرح، بفرض عقوبات متناسبة مع الأضرار التي تم تسببها للابن القاصر وذلك على النحو التالي :

1- إذا كانت الوقائع تشكّل ضرباً أو جرحاً عمداً ضد قاصر من فروع المتهم لم يبلغ سن 16 سنة من عمره، أو منع عنه الطعام أو العناية عمداً مما يعرّض صحته للضرر أو ارتكب ضده أي عمل آخر من أعمال العنف والتعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة مالية من 20001 إلى 100000 دينار .

2- إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو التعدي أو الحرمان من الطعام والعناية مرضاً أو عدم القدرة على الحركة أو عجز عن العمل لأكثر من 15 يوماً فإنه يعاقب بالسجن المؤقت من 05 سنوات إلى 10 سنوات .

3- إذا كانت الوقائع تشكّل ضرباً أو جرحاً عمداً ضد قاصر من فروع المتهم لم يبلغ سن 16 سنة من عمره، أو منع عنه الطعام أو العناية عمداً مما يعرّض صحته للضرر، أو ارتكب ضده أي عمل آخر من أعمال العنف والتعدي قد نتج عنها فقد أو بتر أحد أعضاء الجسم أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو ترك عاهة مستديمة فإنه يعاقب بالسجن المؤبد.

4- إذا كانت الوقائع المذكورة في الفقرات السابقة قد تسببت في وفاة الطفل القاصر المقصود تحقيقها فإنّ المتهم يعاقب بالإعدام .

بمقارنة الجزاءات المنصوص عليها في الفقرات الأربعة المذكورة أعلاه مع الجزاءات المقررة لنفس الجرائم وفق القواعد العامة لا سيما المواد 269 و270 و271 من قانون العقوبات، أي عندما يكون الجاني من الغير وليس من أحد الأصول الأبناء الضحايا، نلاحظ التشديد الكبير في العقاب الذي فرضه المشرع على الآباء والأصول الذين يقومون بالاعتداء على أبنائهم، انطلاقاً من طبيعة العلاقة التي تربط بين الأصول وفروعهم القصر التي تقتضي وتجعل من الفروع القصر بمثابة الأمانة لدى الأصول التي لا تحتاج إلى توصية، والاعتداء عليهم أو المساس بحق من حقوقهم يعتبر بمثابة خيانة الأمانة التي تستوجب التشديد في العقاب .

من جهة أخرى يمكن القول أنّ المشرع قد أحسن عندما لم يحم بحصر الجزاءات المقررة للجرائم المذكورة أعلاه على الآباء والأصول فقط، ووسّع ذلك ليشمل كل شخص له سلطة على الأطفال، حيث يقوم هذا الشخص بالحلول محل الآباء والأصول في رعاية وحماية الأبناء.

خاتمة

عمل المشرع الجزائري وفي إطار سياسته المتعلقة بالحد من الجرائم الأسرية على وضع مجموعة ضوابط تستهدف تحقيق هذه الغاية، وفي هذا الإطار نخلص إلى النتائج التالية :

1- جرّم المشرع فعل الإخلال بالالتزامات العائلية والزوجية، ورتب عليها جزاءات إذا اقترن هذا الفعل بضابطين أساسيين، الأول التخلي عن هذه الالتزامات لمدة تزيد عن شهرين كاملين،

والثاني ضرورة تقديم شكوى من طرف المتضرر من فعل الإخلال، ومع ذلك يمكن الإخلال بهذه الالتزامات إذا كان هناك سبب جدي، قد يتصل بظروف قد تكون عائلية أو صحية أو مهنية أو قاهرة، والتي يتعين على الزوج في كل الحالات إثباتها.

2- شددّ المشرع في العقاب على جرائم الفاحشة بين المحارم، و خاصة إذا تمت هذه الجريمة بين الأصول وفروعهم أو بين الإخوة والأخوات، حيث تصل العقوبات إلى السجن المؤبد في حالة قيام الجريمة بين بنت قاصر يقل عمرها عن 16 سنة وأحد أصولها.

3- عاقب المشرع على جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين، إلا أنه ضبط توقيع هذه العقوبة بكون المتورطين فيها أو أحدهما على الأقل متزوج، فضلا عن ضرورة تقديم شكوى من الزوج المتضرر، من جهة أخرى.

4- لم يعالج المشرع الجزائري حالة اصطدام هذا العذر بحالة الدفاع الشرعي، الذي يمكن أن يدفع بها الزوج المتلبس بالزنا أو شريكه الاعتداء الواقع عليهما من الزوج المستفز من جريمة الزنا، يمتنع المتابعة الجزائية ضدّهما عن جريمة القتل بحجة الدفاع الشرعي، وكذا عدم المتابعة عن جريمة الزنا لارتباطها بشرط الشكوى من الزوج المتضرر وهذا الأخير يكون قد قتل وفارق الحياة، وعليه يتعين على المشرع التدخل لمعالجة هذا الوضع بمنح النيابة الحق في استرداد تحريك الدعوى عن جريمة الزنا.

5- أقر المشرع لجريمة قتل الأصول لأبنائهم عقوبات تصل إلى الإعدام، إلا أنه عندما يتعلق الأمر بجريمة قتل الأم لوليدها حديث الولادة خفف العقاب إلى الحبس لمدة لا تتجاوز سنتين، مراعيًا في ذلك حالتها النفسية والعصبية لها دون سواها ممن ساهم أو اشترك معها في هذا التخفيف، إلا أنه في المقابل نسجل على المشرع إغفاله لتحديد المدة الزمنية الأقصى من بعد الولادة لاعتبار طفل ما أنه حديث العهد بالولادة، أو الظروف الموضوعية لذلك، حتى يمكن معها تطبيق هذا النص بشكل موضوعي، وعدم فتح المجال للاحتجاج بهذا العذر للتهرب من المسؤولية.

الهوامش:

(1) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 11.

(2) الفقرة 03 و04 من المادة 330 من الأمر 156-66 المعدل والمتمم، المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 49.

(3) المادة 78 القانون 84-11 المعدل والمتمم، المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24.

(4) الفقرة 01 المادة 331 من الأمر 156-66 مرجع سابق.

(5) الفقرة 02 من المادة 331 من الأمر 156-66 مرجع سابق.

(6) الفقرة 03 من المادة 330 من الأمر 156-66 مرجع سابق.

- (7) الفقرة 04 من المادة 330 من الأمر 156-66 مرجع سابق ..
- (8) عمامرة مباركة، الإهمال العائلي وعلاقته بالسلوك الإجرامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص علم الإجرام وعلم العقاب، جامعة باتنة، 2010-2011، ص 24 .
- (9) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 158.
- (10) كامل السعيد، شرح قانون العقوبات : الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 261.
- (11) المادة 337 من من الأمر 156-66 مرجع سابق .
- (12) بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص علوم جنائية وعلوم الإجرام، جامعة تلمسان، 2010، ص 17.
- (13) المادة 339 من الأمر 156-66 مرجع سابق .
- (14) دنيا محمد صبيحي، الحماية الجنائية للأسرة : دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 523.
- (15) المادة 264 من الأمر 156-66 مرجع سابق .
- (16) وسيم ماجد إسماعيل، الجرائم الماسة بالأسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص 26
- (17) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 91 .
- (18) بوزيان عبد الباقي، مرجع سابق، ص 74
- (19) المادة 315 من الأمر 156-66 مرجع سابق .

مبدأ الفصل بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي*

Dr. KHECHMOUNE Malika,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Univeristé de Jijel, 18000, Jijel, Algerie.

د.خشمون مليكة،
قسم الحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة جيجل ، 18000، جيجل، الجزائر.

الملخص:

يدور هذا البحث حول مبدأ الفصل بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي، ويركز على زمن النبي ﷺ، وزمن الخلافة الراشدة، باعتبار تلك الحقبة الزمنية التي تشكل النموذج الحقيقي للحكم الإسلامي.

وبعد البحث في القواعد التي يؤسس عليها الحكم في الإسلام، وفي كيفية تنظيم السلطات وممارستها في هذه الفترة الزمنية، تبين أن نظام الحكم في الإسلام ذو طبيعة خاصة، لأنه يقوم على مبادئ إلهية سامية وراقية عن تلك المكرسة في النظم الدستورية، وأن فكرة الاستبداد كانت مستبعدة من الحكم الإسلامي في تلك الفترة، لأن من يتولى الحكم أو القضاء لا بد أن يتوفر ابتداء على شروط تحول بينه وبين الاستبداد، ومنها العدالة والاستقامة.

كما تبين أن جوهر مبدأ الفصل بين السلطات كان موجودا في نظام الحكم في الإسلام، ولا يتنافى معه، ومجسدا ولو نسبيا في فصل السلطة التشريعية عن غيرها.

أما ربط غياب هذا المبدأ بحتمية الظلم والاستبداد فهي مغالطة، بدليل أن الحكم في العهد الإسلامي حقق العدالة والمساواة وكفل الحريات لجميع الناس وما ساد الاستبداد إلا بعد ابتعاد الناس عن شرع الله ومنهجه.

الكلمات الدالة:

النظام السياسي، مبدأ الفصل بين السلطات، السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، السلطة القضائية، الدولة، الحق، الحريات العامة، العدل، الحكم.

* تم استلام المقال بتاريخ 2016/11/15 وتم تحكيمه بتاريخ 2016/12/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

The principle of separation of power in the Islamic political system

Abstract:

The present research treats the principle of separation of powers in the Islamic political system, especially at the time of the prophet Muhammad (peace be upon him), and the time of the rightly guidance (rightly Caliphate), since that period constitutes the right model of the Islamic governance.

After having studied the rules on which the governance of the Islamic is based and how the powers are organized and practiced during that period, it has been revealed that the system of governance of Islam is of a special nature, because it is based of eminent and sublime divine principles that are superiors of the principles devoted on the constitutional systems.

The idea of despotism was excluded from the Islamic governance, as governor or judge has initially to satisfy some conditions in order to get further away from despotism, among others, fairness and uprightness.

It has been unveiled that the principle of separation of powers spirit was established of the system of governance in Islam, they are not contradicted, and it has been carried out even relatively on the separation of legislative power from the others.

The link of absence of this principle with the injustice and despotism determinism is a wrong idea, as the governance at the Islamic era has realized justice and equality, as well as liberties to all people, the despotism has ruled when people leaved Allah's law and way.

Key words:

Political system, principle of separation of powers, legislative power, executive powers, judicial powers, state, right, public liberties, justice, governance.

Le principe de séparation des pouvoirs dans Le système politique islamique

Résumé :

Cette recherche tourne autour du principe de la séparation des pouvoirs dans le système politique islamique, en se concentrant sur l'époque du prophète Mohamed et des Califats, considérant cette époque comme une étape qui constitue la véritable forme de gouvernance islamique.

Cependant, après avoir cherché dans les règles qui régissent le pouvoir en *Islam* et dans les modalités d'organisation des pouvoirs et ses pratiques pendant cette période, il nous paraît que le système de gouvernance *Islamique* est de nature particulière puisque il est basé sur des principes divins et sublimes que ceux qui sont consacrés dans les systèmes constitutionnels, ainsi l'idée de la tyrannie a été exclue du modèle de gouvernance *Islamique* basé sur la justice et l'équité.

Il est également connu que le principe de séparation des pouvoirs était présent dans le système de gouvernement *Islamique* ; il n'est aucunement incompatible avec lui.

Par contre, le fait de lier l'absence de ce principe sous prétexte de l'injustice et de la tyrannie est une erreur, comme en témoigne toute la justice, l'égalité et les libertés garanties à toutes personnes à l'époque du Prophète.

Mots clés :

Système politique, principe de séparation des pouvoirs, pouvoir législatif, pouvoir exécutif, pouvoir judiciaire, Etat de droit, libertés publique, équité.

مقدمة

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات أسلوباً فنياً دستورياً يعمل على التوفيق بين السلطة المطلقة للحكام وتحقيق الديمقراطية التمثيلية للشعب.

ونظراً لأهمية هذا المبدأ ودوره في تحديد العلاقة بين السلطات العامة في الدولة وإرساء دعائم الديمقراطية فيها فقد حظي المبدأ بعناية فائقة واهتمام ملحوظ في الفكر السياسي والدستوري قديماً وحديثاً، حتى أضحى هذا المبدأ عنواناً وسمّة للأنظمة الديمقراطية يقاس به مدى تقدم الدول وتحرر الشعوب .

على ضوء ما سبق هل يمكن الجزم بالقول أن مبدأ الفصل بين السلطات هو اكتشاف تفردت به الأنظمة السياسية الحديثة ؟ أم أنه ميراث مشترك بين الحضارات والدول قيماً وحديثاً ومنها النظام السياسي الإسلامي ؟

ومن تم فالإشكالية التي تعالجها هذه المداخلة تدور حول تساؤل رئيس يتمثل في مدى تبني النظام السياسي لمبدأ الفصل بين السلطات؟ وضمن هذا التساؤل تندرج تساؤلات فرعية منها، هل عرفت القواعد الدستورية التي يؤسس عليها نظام الحكم في الإسلام مبدأ الفصل بين السلطات؟

وهل تتفق طريقة تنظيم السلطات وممارستها في الإسلام مع جوهر هذا المبدأ؟

والإجابة عن هذه التساؤلات تكون على النحو الآتي:

المبحث الأول : مكانة مبدأ الفصل بين السلطات في العصر الحديث .

المبحث الثاني : القواعد الدستورية التي يقوم عليها النظام السياسي الإسلامي.

المبحث الثالث : كيفية تنظيم السلطات في النظام السياسي الإسلامي (نماذج عن الممارسة من السيرة النبوية، ومن عمل الخلفاء).

الخاتمة.

المبحث الأول : مكانة مبدأ الفصل بين السلطات في العصر الحديث .

إن مبدأ الفصل بين السلطات صيغ بشكل واضح في العصر الحديث، في كتاب مونتيسكيو "روح القوانين" الذي صدر سنة 1748⁽¹⁾، حيث دعا إلى ضرورة الفصل بين السلطات في الدولة للتخلص من السلطة المطلقة للملوك والحكام والأساس الذي يحول دون وقوع ذلك في الدولة لنّ السلطة لا تحدّها ولا توقفها إلاّ السلطة، وقد أقام مونتيسكيو نظريته تلك على مبررين:

الأول: يتمثل في كون جعل السلطات جميعا في يد هيئة واحدة لا محالة سيؤدي إلى الاستبداد والاستئثار بتلك السلطة دون الغير، وهذا طبع في الإنسان وفي ذلك يقول: "التجربة الأبدية أثبتت أنّ كل إنسان يتمتع بسلطة لا بد أن يسيء استعمالها إلى أن يجد الحدود التي توقفه، إنّ الفضيلة نفسها في حاجة إلى حدود، ولكي لا يمكن إساءة استعمال السلطة فإنّه يجب أن يكون الأساس أنّ السلطة توقف السلطة"⁽²⁾.

وهذا التبرير مقبول ويتفق مع الطبيعة البشرية وقد ورد في القرآن الكريم ما يؤكد ذلك قال الله تعالى ﴿...كَلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنَّا كَافِرٌ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا﴾⁽⁴⁾، وقوله تعالى ﴿إِنَّ الْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوا أَعْرَءَ أَهْلِهَا آذِلَّةً وَكَذَلِكَ يَفْعَلُونَ﴾⁽⁵⁾، فالنفس البشرية ميّالة بطبعها إلى الظلم والاستبداد ولا بد لها من حدود ومن رادع يمنعها.

الثاني: إنّ تحقيق احترام القوانين في المجتمع وتطبيقها على الكافة تطبيقا صحيحا وسليما لا يأتي إلا من خلال قيام السلطات في الدولة على مبدأ الفصل وتوزيع الوظائف بينها ورسم الحدود لكل سلطة حتى لا تعتدي على السلطات الأخرى.

لكن هذا التبرير الثاني لا يمكن التسليم به مطلقا واعتباره معيارا وحيدا لتحقيق العدالة والديمقراطية ومنع الاستبداد في الدولة _ كما سيأتي بيانه لاحقا _ مع العلم أن تلك المكانة التي حظيت بها أفكار مونتيسكيو في العصر الحديث تعود أساسا، للمزايا الكثيرة التي تضمنها مبدأ الفصل بين السلطات .

المبحث الثاني: القواعد التي يقوم عليها النظام السياسي الإسلام.

تشكل السلطة السياسية في الدولة الإسلامية إحدى الموضوعات المهمة التي استدعت اهتمام علماء وفقهاء الشريعة في كل العصور⁽⁶⁾.

وهذه الأهمية والمكانة لموضوع الخلافة بشكل عام، تدور حول درء المفسد وجلب المصالح للناس كافة في كل مكان وزمان.

ففي منزلة الخلافة والإمامة يقول الماوردي "رحمه الله" "الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا"، وعرفها ابن خلدون بقوله: "حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها، إذ أصول الدنيا ترجع كلّها عند الشارع إلى اعتبارها بمصالح الآخرة فهي في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا"⁽⁷⁾.

ولما كان الأمر كذلك وحتى لا تحيد السلطة عن هدفها ذلك، فقد قررت الشريعة الإسلامية قواعد ومبادئ عامة يقوم عليها نظام الحكم وتقيد الحاكم في سياسته وخلافته، وهذه القواعد هي الحاكمة، الشورى، العدل والمساواة وطاعة ولي الأمر.

المطلب الأول: مبدأ الحاكمية

تعتبر الحاكمية لله القاعدة الأساسية الأولى التي يؤسس عليها نظام الحكم في الإسلام، وتعني في مفهومها العام استفراد الله سبحانه وتعالى بالتشريع والتحليل والتحرير.

فالشريعة الإسلامية في النظام الإسلامي هي المصدر الرئيسي للتشريع لاشتمالها على مختلف القواعد والمبادئ الأساسية اللازمة لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، يقول الله تعالى ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين﴾⁽⁸⁾، ويقول سبحانه وتعالى في موضع آخر ﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء﴾⁽⁹⁾. وعليه فالحاكمية لله سبحانه تعدّ قاعدة دستورية أساسية يقوم عليها نظام الحكم وتمارس على ضوءها السلطة في الإسلام.

المطلب الثاني: مبدأ الشورى

إنّ مكانة هذا المبدأ في النظام الإسلامي واضحة وجلية للعيان، حتى أنّ الله تعالى أسمى سورة من سور القرآن الكريم بسورة الشورى، والشورى في الإسلام تعني استطلاع الرأي من ذوي الخبرة قصد التوصل إلى أصوب الآراء وأقربها إلى الحق.⁽¹⁰⁾

وقد جاءت الآيات القرآنية صريحة للجماعة الإنسانية تدعوها إلى تطبيق هذا المبدأ في جميع أمورها، طلباً لسداد القرار واقتراباً من الصواب فقال الله تعالى ﴿فيما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر﴾⁽¹¹⁾، وقال جلّ شأنه ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾⁽¹²⁾.

ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه حدّد أسلوباً وطريقة معيّنة للشورى، إذ مورس بشكل فردي وبشكل جماعي على السواء⁽¹³⁾، لأنّ الأهم أن يشاور الحاكم المجموعة البشرية التي يحكمها، فإذا تقصد ترك ذلك كان من واجب الأمة أن تطالبه بها⁽¹⁴⁾.

المطلب الثالث: العدل والمساواة

إنّ تحقيق العدل والمساواة بين الناس مبدأ أصيل في شريعة السماء أقرّه الإسلام ودعا إليه وحث الجميع على العمل به، وعليه فلا فرق بين الحاكم والمحكوم في الوظائف والحقوق ونظراً لأهمية مبدأ العدل والمساواة في المجتمع وضرورته للحكم فإنّ الكثير من النصوص الشرعية أمرت به منها قوله تعالى ﴿إنّ الله يأمر بالعدل والإحسان...﴾⁽¹⁵⁾.

وقوله تعالى ﴿إنّ الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾⁽¹⁶⁾، فالجميع سواسية أمام أحكام الشرع وقوانين الدولة.

المطلب الرابع: مبدأ طاعة ولي الأمر

إن إقامة النظام في المجتمع وحمل الناس على تطبيق أحكام الله وأوامره لا يتأتى إلا من خلال تولى هيئة تشرف على ذلك فتسوس الناس بشرع الله وتحملهم على طاعته وعبادته، فإذا كان الأمر كذلك فطاعة ولي الأمر تكون فريضة شرعية في حق من يحكمهم، وهي قاعدة دستورية مهمة يقوم عليها نظام الحكم في الإسلام وواجب ديني منبثق من طاعة الله وطاعة نبيه صلى الله عليه وسلم.

لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾⁽¹⁷⁾.
وقوله صلى الله عليه وسلم ﴿الدين النصيحة قلنا لمن يا رسول الله قال: لله ولرسوله وكتابه ولأئمة المسلمين عامتهم﴾⁽¹⁸⁾.

مع العلم أن طاعة ولي الأمر في الإسلام مقيدة بمدى التزامه أحكام الشرع وسهره على خدمة الأمة، فإن تخلى عن ذلك سقطت طاعته لقوله ﷺ "السمع والطاعة حق مالم يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة".⁽¹⁹⁾

ولعل هذا الذي قصده النبي صلى الله عليه وسلم في قوله ﴿سَليكم بعدي ولأهلي، فيليكم البرُّ بربِّه، ويليكم الفاجر بفجوره، فاسمعوا لهم وأطيعوا في كل ما وافق الحق، فإن أحسنوا فلكم ولهم، وإن أساءوا فلكم وعليهم﴾⁽²⁰⁾.

وقد أوضح ابن حزم رحمه الله هذه المسألة بقوله: "الإمام الواجب طاعته ما قادنا بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فإن زاغ عن شيء منهما منع من ذلك وأقيم عليه الحد والحق فإن لم يؤمن خلع وولي غيره..".⁽²¹⁾

المبحث الثالث: تنظيم السلطات في النظام السياسي الإسلامي ونماذج من الممارسة

إن البحث عن كيفية تنظيم السلطات في النظام السياسي الإسلامي سيقصر على دراسة ذلك في ظل قيام الدولة الإسلامية بسلطاتها المختلفة في دولة الرسول ﷺ، ودولة الخلفاء الراشدين، لأنهما تشكلان المرجعية التاريخية والإسلامية للمسلمين مهما اختلف الزمان والمكان.⁽²²⁾

المطلب الأول: تنظيم السلطة التشريعية في النظام السياسي الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية مصدرها الله تعالى، رسم حدودها ولم يترك بيان الحلال والحرام فيها لتقدير البشر وتجارب الناس.

ولئن كانت الدساتير المعاصرة والتشريعات الحديثة تعمل على الإشادة بمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث، فإن أصول هذا المبدأ وجوهره ليست غائبة عن ديننا الإسلامي الذي جاء بأحكام في التشريع والتنفيذ والقضاء، ومنها قوله تعالى: "لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس"⁽²³⁾،

حيث أشار النص القرآني إلى التشريع ممثلاً في الكتاب الذي أنزله الله على الأنبياء ليبينوا للناس الأحكام، وأشار إلى السلطة القضائية ممثلة في الميزان الذي هو رمز العدل والقسط، وأشار إلى السلطة التنفيذية معبراً عن ذلك بالحديد الذي هو رمز القوة، ذلك أن تنفيذ الأحكام يحتاج إلى القوة والشدة لردع كل من يتمرد عليهما، وقد أشار أحد المفكرين إلى القول: بأن الحديد يراد به القوى السياسية.⁽²⁴⁾

والحديث عن السلطة التشريعية في الإسلام يقتضي أولاً تحديد المعنى الدقيق لمصطلح التشريع هذا الأخير الذي يراد به في الفقه القانوني معنيين⁽²⁵⁾ أحدهما عام ويقصد به مطلق الإنشاء والتأسيس أو إيجاد شرع مبتدأ.

والآخر خاص ويقصد به إظهار حكم لمسألة من شريعة قائمة (موجودة أصلاً) فالمعنى الأول في الإسلام لا يكون إلا لله تعالى فهو المشرع الأول للأحكام، والأدلة في ذلك كثيرة منها قوله تعالى: "إن الحكم إلا لله أمر ألا تعبدوا إلا إياه"⁽²⁶⁾ وقوله أيضاً: "وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا"⁽²⁷⁾.

أما التشريع بالمعنى الثاني فقد وجد بعد وفاة الرسول ﷺ وانقطاع الوحي، أين وجد هناك مصدر ثالث يرشد الأمة ويوجهها متمثلاً في الاجتهاد الذي يعد مصدراً من مصادر تشريع الأحكام في الإسلام بعد وفاة النبي ﷺ.

وعليه فالتشريع في النظام السياسي الإسلامي يتميز عنه في النظم القانونية من الناحية العضوية والموضوعية⁽²⁸⁾.

والعمل بهذا المصدر في التشريع الإسلامي يتماشى مع المعنى الثاني (الضيق) المقصود من مصطلح التشريع والذي يعني الوصول إلى حكم مسألة ما وإيجاد حل لها بناء على شريعة ومنهج موجود ابتداء.⁽²⁹⁾

وعليه فالحديث عن السلطة التشريعية زمن الرسول ﷺ في حقيقة الأمر هو حديث عن مصدر التشريع في الإسلام، الذي يعود أساساً إلى الله تعالى وحده فهو المشرع الحقيقي لمختلف الأحكام، كما أمد سبحانه نبيه وخصه بهذا الأمر كذلك دون غيره من البشر، وفي ذلك يقول الله تعالى: "وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم"⁽³⁰⁾ وقوله: "من يطع الرسول فقد أطاع الله"⁽³¹⁾.

وعليه فإن أية مسألة كانت تعترض الناس في حياتهم، كانوا يتوجهون مباشرة إلى النبي ﷺ للسؤال وتلقي الجواب منه مباشرة، فيعلمهم بالحكم الشرعي، أو ينقذ عليهم الحكم أو يفصل في الخصومة مباشرة.

منها قوله ﷺ في بيان نصاب زكاة الأرض التي تسقى بماء المطر ، والتي تروى بالسقي : " فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالْعِيُونُ أَوْ كَانَ عَثَرِيًّا الْعُشْرُ ، وَمَا سُقِيَ بِالنَّضْحِ نِصْفُ الْعُشْرِ . " (32) فهذا تشريع لحكم.

أما بعد وفاته ﷺ فإن ضرورة تولي خليفة المسلمين السهر على حفظ الدين وسياسة الدنيا اقتضى من الخليفة أن يعمل بالاجتهاد إذا لم يجد حلا لما يستجد من أمور المسلمين في كتاب الله أو سنة رسول الله شريطة أن لا يخالف اجتهادهم ما جاء به القرآن أو السنة الشريفة. (33)

أما بعد كثرة الفتوحات الإسلامية واتساع رقعة الدولة الإسلامية وتفرق المجتهدين من الصحابة والتابعين في مختلف الأمصار والولايات، فقد تباينت الاجتهادات والتشريعات وظهرت مدارس فقهية مختلفة أشهرها مدرسة أهل الرأي وأهل الحديث. (34)

وهكذا نلاحظ أن السلطة التشريعية في النظام السياسي الإسلامي كانت مستقلة عن مؤسسة الخلافة .

المطلب الثاني: تنظيم السلطة التنفيذية في النظام السياسي الإسلامي

إن الخليفة في النظام الإسلامي نائب عن الأمة الإسلامية في ممارسة السلطة التنفيذية، وعليه فليس له من صفات القداسة والتمجيد ما يجعله مميزا عن أفراد الشعب.

والسلطة التنفيذية في النظام السياسي الإسلامي تشمل الخليفة (رئيس الدولة) الذي و من يعينهم من الأمراء والوزراء والولاة.

فالمأمل في سيرة المصطفى ﷺ يجده قد باشر سلطة التنفيذ بنفسه وحث الناس على تطبيقها وإيقاع العقاب على المخالفين لها بما فيهم الحاكم نفسه، وهذا الذي أبانه الرسول ﷺ عندما طلب من الناس قبل وفاته أن يقتصوا منه إن كان قد نفذ عليهم حكما ظلما وعدوانا، حين قال : " يا أيها الناس إني قد دنا مني حقوق من بين أظهركم فمن كنت جلدت له ظهرا فهذا ظهري فليستقد منه ألا ومن كنت قد شتمت له عرضا فهذا عرضي فليستقد منه ومن كنت أخذت له مالا فهذا مالي فليستقد منه ... " (35)

وعليه يمكن القول عن الرسول ﷺ كان يتمتع بسلطة تنفيذية كبيرة خاصة بعد إقرار وثيقة المدينة والتي نصت مادتها 36 على أنه " لا يخرج منهم أحد إلا بإذن محمد " (36)

ومثال قيامه بنفسه بعمل تنفيذي ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال : " ضحى النبي صلى الله عليه وسلم بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما " (37)

حيث باشر ﷺ عملية ذبح الأضحية بنفسه ولم يوكله إلى أحد ممن ينوبه، فعند ذلك تنفيذا لحكم شرعي.

كما أوكل تارة سلطة التنفيذ في مسائل معينة إلى غيره من الرجال الذين يرى فيهم القدرة والكفاءة على القيام بها، فقد وروي أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم "أتى برجل قد شرب الخمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اضربوه، قال فمنا الضارب بيده ومنا الضارب بنعله ومنا الضارب بثوبه..." (38)

وكذا فعل كبار الصحابة بعد اتساع رقعة البلاد الإسلامية وتعدد وظائف الدولة، الأمر الذي تطلب تعيين ولاية ووزراء يعينونه في السهر على تنفيذ الأحكام وإقامة المصالح، دون أن يستقلوا بذلك عن الخليفة.

من ذلك قيام أبو موسى الأشعري بتطبيق حدّ الحرابة على أحد المرتدين زمن ولاية معاذ على اليمن فعن أبي بردة، عن أبي موسى: أَنَّ رَجُلًا أَسْلَمَ ثُمَّ تَهَوَّدَ، فَأَتَى مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ وَهُوَ عِنْدَ أَبِي مُوسَى فَقَالَ: مَا لِهَذَا؟ قَالَ: أَسْلَمَ ثُمَّ تَهَوَّدَ، قَالَ: «لَا أَجْلِسُ حَتَّى أَقْتُلَهُ، قَضَاءُ اللَّهِ وَرَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» (39)

والاستعانة بالوزراء في أداء المهمة التنفيذية ثابت بالقرآن الكريم في قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام: " واجعل لي وزيراً من أهلي هارون أخي... " (40) ولاشك أن في ذلك منع لرئيس الدولة في عدم الاستبداد بالسلطة التنفيذية، وفي ضرورة إشراك المجموع في السهر على بناء الدولة وخدمة الرعية، ومن ذلك تكليفهم ببعض أعمال الحرب، والسقاية، إمامة الناس... (41) والملاحظ في زمن الخلافة الراشدة فإن الخليفة كان يستمد سلطته التنفيذية من بيعة المسلمين له على حراسة الدين وإدارة شؤونهم. (42)

وفي المقابل يجب على الأمة إعانتته في ذلك وطاعته، شريطة عدم مخالفته لأحكام الشرع، ولما عاهدوه عليه، (43) غير أن اختصاص خليفة المسلمين بوظيفة التنفيذ لأحكام الشريعة لم يمنعه من إشراك غيره في هذه المهمة، مع احتفاظه بمراقبة أعمالهم وإمكانية عزلهم متى اخلوا بما وُكِّلوا به. (44)

وأيا كان القائم بسلطة التنفيذ في النظام السياسي الإسلامي، فإن سلطته تلك مقيدة بأصول الشرع وقواعده وأحكامه ومقاصده.

وعليه يمكن القول: لأن كانت السلطة التشريعية زمن الخلافة الراشدة مستقلة استقلالاً تاماً عن مؤسسة الخلافة، فإن السلطة التنفيذية في هذا العهد لم تكن تتمتع باستقلال تام عنها وأن هذه السلطة (التنفيذية) في النظام الإسلامي خاضعة خضوعاً كاملاً لأحكام الشريعة الإسلامية وعدم الخروج عن قواعدها ومقاصدها.

وهذا يكون الأخذ بمبدأ الفصل المطلق بين السلطة التشريعية والسلطات الأخرى واضح في النظام الإسلامي، كما أن هذا الأخير يأخذ بالفصل المرن بين السلطتين التنفيذية والقضائية فليس للحاكم أي سلطة تشريعية في حين يكون مطالب بالسهر على تنفيذ الأحكام وتعيين القضاة.

المطلب الثالث: تنظيم السلطة القضائية في النظام السياسي الإسلامي

إن الدارس للنظام القضائي في الإسلام يجعله يقف على حقيقة مفادها أن النبي ﷺ مارس سلطة القضاء بنفسه فتولى الفصل في الكثير من النزاعات لحاجة الأمة إلى ممارسته القضائية لتأسيس المبادئ والقواعد التي تشكل مرجعيه للأمة من بعده، وقد ورد الأمر من الله لنبيه بتولي القضاء والفصل في المنازعات في بعض النصوص القرآنية منها قوله تعالى " فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق" ⁽⁴⁵⁾

فمن أمثلة مباشرة النبي ﷺ سلطة القضاء بنفسه، أم سلمه زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت: " جاء رجلان يختصمان في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنكم تختصمون إلي رسول الله وإنما أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار، فبكي الرجلان وقال كل واحد منهما حقي لأخي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما إذا فقوموا فأذهباً، فلتقتسما ثم توخيا الحق ثم أستهما (أي اقتريا) ثم ليحل كل واحد منكما صاحبه. " ⁽⁴⁶⁾ فهذا إصدار لحكم قضائي.

وغير ذلك من الأحكام القضائية التي أصدرها صلى الله عليه وسلم في موضوعات مختلفة منها قضاؤه برجم المرأة المتزوجة عند إثبات ارتكابها لجريمة الزنا، فثبت بذلك عقوبة الرجم بالسنة وليس بالقرآن. ⁽⁴⁷⁾

غير أن تصديه ﷺ لمنصب القضاء والفضل في منازعاته لم يمنعه كذلك من تكليف غيره بهذه المهمة وتعيينهم في مناصب قضائية، حيث رخص لبعض الصحابة بتولي القضاء بين الناس سيما في الخصومات الخاصة.

من ذلك "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال كيف تقضي إذا عرض لك قضاء قال أقضي بكتاب الله قال فإن لم تجد في كتاب الله قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله قال أجتهد رأيي ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله " ⁽⁴⁸⁾.

بل شجع الشباب المسلم على التدريب في هذا المجال عندما بعث علياً عليه السلام قاضياً على في اليمن، فعن علي عليه السلام قال: "بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً وأنا حديث السن فقلت: يارسول الله تبعثني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء، فقال: "إن الله سيهدي قلبك ويثبت فؤادك" ⁽⁴⁹⁾.

ومثاله أيضاً مارواه الحاكم في المستدرک: "أنه أتى النبي خصمان متنازعان، فقال لعبد الله بن عمرو: "اقض بينهما" ⁽⁵⁰⁾.

أما زمن الخلافة الراشدة فإن الخليفة كان يتمتع كذلك بسلطة قضائية تتمثل أساساً في توليه مهمة القضاء بنفسه مباشرة كما حدث في عهد أبي بكر الصديق الذي لم يشهد منصب القضاء تغييراً كبيراً عما كان عليه زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، وذلك لأسباب منها ⁽⁵¹⁾: قلة الفتوحات الإسلامية، الانشغال بمحاربة الفتن الداخلية كحروب الردة، فكان عليه السلام يتولى القضاء في المسائل بنفسه معتمداً على ماتضمنه القرآن والسنة من نصوص في المسائل المعروضة، وإن لم يجد لها نصاً اجتمع بصحابه وأخذ بالرأي الذي يتفقون حوله ⁽⁵²⁾.

ونقل عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال لعبد الله بن عمر في خلافته: "أذهب فاقض بين الناس، قال: أو تعافني (أي تعفيني) يا أمير المؤمنين؟ قال: وما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضي على عهد رسول الله".

أما في عهد عمر بن الخطاب عليه السلام فإننا نميز بين طريقتين باشرهما في القضاء.

الأولى سار فيها على نهج أبي بكر عليه السلام حيث كان عمر عليه السلام إذا عرضت عليه الخصومة يحكم فيها بما ورد في الكتاب والسنة فإن لم يجد رجع إلى ما قضى به أبو بكر فإن لم يجد اجتهد بنفسه في المسألة وقضى فيها ⁽⁵³⁾.

أما الثانية فقد تفرّد فيها بفصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، حيث أن اتساع رقعة البلاد الإسلامية وتشعب القضايا وتزايد أعباء الخلافة وانشغال الخليفة بأمور المسلمين من الحرب والإدارة والتنظيم، وعليه فالحاجة الملحة والضرورة العملية دفعته عليه السلام إلى فصل السلطة القضائية عن سلطة التنفيذ.

وهكذا نجد أن الخلفاء عملوا على تعيين قضاة الولايات، وإن كان لم يمنعهم ذلك من مباشرة القضاء بأنفسهم متى تمكنوا من ذلك. ⁽⁵⁴⁾، مما يعني فقهم لسنة التطور والأخذ بالسبل التي تخدم الدولة وتحقق المصلحة، وهو ما أشار إليه الشاطبي عندما قال: "إن هذا يدل على أن أحوال الأئمة والولاة تختلف باختلاف الأمصار والقرون والأحوال، فكل ذلك يحتاج إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديمة، وربما وجبت في بعض الأحوال" ⁽⁵⁵⁾.

غير أنّ الأمر اختلف قليلا في عهد الدولتين الأموية والعباسية أين انقطع الخليفة عن ممارسة وظيفة القضاء وتفرغ لأعمال الإدارة، وكان أول من فعل ذلك الخليفة الأموي معاوية بن أبي سفيان، الذي ترك مهمة القضاء للقضاة الذين قام بتعيينهم لهذا الأمر .

خاتمة

بعد البحث في موضوع الفصل بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي وإظهار أهم القواعد التي يؤسس عليها هذا النظام وكذلك البحث في كيفية تنظيم السلطات وممارستها زمن الرسول ﷺ والخلافة الراشدة يمكن القول أنّ النظام السياسي الإسلامي ذو طبيعة خاصة تميزه عن الأنظمة السياسية القانونية، بحيث أنّ هذا النظام لم يتناول مبدأ الفصل بين السلطات بشكله المطروح في القانون الدستوري المعاصر، القائم على حتمية الفصل بين السلطات الثلاث بحجة منع الاستبداد، بل وجدنا أنّ السلطة التشريعية في النظام السياسي الإسلامي كانت تتمتع باستقلالية كاملة على مؤسسة الخلافة (الرئاسة) وأنّ التشريع لا يكون إلاّ لله ولنبيه فتكون بذلك مسألة التشريع خط أحمر لا يقبل توسيع الدائرة فيه لغير الوحي. وعليه لما تأسست الدولة الإسلامية في المدينة المنورة، كانت السلطات الثلاث مجتمعة لديه ﷺ ولم ينجم عن ذلك التجميع ضرر أو خطر على الأمة.

أمّا بعد وفاة النبي ﷺ ومجيء عهد الخلفاء، فإن سلطة التشريع انفصلت عن سلطتي التنفيذ والقضاء بسبب انقطاع الوحي واكتمال مهمة التشريع، وانصراف جهود المسلمين بعده ﷺ إلى التفسير والاجتهاد، و ما كان من إجماع الأمة بعد انقطاع الوحي فهو لا يقابل التشريع الموكل للشعب، لأن هذا الإجماع ليس مطلقا كما هو الحال في القانون بل مقيد ابشروط أو ضوابط أهمها عدم مخالفة أحكام الشرع أي عدم تعارضه مع نصوص الكتاب والسنة.

ومن تم فالفصل بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي، ليس واجبا على الحاكم، لأن واقع نشأة هذا المبدأ في الغرب ومبرراته تختلف تماما عن واقعه في الدولة الإسلامية زمن الرسول صلى الله عليه وزمن الخلافة الراشدة خاصة في عهدي أبي بكر وعمر ﷺ .

أمّا ما يتعلق بالفصل بين السلطة التنفيذية والقضائية فالأمر نسبي وأن هاتين السلطتين يمكن أن تولاهما الخليفة في الإسلام بنفسه أو يوكلهما إلى غيره، غير أنّ ذلك كان يتم تحت إشرافه ومراقبته، ولذلك يمكن القول أنّ مبدأ الفصل بين السلطات له تواجد في النظام الإسلامي ولكن كيفية التعامل معه تختلف بين النظام الإسلامي والقانوني، فالحاكم في الإسلام لا يجمع بين يديه سلطة التشريع والتنفيذ والقضاء في آن واحد.

وبذلك يمكن أن نخلص بعد هذا البحث المتواضع إلى تسجيل النقاط الآتية:

- 1- إن الوقوف على ممارسة السلطات في الإسلام يجعلنا نؤكد على أنّ الإسلام عرف جوهر المبدأ وجسده خاصة في الفصل بين السلطة التشريعية والسلطتين الأخيرتين.
- 2- إن عدم ظهور مبدأ الفصل بين السلطات كقاعدة في النظام السياسي الإسلامي يعود أساساً إلى كون هذا الأخير مؤسس على مبادئ إلهية تحقق جوهر ذلك المبدأ وتراعيه من خلال عمله على نشر العدل والإنصاف بين الطبقة الحاكمة والمحكومة، وبذنه لكل أنواع الظلم والاستبداد.
- 3- إن ربط فكرة الاستبداد بعدم الفصل بين السلطات كلام غير دقيق بدليل أنّ الممارسة الفعلية لنظام الحكم وتطبيق قواعده زمن الرسول ﷺ والخلافة الراشدة اتسمت بالعدل والإنصاف وعدم الاستبداد، لأنّ الأصل أن نبحت في الشروط والمواصفات التي يجب أن تتوفر في الشخص الذي يتولى الحكم في الدولة فتبعده عن الظلم والاستبداد.
- 4- إن سلطة التشريع مرتبطة أساساً بالوحي ومن تم تظل مستقلة عن غيرها من السلطات في الشريعة الإسلامية، أما سلطتي التنفيذ والقضاء يمكن أن تستقلا عنها تبعاً للحاجة والمصلحة.
- 5- إن التأكيد على ضرورة وضع معايير وشروط خاصة لمن يتولى منصب رئاسة الدولة وكذا أعضاء السلطة التشريعية والقضائية اليوم و من أهمها النزاهة والعدالة والعلم والخبرة، أضحى من الضرورة بمكان ولا تقل أهميته عن ضرورة المناداة بفصل السلطات الثلاث عن بعضها البعض، خاصة بعد أن ضعف استحضر خشية الله .

الهوامش :

- (1) الطمراوي سليمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي 1988، ص 285.
- (2) عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 248، 249.
- (3) سورة العلق، الآية 6 و7.
- (4) سورة الشمس الآيتان 7 و8.
- (5) سورة النمل الآية 35.
- (6) رغم هذه الأهمية، إلا أن الدارس لعلوم الشريعة يجد اهتمام علماءها بالمسائل الدستورية في الدولة قليل مقارنة بما دون من أحكام ودراسات في المعاملات والعبادات، ولعل هذا ما يترجم جانباً من الاستبداد السياسي الذي عاشه العلماء والفقهاء في عصر الاجتهاد خاصة، كالعهد العباسي والأموي الذي كثرت فيهما الفتن والنزاعات فضيقت من دائرة ممارسة الحرية السياسية في الدولة قولاً وعملاً.
- (7) ابن خلدون، المقدمة، دار إحياء التراث العربي، ص 134.
- (8) سورة النحل الآية 89.
- (9) سورة الأنعام الآية 38.
- (10) أبو عبيد عارف خليل، نظام الحكم في الإسلام، دار النفائس، الأردن، ط، 1996، ص 236.
- (11) سورة آل عمران الآية 159.
- (12) سورة الشورى الآية 38.

- (13) ابن جرير الطبري، تاريخ الأمم والملوك، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط1966، ج3، ص20.
- (14) الرئيس محمد ضياء الدين، النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث، القاهرة، مصر ط1976، ص332-337.
- (15) سورة النحل الآية 90.
- (16) سورة النساء الآية 58.
- (17) سورة النساء الآية 59.
- (18) صحيح مسلم كتاب الإيمان باب بيان أن الدين النصيحة ح55.
- (19) أخرجه البخاري عن عمر بن الخطاب، الجامع الصحيح كتاب الجهاد والسير باب السمع والطاعة للإمام ح2888، ج6 ص217.
- (20) أخرجه الطبراني في "الأوسط" ج6 ص247 ح6310، والدارقطني في "سننه" ج2 ص55 حديث1.
- (21) الفصل في الملل والأهواء والنحل، المطبعة الأدبية ط1371، ج4، ص102.
- (22) عبد الكريم فتحي، الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1984، ص196.
- (23) سورة الحديد الآية 25.
- (24) أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور، الدار السعودية للنشر، جدة، 1980، ص140.
- (25) عثمان بن جمعة ضميرية السلطات العامة في الإسلام المفهوم والعلاقة، مقال منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية المجلد 3 العدد 3 أكتوبر 2006
- (26) سورة يوسف الآية 401.
- (27) سورة الحشر، الآية 07.
- (28) نواف كنعان النظام الدستوري والسياسي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الشارقة مكتبة الجامعة، ط1 ص84 وما بعدها.
- (29) عالية سمير، نظرية الدولة وأدائها في الإسلام دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1988، ص42.
- (30) سورة النحل، الآية 44.
- (31) سورة النساء، الآية 80.
- (32) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء، وبالماء الجاري حديث رقم 1483.
- (33) الخياط عبد العزيز عزت، النظام السياسي في الإسلام، النظرية السياسية، نظام الحكم، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1999، ص234-236.
- (34) محمد عليان شوكن، النظام السياسي في الإسلام، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، ص208-209.
- (35) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الفكر، بيروت لبنان ح14252 ج8 ص597.
- (36) ابن هشام، السيرة النبوية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، مصر، 1955، ص501-504.
- (37) صحيح مسلم، كتاب الأضاحي، باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل والتسمية والتكبير ح1966.
- (38) معي الدين النووي المجموع شرح المذهب، دار الفكر للطباعة والنشر ج20 ص114.
- (39) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب الحاكم يحكم بالقتل على من وجب عليه، دون الإمام الذي فوقه ج93 ح7157.
- (40) سورة طه الآية 29.
- (41) عبد الوهاب خلاف، السلطات الثلاث في الإسلام، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1985، ص27-28.
- (42) أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006، ص5.

- (43) أبو الحسن الماوردي، منهاج اليقين في شرح أدب الدنيا والدين، دال الكتب العلمية ذ، بيروت، لبنان، 2006، ص130.
- (44) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص26..
- (45) سورة المائدة، الآية 48.
- (46) أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين. كتاب الأحكام، ج 4 ص 99 ح 7004 .
- (47) . عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص63.
- (48) سنن أبي داود كتاب الأقضية ، باب كيف القضاء، ح 3582
- (49) سنن أبي داود كتاب الأقضية باب اجتهاد الرأي في القضاء ح 3592
- (50) المصنف لأبي شيبة كتاب الرد على أبي حنيفة، مسألة في شاهد الزور، دار الفكر ط 1994، ج 8 ص 426 ح 5482
- (51) عبد الكريم شهبون . التأصيل الفقهي للقضاء وقواعد المرافعات عند عمر بن الخطاب ﷺ، ط 1 2005 ص 23 .
- (52) عطية مصطفى مشرفة . القضاء في الإسلام مصر 1939 ص 93
- (53) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 48-52
- (54) عبد الوهاب خلاف، ص 50
- (55) أبو إسحاق الشاطبي . الإعتصام، مطبعة السعادة مصر ج 1 ص 248 .

مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية - دراسة مقارنة*-

BOUMEGOURA née BEZZAHI Saloua, Doctorante,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Badji Mokhtar, Annaba, Algérie.

بومقورة "م" بزاجي سلوى، طالبة دكتوراه،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر.

الملخص:

يعدّ الخضوع لقواعد المنافسة مبدأ ضروريا في مجال الصفقات العمومية، بهدف الوصول إلى عدة عروض من عدة متنافسين مما يسمح بالحصول على أفضل عرض، ويضمن حسن استعمال المال العام. لكن المصلحة المتعاقدة قد تلجأ إلى خرق قواعد العلانية والمنافسة أثناء إبرام الصفقات العمومية مما يجعلها مشوبة باللامشروعية الصارخة.
الكلمات المفتاحية:
صفقة عمومية، مبدأ المنافسة، مبدأ العلانية، عدم التمييز بين المتنافسين.

Leaders violation of the freedom of competition in public procurement -comparative analysis-

Abstract:

Is subject to the principle of competition is necessary in the subject of public contracts in order to reach several offers from several competitors, allowing access to the best offer and ensure proper use of public money, but the contracting interest may resort to a breach of the rules of openness and competition during the conclusion of public contracts, making it tinged illegal flagrant.

Key words:

Recipe generally, the principle of competition, the principle of openness, non-discrimination.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/02 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/12/15 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

La violation du principe de la concurrence en matière de marchés publics -étude comparative-

Résumé :

Procéder à une mise en concurrence en matière de marchés publics est nécessaire avant tout pour susciter une diversité des offres. Elle permet d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics. Mais malheureusement, il peut y arriver que la procédure de passation d'un marché se déroule dans de mauvaises conditions lorsque le service contractant viole les obligations de publicité et de mise en concurrence en ce qu'elle entache le marché d'une grave irrégularité.

Mots clés :

Marché public, la mise en concurrence, le principe de publicité, non discrimination entre les concurrents.

مقدمة

يعدّ مبدأ حرية المنافسة أحد أهم المقومات التي تركز عليها الصفة العمومية في جميع النظم القانونية الحديثة، لذا لم يترسّ وجوده بمقتضى النظرية العامة للقانون فحسب بل بمقتضى نصوص تشريعية تفرض احترامه⁽¹⁾.

يقصد بحرية المنافسة فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية للتقدم بعطاءاتهم إلى المصالح المتعاقدة، شرط استيفائهم للشروط القانونية التي تحددها الإدارة مسبقا⁽²⁾.

كرّس المشرع الجزائري حرية المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية، مؤكداً على وجوب مراعاة الصفقات العمومية لمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية⁽³⁾. أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عبر عن حرية المنافسة في رأيه الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 2000 مصرّحاً بأنّه: "لا يمكن لأي نص ولا لأي مبدأ أن يمنع بسبب طبيعته شخصاً عاماً من فتح باب الترشح أمام المهتمين بهدف الحصول على الصفة"⁽⁴⁾.

رغم أنّ مبدأ حرية المنافسة يعدّ مبدأ حديثاً نسبياً بالنظر إلى تاريخ ظهوره، غير أنّه يشكّل منذ عقدين، أحد أهم عوامل تطوير المكونات الإجرائية والمادية للقانون العام وكذا سلطات القاضي الإداري، عن طريق إعطاء مفهوم جديد للمصالح العام، و ذلك بفرض احترام قواعد جديدة على السلطات العمومية⁽⁵⁾.

لعل أكبر دليل على أهمية هذا المبدأ، ما صرح به نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي Jean-Marc Sauvé قائلاً: "تظهر قوة القانون العام الفرنسي في قدرته على البقاء مخلصاً لمفهوم المصالح العام الذي يشكّل حجر زاويته، بالتصالح المتناغم والمجدي مع المتطلبات المرتبطة بحرية المنافسة، وهو ما أنتج عمقا حقيقيا لقيم القانون العام وتجديدا لسلطات القاضي الإداري"⁽⁶⁾.

رغم الأهمية المتناهية التي يتصف بها تطبيق هذا المبدأ، فإن الإدارة تسعى في أغلب الأحيان إلى خرقه، بهدف التلاعب بالصفقة العمومية واستنزاف المال العام، فما هي صور ومظاهر المخالفة التي قد تخرق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية؟

تأخذ مخالفة حرية الوصول إلى الطلبات العامة (حرية المنافسة) إحدى الصورتين، أولها مخالفة الإدارة لعلانية الصفقة العمومية وثانيها مخالفتها لمبدأ عدم التمييز بين المرشحين.

أولاً: مخالفة الإدارة لمبدأ علانية الصفقة العمومية

لا سبيل لتحقيق حرية المنافسة بين المرشحين، إلا بتحقيق مبدأ ثاني يعرف "بعلانية الصفقة العمومية". ويقصد به إعلام جميع المهتمين لأمر الصفقة بكل ما يتعلق بموضوعها وشروطها التقنية والمالية. وكذا آجال تنفيذها علماً ينتفي معه جهلهم بالعناصر المتعلقة بها.

أ. مخالفة الإدارة لوسائل الإعلان عن الصفقة

يعدّ الإشهار الصحفي الوسيلة القانونية لتحقيق علم الكافة بالصفقة، لذا جعله المشرع الجزائري إجراءً جوهرياً⁽⁷⁾، تلتزم به المصلحة المتعاقدة في الحالات التالية:

— طلب العروض المفتوح.

— طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

— طلب العروض المحدود.

— المسابقة.

— التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

يلاحظ في هذا الإطار التوافق التشريعي بين المادتين 61 و41 من تنظيم الصفقات العمومية، إذ قصرت المادة 61 إجبارية الإعلان عن الصفقة في أسلوب طلب العروض دون التراضي كقاعدة عامة، وهو ما يتوافق مع نص المادة 41 التي عرفت التراضي على أنه "تخصيص الصفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة". لذا لا يتطلب هذا الأمر بطبيعته إعلاناً عن الصفقة، نظراً لطابع الاستعجال أو الخصوصية اللذان يسمانه في أغلب الأحيان.

لم يكتف المشرع الجزائري بالنص على إجبارية الإعلان بل حدد وسائله بدقة متناهية، إذ فرض على الإدارة تحرير الإعلان عن المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، وذلك بنشره إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن. ر. ص. م. ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين وموزعتين على المستوى الوطني⁽⁸⁾.

ما اشتراط المشرع للنشر في جريدتين يوميتين وليس جرائد أسبوعية أو مجلات شهرية، إلا تأكيد على رغبته في تحقيق الإعلام التام بمحتوى الصفقة، وهو ما تدعمه فكرة النشر في جريدتين موزعتين على المستوى الوطني، إذ لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتم الإشهار في جرائد محلية لأنه يستحيل في هذه الحالة تحقق علم جميع المواطنين بها⁽⁹⁾.

بالإضافة إلى الوسائل القانونية السابقة للنشر، منح المشرع للهيئات المحلية والمتمثلة في الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها، إمكانية نشر إعلان المناقصة بإحدى الوسائل التالية:

– نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين.

– إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية للولاية، لكافة بلديات الولاية، بغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة، للمديرية التقنية المعنية في الولاية.

وذلك في حالة صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، التي يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مئة مليون دينار جزائري (100000000 دج) أو يقل عنها. وخمسون مليون دينار (50000000 دج) أو يقل عنها⁽¹⁰⁾.

تماشيا مع التطور التكنولوجي الحاصل، استحدث المشرع آلية النشر الإلكتروني بمقتضى المادة 173 من تنظيم الصفقات العمومية بنصه على أن: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية". وبهذا الأسلوب، يمكن للمتعهدين أو المترشحين للصفقة العمومية أن يردوا على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية، باعتباره الوسيلة الأكثر شيوعا، إذ لم تعد الصحف اليومية تلقى إقبالا كما في السابق، بعكس الاطلاع على الجرائد إلكترونيا والذي أضحي إحدى أهم وسائل الإعلام⁽¹¹⁾.

أصرّ تنظيم الصفقات العمومية على نشر قرار المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة، مع تحديد السعر وأجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة، غير أنّ الفقرة الثانية من المادة 65 علّقت هذا النشر على شرط إمكانية تحقيقه.

يسمح نشر قرار المنح المؤقت في نفس الوسائل التي تم بها الإعلان عن الصفقة بمعرفة الجميع بهوية الفائز بالصفقة، ومعايير اختياره وهو ما يمنحهم فرصة الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة عن طريق التظلم أمام لجنة الصفقات المختصة، ما يعدّ ضمانا حقيقية لشفافية الصفقة وحرية المنافسة.

بناء على ما تقدم، يتضح لنا جسامه الخطأ الذي قد تقترفه المصلحة المتعاقدة متى خالفت مبدأ علانية الصفقة، إذا قامت بإبرام مناقصة دون اللجوء إلى الإشهار الصحفي، أو إذا قامت به دون الالتزام بوسائله القانونية المشروطة في تنظيم الصفقات العمومية. وقد

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار الإعلان عن الصفقة التي أبرمتها "Pyrénées-Orientales" باطلا، لعدم نشره في النشرة الرسمية للإعلان عن الصفقات العمومية⁽¹²⁾.

يقع على عاتق المترشح في جميع الأحوال، إثبات المخالفة التي ارتكبتها المصلحة المتعاقدة لوسائل الإعلان عن الصفقة صريحة كانت أو ضمنية. غير أنّ الصعوبة التي من الممكن أن تواجهه في هذا الإطار، تتعلق بكيفية إثبات فكرة إرسال ترشحه بالوسائل الإلكترونية تطبيقاً للمادة 203 من تنظيم الصفقات العمومية.

II. مخالفة الإدارة لبيانات الإعلان عن الصفقة

تثور أغلب النزاعات المتعلقة بإبرام الصفقة لمخالفة الإدارة للبيانات المحددة لموضوعها. وإن كانت مخالفة الوسائل مخالفة شكلية لإجراء جوهري، فإنّ مخالفتها للبيانات التي يحددها تنظيم الصفقات العمومية، تعدّ مخالفة لشكليات جوهرية تتعلق بالإعلان عن الصفقة.

تلزم المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بتضمين في الإعلان عن المناقصة البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية المناقصة.
- شروط التأهيل أو الانتقاء العشوائي.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.
- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ومراجع المناقصة.
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

بما أنّ المشرع قد نص على إلزامية احتواء إعلان المناقصة على هذه البيانات، فذلك يعني بأنّ أي مخالفة لنص المادة 62، بإغفال أحد البيانات المنصوص عليها، يمكن أن يؤدي إلى نزاعات بين المترشح والمصلحة المتعاقدة. غير أنّ مجلس الدولة الفرنسي فرق بين الشكليات الجوهرية التي يترتب تخلفها بطلان الإعلان، كمخالفة المواعيد المنصوص عليها قانوناً⁽¹³⁾. وبين الأشكال غير الجوهرية التي لا يترتب عنها البطلان، لعدم ذكر وثيقة ما أو وجود أخطاء مادية في الأرقام يكتشفها أصحاب الشأن⁽¹⁴⁾. وقد أكدّ مجلس الدولة الفرنسي، بأنّ الإدارة مجبرة على

ذكر وسائل وكيفيات دفع المقابل المالي في الإعلان عن الصفقة والدعوة إلى المنافسة، إذ يتعين عليها الإشارة إلى مصادر تمويل الصفقة سواء كانت تمويلا ذاتيا أو خارجيا، عاما أو خاصا وذلك تحت طائلة بطلان إجراء الإعلان⁽¹⁵⁾.

إن كان التحديد الدقيق لبيانات الإعلان ضمانا أساسية لتحقيق علانيتها، فليس الوحيد الضامن لذلك، إذ تلتزم المصلحة المتعاقدة بأن تضع الوثائق وجميع المعلومات الضرورية تحت تصرف المرشحين المسموح لهم بتقديم تعهد، و ذلك حتى يتمكنوا جميعا من تقديم تعهدات مقبولة وتخص هذه المعلومات⁽¹⁶⁾:

– الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات، بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتوجات أو الخدمات، و كذا التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية إن اقتضى الأمر ذلك.

– الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية حسب الحالة.

– المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين.

– اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصحبها.

– كيفيات التسديد.

– كل الكيفيات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة، و التي يجب أن تخضع لها الصفقة.

– الأجل الممنوح لتحضير العروض.

– أجل صلاحية العروض.

– آخر ساعة لإيداع العروض والشكلية المعتمدة فيه.

– ساعة فتح الأظرفة.

– الإعلان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات.

كما يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين، أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية⁽¹⁷⁾.

يعتبر النص على الأجل الممنوح لتحضير العروض بيانا جوهريا، يجب أن يشير إليه إعلان الصفقة ووثائقها.

غير أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد أجلا محددًا وموحدا بالنسبة لجميع الصفقات، وهو أمر طبيعي، إذ يختلف أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة، مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمز طرحها، و المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات طبقا للمادة 50 من تنظيم الصفقات العمومية. وبذلك تختلف آجال تحضير العروض حسب نوع

وموضوع الصفقة، فالصفقات المعقّدة يجب أن تمنح آجال تحضير أطول من تلك الممنوحة للصفقات البسيطة⁽¹⁸⁾.

نظرا لأهمية توافق آجال تحضير العروض مع طبيعة الصفقة، منح المشرع للمصلحة المتعاقدة حق تمديد أجل تقديم العروض، متى اقتضت الضرورة ذلك بشرط إعلام المرشحين بذلك بكافة الوسائل، و هو ما يؤكّد الحرص التشريعي على تحقق علانية العلم ببيانات الصفقة لموضوعها وكافة شروطها. وقد رتبّ مجلس الدولة الفرنسي بطلان الصفقة العمومية بسبب الاختلاف المرتبط بالمعلومات المتعلقة بتاريخ بدء ومدة تنفيذ الصفقة بين قرار الإعلان عن الصفقة ونظام الاستشارة وهو ما يجعله مصدرا للإيهام والغموض بطريقة تخرق مبدأ المنافسة⁽¹⁹⁾.

يحدد أجل تحضير العروض، بالاستناد إلى تاريخ نشرها الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، كما يدرج أيضا في دفتر الشروط و يوافق آخر يوم وآخر ساعة لإيداع العروض، ويوم وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية آخر يوم من تحضير العروض، وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإنّ مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي.

ولا يعني العلم بالصفقة علما يقينيا العلم ببيانات الإعلان أو الوثائق الموضوعة تحت تصرف المترشحين فقط. بل العلم بكل ما يتضمنه مشروع الصفقة ودفتر شروطها، لذا نصت المادة 95 من القسم الأول من الفصل الرابع تحت عنوان البيانات الإلزامية الصفقة على وجوب إشارة الصفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المرسوم⁽²⁰⁾.

إذ يجب أن تتضمن الصفقة على الخصوص البيانات التالية:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة.
- هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة و صفتهم.
- موضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفاً دقيقًا.
- المبلغ المفصل والموزع بالعمللة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة.
- شروط التسديد.
- أجل تنفيذ الصفقة.
- بنك محل الوفاء.
- شروط فسخ الصفقة.
- تاريخ توقيع الصفقة ومكانه.

- إضافة إلى البيانات الأصلية السالف ذكرها نص المشرع على بيانات تكميلية أخرى يجب أن تحتويها الصفقة وهي:
- كيفية إبرام الصفقة.
 - الإشارة إلى دفاتر البنود العامة ودفاتر التعليمات المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزء لا يتجزأ منها.
 - شروط عمل المتعاملين الثانويين واعتمادهم إن وجدوا.
 - بند مراجعة الأسعار.
 - بنك الرهن الحيازي إن كان مطلوباً.
 - نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها.
 - كفاءات تطبيق حالات القوة القاهرة.
 - شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ.
 - النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل، وقائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم وكذا نسب الأجور والمنافع الأخرى التي تمنح لهم.
 - شروط استلام الصفقة.
 - القانون المطبق وشروط تسوية الخلافات.
 - بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل.
 - البنود المتعلقة بحماية البيئة.
 - البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية.
- باستقراء المادة 95، يتضح لنا أهمية البنود التي يجب أن تنطوي عليها الصفقة لتحقيق مبدأ حرية المنافسة، والتي قد يؤدي عدم استيفائها إلى نشوب نزاعات بين المرشحين والإدارة، خاصة فيما يتعلق بالقانون المطبق وشروط تسوية الخلافات، خصوصاً بالنسبة للصفقات الدولية، أين قد يؤدي جهل المرشحين بالقانون الذي يخضعون له في حالات نشوب نزاعات إلى إحجامهم عن الترشح للصفقة، وهو ما شأنه المساس بمبدأ حرية المنافسة.
- ثانياً: مخالفة الإدارة لمبدأ عدم التمييز بين المترشحين للصفقة**
- لا يقوم مبدأ حرية المنافسة على فكرة علانية الصفقة العمومية فحسب، بل يرتكز أيضاً على مبدأ عدم التمييز بين المترشحين، إذ لا يجوز بأي حال من الأحوال التفرقة في المعاملة بينهم بإقصاء أو استبعاد البعض منهم أو بتفضيل البعض الآخر.
- تضافرت الجهود في فرنسا لإلغاء أي نصوص قانونية تركز أي تمييز بين المترشحين لدخول الصفقة العمومية، فأبرمت فرنسا اتفاق "Tokyo Round Gatt" الذي أشار إلى ضرورة

ضمان مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، كما رسّخ مجموعة من القواعد المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية وعدالة إبرامها، وعدم التمييز بين المرشحين في الوصول لطلبات العامة⁽²¹⁾.

من جهته أكد البنك الدولي على ضرورة احترام الدول لمبدأ المنافسة وارتكاز اختيار المتعامل المتعاقد على معايير الكفاءة. أما المنظمة العالمية للتجارة فقد حددت سنة 1966 قواعد المنافسة، محدّرة من أي ممارسات منطوية على أي تمييز ضد السلع أو المتعاملين الأجانب⁽²²⁾.

أما في الجزائر فيكرس الدستور مبدأ المساواة بين المواطنين، وعدم القيام بأي ممارسة من قبل مؤسسات الدولة للتمييز بين المواطنين⁽²³⁾.

يرتب تنظيم الصفقات العمومية جزاء إلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق. أو إلى اتخاذ أي تدبير ردعي يمكن أن يصل إلى حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية، وفسخ الصفقة متى ثبت منح مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته لأي شخص، بمناسبة تحضيرها أو إبرامها أو تنفيذها. وهو ما يعني رفض المشرع الجزائري لأي محاباة أو تمييز لصالح أي مترشح في الصفقة العمومية.

يعرف مبدأ حظر التمييز بين المترشحين لدخول الصفقة تطبيقا واسعا من خلال إجراءات إبرام الصفقة (أولا) غير أنه ترد على هذا المبدأ عدة استثناءات (ثانيا).

1. الإجراءات المكرسة لمبدأ عدم التمييز بين المرشحين للصفقة

تظهر الإجراءات المكرسة لمبدأ عم التمييز بين المرشحين للصفقة، بهدف الوصول إلى حرية المنافسة في إجراءين هما:

1. قبول جميع العروض المطابقة للمواصفات دون تمييز

أوجبت المادتان 63 و64 من تنظيم الصفقات العمومية، أن توضع تحت تصرف المرشحين لدخول الصفقة العمومية كافة الوسائل والوثائق التي تضمن أكبر مشاركة للمهتمين بالصفقة، لفتح باب المنافسة على مصراعيه أمام المرشحين لدخول الصفقة.

لم يترك المشرع للمصلحة المتعاقدة حرية تقدير محتوى التعهدات، بل نص على وجوب اشتمال التعهدات على عرضين تقني ومالي، محددا مشتملات كلا من العرضين التقني والمالي⁽²⁴⁾.

إذ لا يجوز مطلقا أن تشترط المصلحة المتعاقدة على أحد المرشحين أن يقدم تصريحاً بالنزاهة أو مستخرجا من صحيفة السوابق القضائية، بينما تعفي مرشحا آخر من تقديمها وإلا عدّ هذا تمييزا صريحا بين المرشحين و مخالفة مباشرة لمبدأ حرية المنافسة⁽²⁵⁾.

تفاديا لأي تمييز بين المتعهدين، أكدت المادة 80 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة، و أثناء تقديم العروض لاختيار الشريك المتعاقد.

كما اعتبرت المحكمة الإدارية في "Chalons-sur marne" في هذا الشأن بأن صفقة الدراسات المبرمة بتاريخ 06 أكتوبر 1993 بين « oth-est » و le cabinet « sivationat » باطلة لأن قرار المنح المؤقت جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض⁽²⁶⁾.

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية، يفرض قبول المتعهدين على أساس توفرهم على الشروط المطلوبة في الإعلان عن الصفقة، فإنه تجب الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة مقيدة في مسألة وضع شروط المنافسة، إذ يحظر عليها بأي شكل من الأشكال وضع شروط تقنية أو مالية، لا تهدف إلى تحقيق الصفقة المطلوبة، بل إلى تضيق في مجال المنافسة أو إقصاء أحد المرشحين، وقد اعتبرت وزيرة الاقتصاد الفرنسية في ردها على سؤال طرحة أحد نواب البرلمان، بأن اختيار المتعامل على أساس حصوله على تأهيل من مصالح المياه ينطوي على تمييز، لأن هذا المعيار ليس ضروريا بالنظر إلى موضوع الصفقة، ولا بالنظر إلى طبيعة الخدمات المطلوب تنفيذها، لذا يجب أن ينظر إليه على أساس أنه إجراء تمييزي يمس بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وكذا مبدأ المساواة بين المرشحين لدخول الصفقة⁽²⁷⁾.

كما اعتبرت وزيرة الاقتصاد والصناعة والعمل الفرنسية، في ردها على سؤال طرحة نائب برلماني حول مدى مشروعية شرط تواجد المؤسسة المرشحة في حيز جغرافي يخدم التنمية المستدامة، ويحافظ على البيئة لدخولها الصفقة العمومية، بأنه رغم حرص فرنسا والاتحاد الأوروبي على تحقيق أكبر توافق بين قانوني الصفقات العمومية والقوانين البيئية، مما يجعل المصلحة المتعاقدة ملزمة على وضع شروط تتلاءم وهذه الغاية، إلا أن شرط تواجد المؤسسة المشاركة في حيز جغرافي يخدم الصفقة والبيئة معا، يعدّ معيارا تمييزيا يؤدي إلى التمييز بين المرشحين، و يمس بالمبادئ الأساسية التي تركز عليها الصفقة العمومية⁽²⁸⁾.

كذلك يعتبر شرط وجود مقر المتعامل المتعاقد بالدولة التي ستبرم الصفقة، معيارا تمييزيا إذا لم يكن موضوع العقد وطبيعته يتطلبانه، إذ عدّ اختيار المصلحة المتعاقدة معيба في صفقة مبرمة سنة 2009، في إطار سياسة دعم الاقتصاد الفرنسي لمؤسسة فرنسية على أساس أصلها وجنسيته رغم ترتيبها في المركز الثاني بعد مؤسسة أجنبية بفارق 0,01 مما أحدث فارقا ماليا يقدر ب 15000 يورو في صفقة قيمتها 6 مليون يورو، فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التمييز على أساس أصل المتعامل مرفوض، حتى لو كان بلد المصلحة المتعاقدة المقصاة بسبب جنسيتها أو أصلها، لا يسمح بمشاركة المؤسسات الفرنسية في صفقاته⁽²⁹⁾.

2. اختيار المتعامل المتعاقد على أساس معايير موضوعية

يعدّ اختيار المتعاقد مع الإدارة على أسس موضوعية تجسيدا حقيقيا لمبدأ حرية المنافسة، لذا تعدّ كل مخالفة من جانب الإدارة لهذه لقاعدة انحرافا عن سلطتها في تحقيق الصالح العام، وهو ما قد يؤدي إلى نشوب نزاعات بينها وبين المرشحين لدخول الصفقة، قد تصل إلى حد بطلان الصفقة، إذا وصلت هذه النزاعات إلى منازعات قضائية، تأسيسا على عدم مشروعية الصفقة المخالفة لمبدأ حرية المنافسة.

درءا لتعسف الإدارة في اختيار المتعاقد معها، عمد المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية، في القسم الخامس من الفصل الثالث تحت عنوان اختيار المتعامل المتعاقد، إلى إلزام المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها على أساس نظام تنقيط مؤسس لاسيما على ما يأتي⁽³⁰⁾:

– الضمانات التقنية والمالية.

– السعر والنوعية وأجال التنفيذ.

– شروط التمويل وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية والضمانات التجارية وشروط دعم المنتوجات (الخدمة بعد البيع والصيانة والتكوين).

– اختيار مكاتب الدراسات بعد المنافسة، الذي يجب أن يستند أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات.

– المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتوج والإدماج في الاقتصاد الوطني، وأهمية الحصص أو المنتوجات موضوع التعامل الوطني في السوق الجزائرية.

ولم ترد هذه المعايير على سبيل الحصر، بل من منطلق الذكر وهو ما تؤكد الفقره الأخيرة من المادة 78 بنصها على أنه "يمكن أن تستخدم معايير أخرى بشرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة". وحتى تتمكن الإدارة من اختيار المتعاقد على أسس موضوعية محايدة تضمن حرية المنافسة ينبغي عليها التأكد من تأهيل المرشحين، إذ يتعين عليها التأكد من قدراتهم التقنية والمالية والتجارية.

لا تكتفي الإدارة بالتأكد من خلال اشتراط تقديم وثائق تثبت قدرة المرشحين وتأهيلهم، بل قد تلجأ إلى الاستعلام عن قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية أثناء فترة تقييم العروض، إذا اقتضت الضرورة ذلك بهدف أن يكون اختيارها سديدا.

خوّل المشرع للإدارة استعمال كل وسيلة قانونية تمكنها من الاستعلام لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العام ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج⁽³¹⁾.

متى تأكدت المصلحة المتعاقدة من توفر المؤهلات، واطمأنت إلى اختيار المتعاقد الملائم قامت بتخصيص الصفقة لمرشح يعتقد أنه قادر على تنفيذ الصفقة⁽³²⁾.

تأكيدا على ضرورة نبذ أي تمييز في اختيار المتعاقد، أجبرت المادة 78 المصلحة المتعاقدة على ذكر معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها في دفتر شروط المناقصة، بهدف السماح للمتعهدين بالتعرف على أسس اختيار المتعاقد، مما يمنحهم فرصة الطعن في قرار المنح المؤقت، متى أدركوا عدم مشروعيتها لمساسه بحرية المنافسة.

أكد القضاء الإداري الفرنسي على ضرورة تحديد المعايير التي تم على أساسها اختيار المتعاقد في حكم "Beentyes" الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 2000 والذي جاء فيه ما يلي: " حيث أنه يجب التذكير في معرض الحال بأنه إن لم تعتمد المصلحة المتعاقدة على معيار الثمن الأقل كمعيار وحيد للاختيار، بل اعتمدت على معايير عدة فإنها كان عليها ذكر هذه المعايير بالتفصيل وعدم الاكتفاء بذكر معيار الثمن الأقل"⁽³²⁾.

سار قضاء الاتحاد الأوروبي في نفس الاتجاه، إذ اعتبرت محكمة قضاء الاتحاد الأوروبي (C. E) بأن قيام المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها على أساس معايير تم وضعها لاحقا، لم ترد في الإعلان عن الصفقة ولا في دفتر شروطها يشكل مساسا بمبدأ المنافسة⁽³³⁾. من جهته اعتبر القضاء الفرنسي بأن رقابته على تطبيق مبدأ حرية المنافسة، لا تتوقف عند حد التأكد من اختيار المتعاقد وفق معايير تم الإعلان عنها مسبقا، بل تصل رقابته إلى حد الرقابة على مدى توفيق المصلحة المتعاقدة، في اختيار المعيار الذي تم على أساسه إرساء الصفقة، مؤكدا على أن اختيارها للمتعاقد على أساس معيار السعر كمعيار وحيد، ينبغي أن يكون مبررا بموضوع الصفقة⁽³⁴⁾.

أما محكمة الاستئناف الإدارية ب: "Bordeaux"، فقد اعتبرت بأن اعتماد الإدارة على معيار حجم العمل المسند للمصلحة المتعاقدة، بهدف عدم الإضرار بنوعية الصفقات والمشاريع الأخرى المسندة إليها دون أن تعتمد على المعايير المذكورة في قرار الإعلان عن الصفقة، يعدّ مساسا خطيرا بمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية⁽³⁵⁾.

II. الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم التمييز بين المتنافسين

رغم القيمة القانونية التي يتمتع بها مبدأ عدم التمييز بين المتنافسين، و تأثيره البالغ على تحقق مبدأ المساواة بين المرشحين وشفافية الصفقة، إلا أنه ترد عليه بعض الاستثناءات المبررة بتحقيق الصالح العام. وهو ما يؤكده نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي بقوله بأن: " المنافسة لا تعدّ بحدّ ذاتها مبدأ مطلقا، فالتطبيقات التي يفرضها هذا المبدأ ينبغي أن تتلاءم مع مقتضيات الصالح العام، لأنها أصبحت في واقع الأمر أحد مكونات ومقومات الصالح العام،

عن طريق مساهمتها في إثراء دولة القانون... فأصبحت بذلك وسيلة تصالح بين الصالح العام والمصلحة الخاصة للأفراد"⁽³⁶⁾.

يمكن رد الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم التمييز بين المتنافسين إلى صورتين، أولاهما المنع من دخول الصفقة لخطأ الترشح للصفقة والمنع بسبب شروط تضعها المصلحة المتعاقدة.

1. المنع من دخول الصفقة لخطأ المرشح

رغم أنّ المنع من دخول الصفقة العمومية لأحد المرشحين، ينطوي على تمييز صريح بين المرشحين، غير أنّ هذا المنع وهذه المخالفة، تقوم على فكرة حماية الصالح العام من مرشح يخشى أن يتسبب بإهدار المال العام في حالة ما إذا تم اختياره.

كان تنظيم الصفقات العمومية الجزائي، يتفادى لسنوات طويلة فكرة الإشارة إلى الفئات المحرومة من دخول الصفقة على عكس نظيره الفرنسي والمصري⁽³⁷⁾. ليتم النص عليها في القسم الرابع تحت عنوان حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية فنصت المادة 75 منه على أن: " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين كانوا محل حكم قضائي له حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.
- الذين قاموا بتصريح كاذب.
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم.
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89⁽³⁸⁾.

– المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش، أصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

– الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

– الذين أخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84.

يعدّ المنع من دخول الصفقة في الحالات المحددة في المادة 62 حرمانا جزئيا، غايته سد الطريق أمام المرشح سيء السمعة وطنيا كان أو أجنبيا.

و قد حوّل القضاء الإداري الفرنسي للمصلحة المتعاقدة حق حرمان المرشح من دخول الصفقة، آخذة بعين الاعتبار الصعوبات التي واجهتها في تعاملاتها السابقة معه بشأن تنفيذ الصفقة⁽³⁹⁾.

2. المنع من دخول الصفقة بسبب شروط تفرضها لمصلحة المتعاقدة

في كثير من الحالات تعمد المصلحة المتعاقدة إلى التضييق من باب المنافسة، عن طريق فرض شروط تقنية عادة ما تتعلق بمؤهلات المرشح، و ذلك بهدف الوصول إلى أحسن تنفيذ للصفقة العمومية، وهو ما يعني إقصاء فئة معينة من دخول الصفقة، وهي في أغلب الأحيان الفئة التي لا تتوافر فيها الشروط المطلوبة.

من قبيل الشروط التي قد تتطلبها المصلحة المتعاقدة شهادة خبرة أو جودة في مجال معين، مما قد يدفعها إلى اللجوء إلى أسلوب طلب العروض المحدود. كذلك يؤدي اللجوء إلى أسلوب الاستشارة الانتقائية إلى غريبة المرشحين للصفقة منذ البداية عن طريق إجراء الانتقاء الأولي. كما قد تشترط المصلحة المتعاقدة ضرورة الحصول على ترخيص مسبق، فيما يخص المهندسين أو الخبراء أو مكاتب الدراسات من الوزير المعني لإبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن والعمران والموارد المائية والأشغال العمومية⁽⁴⁰⁾.

كما حوّل القضاء الإداري الفرنسي للمصلحة المتعاقدة حق استبعاد العرض المقدم من متعهد، تأسيسا على عدم استيفائه للمؤهلات التقنية المطلوبة، ولا يشكّل ذلك أي مساس بمبدأ المنافسة، إذ أنّ الهدف من فتح باب التنافس في الأساس هو الحصول على العرض الأفضل⁽⁴¹⁾.

إذا كانت المخالفة لمبدأ حرية المنافسة تبدو مشروعة في هذه الحالة لحرمان الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الشروط المطلوبة من دخول الصفقة، فقد أقرّ المشرع الجزائري حالة أخرى يمكن فيها للمصلحة المتعاقدة إقصاء العرض المقبول بناء على اقتراح من لجنة تقييم العروض، متى أثبتت أنّه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق، أو تسببه في اختلال المنافسة في القطاع المعني.

منح التنظيم الحالي للمصلحة المتعاقدة حرية إثبات ذلك بأي وسيلة كانت، غير أنّه اشترط أن تتم الإشارة إلى حق المصلحة المتعاقدة في رفض العرض المقبول مسبقاً في شروط طلب العروض.

كما منحها حق رفض العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتاً، متى اتضح للمصلحة المتعاقدة انخفاض عرضه المالي بشكل غير عادي وذلك بموجب قرار معلل. يعدّ الحرمان في هاته الحالات مبرراً بالمصلحة العامة، التي من الممكن أن تتضرر جراء منح الصفقة لمتعامل يحتكر السوق أو يؤدي إلى اختلال المنافسة. أو إذا كان يخشى من سوء تنفيذ الصفقة وعدم ضمان النوعية، بسبب انخفاض العرض المالي بشكل غير معقول. إن كانت مخالفة الإدارة لمبدأ حرية المنافسة خطأً جسيماً يؤدي إلى نشوب نزاعات حول إبرام الصفقة، فإنّه في مثل حالات الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ، تعدّ مخالفة مشروعة لأنها تقوم على أساس قانوني، إما لوجود نص قانوني يجيز الخروج عن قاعدة عدم التمييز بين المتعاقدين، أو لاشتراط الإدارة لمجموعة من المواصفات التي تضمن تحقيق الصالح العام.

خاتمة

مهما يكن من أمر فإنّه يتعين على المشرع الجزائري- كنظيره الفرنسي- ضمان التجسيد الحقيقي لمبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية عن طريق:

- دعم المنظومة القانونية بنصوص قانونية واضحة تركز بشكل أوفر مبدأ المنافسة.
- التخلي عن التعديل الدوري والعشوائي لتنظيم الصفقات العمومية الذي أثار سلبيات على صياغته القانونية.

- إلغاء فكرة أفضلية المنتج الجزائري باعتبارها خرقة صريحاً لحرية المنافسة.

كما يتعين على القاضي الإداري الجزائري باعتباره حارس المشروعية، أن يلعب دوره الابتكاري الخلاق في حل المنازعات المرفوعة أمامه مع تكريس قضائي أكبر لهذا المبدأ. لا أحسبني متحيزة أبداً، إن قلت أنّه ينبغي علينا أن ننظر إلى فرنسا كمثال قانوني يحتذى به. حيث ينظر إلى هذا المبدأ على أنّه المبدأ الذي أعاد الاعتبار لتدخل الدولة في المجال الاقتصادي، خاصة في ظل الأزمة الاقتصادية الحالية، لذا فإنّه متى تم تأطير المنافسة تشريعياً وقضائياً بشكل جيد فإنّها ستشكل أحد حلول الأزمة الاقتصادية وليس سبباً لها.

مهما كان الاختلاف حول أساليب فرضها، فإنّ المبدأ ذاته يلقي قبولا وترحيباً من الجميع⁽⁴²⁾ في فرنسا، وهو نفس التوجه الذي نتمنى أن يسلكه مشرعنا بتفعيل تطبيق مبدأ المنافسة الحقيقية في مجال الصفقات العمومية، ضماناً لتحقيق تنمية اقتصادية فعلية وفعالة في السنوات القادمة.

الهوامش:

(1) Ibrahim Réfaat Mohamed el-Béherry, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat en droit, institut de droit de la paix et de développement, université de Nice Sofia-Antioliis, mars 2014, p.163.

(2) نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص. 62.

(3) انظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضها المرفق العام، ج. ر. ج. عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(4) C.E. avis 08/11/2000, société Jean-Louis Bernard consultant, Rec avec les conclusions de Catherine Bergeal.

(5) Jean-Marc Sauvé, « à quoi sert la concurrence », intervention au colloque organisé par la revue concurrence, assemblée nationale française, jeudi 04/12/2014, p. 01-08.

(6) Jean-Marc Sauvé, « Pouvoirs publics et concurrence », intervention au colloque organisé par le conseil d'état français sur: « les entretiens du conseil d'état en droit public économique 07/05/2010, p. 02.

(7) انظر المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247، مرجع سابق التي تنص على أن: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا..."

(8) انظر المادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية 15-247 السالف الذكر.

(9) وهو ما أكدته قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية "Région Nord-Pas-De-Calais" مؤكدا على أن قيام مقاطعة "Nord-Pas-De-Calais" بالإعلان عن صفقة عمومية بهدف برمجة تركيب هوائي (pour la programmation de) لمتحف Louvre de Lens عن طريق الإعلان عنها في جريدة محلية من جهة وإعلانا إلكترونيا في موقعها الإلكتروني لمدة 15 يوما يعدّ خرقا لمبدأ علانية الصفقة وبالتبعية لحرية المنافسة. حيث ورد فيه حرفيا ما يلي:

« Que pour passé ce marché selon la procédure adaptée prévue par l'article 28, la région Nord-Pas-De-Calais a choisi d'envoyer à la publication dans le journal régional « la voie du Nord » un avis d'appel public à la concurrence et de diffuser cet avis par la voie de son site d'internet pendant 15 jours, que compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publication suffisante... ». Voir CE, arrêt n° 278732, 07/10/2015, Région Nord-Pas-De-Calais.

(10) يعتبر إجراء الإشهار المحلي إجراء اختياري كرسه المرسوم الرئاسي 03/301 المتعلق بالصفقات العمومية سابقا، غير أنه رغم جواز قيده بحد قيمي يتوقف على بلوغ قيمة الصفقة حدا معيناً، وذلك تبعا لتقدير الإدارة حسب المادة 65 منه.

(11) انظر أيضا المادة 203 المرسوم الرئاسي 15/247 مرجع سابق.

(12) Mireille Berbari, marchés publics, La réforme à travers la jurisprudence, Le Moniteur, Paris, 2001, p. 86. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 275.

(13) عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 200، ص. 108.

(14) Voir: CE, 02/06/2004 ville de Paris C/société Polyurbaine A N°, 261296, 261391.

(15) أكدت المادتين 63 و64 من تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة وضع هذه الوثائق تحت تصرف المترشحين لدخول الصفقة.

(16) يتم إطلاع المرشحين على الوثائق بالطريقة الإلكترونية طبقا للمواد 203، 204، 205، 206 من تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما يقصده المشرع بنصه على إمكانية إرسال هذه الوثائق إلى المرشح الذي يطلبها، إذ يتصور في هذه الحالة أن الأمر يتعلق بإرسالها إلكترونيا بدلا من وسيلة البريد التي تعد طريقة تقليدية بطيئة ومكلفة في آن واحد.

(17) تأكيداً من المشرع على الارتباط الوثيق بين أجل تحضير العروض وحرية المنافسة فقد نص في الفقرة الرابعة من المادة 60 على: "و مهما يكن من أمر فإنه يجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين".

- (18) CE, 15/04/2015, arrêt du conseil d'Etat du 15 avril 2005, ville de Paris et C/société SITA, n°, 273178, inédit au recueil lebon.
- (19) تعدّ الإشارة إلى التشريع والتنظيم المعمول به، لأنّ علم المرشحين بالمرسوم الذي تخضع له الصفقات يحقق علمه بالحقوق والتزاماته المقررة تشريعياً مما يجعله متنافساً حقيقياً.
- (20) Ibrahim Réfaat Mohamed El-Beherry, op.cit, p. 164-166.
- (21) Ibid, p. 164-166.
- (22) راجع المادتين 32 و34 من الدستور الجزائري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996, ج. ر. 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996 معدل ومتمم سنة 2002، 2008، 2016.
- (23) انظر المادة 67 من تنظيم الصفقات العمومية والتي حددت مشتملات التعهدات تحديداً مفصلاً ودقيقاً.
- (24) غير أنّه يمكن في حالة تنفيذ عمليات إنجاز الأشغال تقديم هذه الشهادات بعد تسليم العروض بشرط توفر إجراء جوهري يتمثل في موافقة المصلحة المتعاقدة، ومهما يكن من أمر فإنّ هذه الشهادات لا بد أن تقدم قبل التوقيع على الصفقة.
- (25) Mireille Berbarie, marchés publics, op.cit, p. 79.
- (26) Question écrite n° 06626 de M. Paul Raoul, J.O Sénat du 23/07/2009 sur la validité des habilitations délivrées aux entreprises par les agences de l'eau.
- (27) Voir la réponse du ministère de l'économie et de l'industrie et de l'emploi publiée dans le J.O Sénat du 21/01/2010, p.130 sur la question écrite n° 10874 de M. Gérard Bailly sur la proximité géographique d'une entreprise, publié dans le J.O Sénat du 12/11/2009, p. 2612.
- (28) Question écrite n° 10276 de M. Jean-Louis Gagnaire, publiée au J.O Sénat du 01/03/2011.
- (29) انظر في هذا الصدد نص المادة 78 المرسوم الرئاسي 247/15 السابق الذكر.
- (30) يعدّ استعلام المصلحة المتعاقدة عن قدرات المتعهدين لدى مصالح وإدارات أخرى بمثابة تحقيق إداري قبلي، يسمح لها بتفادي التعاقد مع متعهدين غير قادرين على تنفيذ الصفقة، وتظهر فعالية هذا الإجراء خاصة فيما يتعلق بالصفقات الدولية التي غالباً ما تجهل المصلحة المتعاقدة مدى جدية المتعاملين الأجانب فيها.
- (31) نصت المادة 53 من تنظيم المرسوم الرئاسي 247-15 على أنّه: لا يمكن تخصيص الصفقة إلا للمؤسسة يعتقد أنّها قادرة على تنفيذها"، ويؤخذ على المشرع استخدامه لمصطلح مؤسسة في حين أنّ المتعاقد قد يكون شخصاً طبيعياً، كما أنّ كلمة يعتقد تحمل سمة الريبة والشك في اختيار المتعاقد وتوحي بأنّها ملزمة ببذل عناية لا تحقيق نتيجة.
- (32) Mireille Berbarie, op.cit, p. 87.
- (33) تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ بلدية "Alexandroupolis" قامت بالإعلان عن صفقة دراسات متعلقة بمسح الأراضي وتعمير منطقة عمرانية. فتقدم عدة مرشحين لتقوم البلدية في النهاية إلى اختيار مكتب دراسات "Loukatos" من بين 13 مكتب دراسات وذلك على أساس معايير أساسية نشرت في إعلان الصفقة ودفتر شروطها ومعايير أخرى فرعية لم ترد الإشارة إليها مسبقاً، وهو ما أدى بمكتب دراسات "G. Lianakis AE" بالطعن في اختيار البلدية باعتباره قد تضمن مساساً بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، فقضت المحكمة الأوروبية ببطالان الصفقة. انظر في هذا الصدد:
- C. J. C. E, 24 janvier 2008, G. Lianakis AE, C/ Dimos Allexandroupolis, A,n C-532/06 Emm.
- (34) « Le choix du prix comme seul critère d'attribution des offres n'est pas discrétionnaire et doit être justifié par l'objet du marché... ». Voir C.E, 06 avril 2007, département de l'isère, n° 298584, mentionné aux tables de recueil lebon.
- (35) Voir CAA Bordeaux, 19 juillet 2005, office publique d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux Aquitanis, n° 01BX02528.
- (36) Jean-Marc Sauvé, « à quoi sert la concurrence », op.cit, p. 04.
- (37) فلم يكن لدينا غير نص المادة 62 من الأمر 31/96 الذي أكد أنّ: " كل شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات ولمدة 10 سنوات". أمر رقم 31/96 مؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج. ر عدد 85 الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1996.

(38) تتعلق المادة 89 بكل متعامل اقتصادي يرتكب أفعالا أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لنفسه أو لكيان آخر بمناسبة تحضير الصفقة أو العقد أو الملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه.

(39) CAA Nancy, 12 mai 2005, département de la moselle, A, n° 01NC00913, inédit au recueil Lebon.

(40) راجع في هذا إلى المرسوم رقم 652/68 مؤرخ في 26 ديسمبر 1968 المتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقودا أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج.ر عدد 2 الصادرة بتاريخ 07 جانفي 1969 معدل ومتمم بمرسوم تنفيذي رقم 176/02 مؤرخ في 20 ماي 2002، ج.ر. عدد 37 الصادرة في 2002.

(41) CAA Bordeaux, 24 mai 2005, communauté intercommunale des villes solidaires, A, n° 02BX00318.

(42) Jean-Marc Sauvé, « pouvoir public et concurrence », op.cit, p . 04.

مكافحة جريمة تبييض الأموال: بين المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية*

IRATEN Abdellah, MA "A ",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

إراتن عبد الله، أستاذ مساعد "أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

إنّ التقدم التقني الذي يشهده العصر الحالي في ميدان تطوير الآلة والصناعة والاتصالات و الدخول في عصر العولمة حال دون وجود حواجز اقتصادية بين الدول، مما يولّد في بعض الأحيان أنواعا جديدة من الجرائم على سبيل المثال السرقة والإثراء غير المشروع، و كذا ارتكاب جريمة تبييض الأموال في الوقت الحالي بوسائل تقنية حديثة كالحاسوب الآلي والاعتماد على شبكة الاتصالات العالمية.

وعليه فمن الواجب أنّ يتصدى لجريمة تبييض الأموال، نظرا لبعدها الذي يتخطى حدود الدولة الواحدة، حيث تتسم بالطابع العابر للوطنية الشئ الذي يتطلب تعاونا دوليا كبيرا.

الكلمات المفتاحية:

الأنشطة الإجرامية، الاتفاقيات الدولية، التعاون الدولي، مجموعة العمل المالي، تبييض الأموال.

Money laundering crime combating : between International covenants and domestic legislation

Abstract:

The technical progress of the present era in the field of machine development, industry, communications and entering the era of globalization has prevented economic barriers between States, which sometimes generate new types of crimes, for example theft and illicit enrichment, With modern technical means such as computer-based and global communications.

It is therefore necessary to address the crime of money laundering because of its dimension beyond the borders of a single State, which is transnational in nature and requires considerable international cooperation.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/20 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/12/14 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Keywords:

Criminal activities, international conventions, international cooperation, financial workers group, money laundering.

Lutte contre le blanchiment d'argent : entre traités internationaux et législations internes

Résumé :

L'amplification des échanges commerciaux et économiques entre Etats couplé avec le développement technique et la mondialisation a fait naître de nouvelles catégories de crimes parmi lesquels on cite le phénomène du blanchiment d'argent. Ce dernier peut se faire par de nouveaux instruments mondiaux de communications et d'information. Il est donc judicieux de lutter contre ce phénomène transfrontière par l'adoption de textes effectifs tant au niveau national qu'international.

Mots clé :

Coopération internationale, blanchiment d'argent, activité criminelle, conventions internationales

مقدمة

إنّ التطور الذي يعرفه العصر الحالي في المجال الاقتصادي والصناعي أدى إلى عدم وجود حواجز اقتصادية بين الدول، مما يؤدي إلى ابتكار أنواع جديدة من الجرائم، وكذا طرق حديثة لإخفاء مصدر الأموال المشتبه فيها، التي يتم تحويلها كاستثمارات جديدة تعود بالنفع للدولة، لذا بات من الضروري مكافحة هذا النوع الجديد من الجريمة، والذي لا يتم إلا من خلال تضافر الجهود الدولية أي التعاون الدولي للتصدي لهذه الظاهرة، وذلك من خلال تسارع الدول إلى سن تشريعات داخلية لمكافحة هذه الجريمة من جانب، وتطبيق العديد من المبادئ الخاصة بمكافحتها في الاتفاقيات الدولية من جانب آخر.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الدول المتقدمة هي التي سارعت إلى عملية مكافحة هذه الجريمة بالمقارنة مع الدول النامية، فكيف تم التصدي لهذه الجريمة على مستوى كل من المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية؟

لدراسة هذا الموضوع، إعتدنا على المنهج الوصفي، وذلك قصد تبيان مختلف التشريعات الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية المتعلقة بموضوع مكافحة هذه الجريمة.

أولاً: مكافحة جريمة تبييض الأموال في إطار بعض الاتفاقيات الدولية

تناولت العديد من الاتفاقيات الدولية موضوع تبييض الأموال، أين حثت على وجوب التعاون بين الدول للتصدي لهذا النوع من الجريمة، لذا سوف نقوم بدراسة البعض منها.

1/ إتفاقية فيينا لسنة 1988 المتعلقة بالمخدرات والمؤثرات العقلية

تعدّ هذه الاتفاقية من أولى الاتفاقيات التي جرّمت تبييض الأموال⁽¹⁾، حيث تم اعداد هذه الاتفاقية في ديسمبر 1988 بفيينا، وكان الهدف الرئيسي هو مصادرة وحجز الأموال المتأتية أو الناتجة عن المخدرات والمؤثرات العقلية⁽²⁾، ونصت المادة الثالثة 03 من هذه الاتفاقية على

ضرورة إدراج كل طرف في الاتفاقية في قانونه الداخلي التدابير اللازمة والتي من شأنها معاقبة كل من يخفي أموالاً أو مصدرها أو مكائنها أو طريقة التصرف فيها، مع العلم بأنّها مستمدة من جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية⁽³⁾، كما تطرقت هذه الاتفاقية إلى عدّة مسائل منها:

– تنظيم الإجراءات الخاصة بالحجز ومصادرة الأموال الناتجة من المخدرات والمؤثرات العقلية.

– تنظيم الاختصاص القضائي وإجراءات التبادل وتسليم المجرمين بين الدول.

– تنظيم كيفية تبادل المعلومات بين الدول.

– تنظيم عمليات تدريب العاملين والمختصين في هذا المجال.

2/ إعلان بازل لسنة 1988⁽⁴⁾

تقوم لجنة بازل بالإشراف على البنوك في مختلف أنحاء العالم، لهذا قامت بإصدار مجموعة من المبادئ والأسس المتعلقة بضرورة التدقيق في مصدر الأموال المودعة في البنوك، وكذا النشاط التجاري للعميل وفقاً لقاعدة "إعرف عميلك".

ومن أهم المبادئ التي جاءت بها هذه اللجنة نذكر:

– مبدأ التأكّد من هوية العملاء.

– مبدأ الحيطة والحذر.

– مبدأ التعاون المصرفي⁽⁵⁾.

3/ إتفاقية باليرمول سنة 2000 العابرة للوطنية

دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 29 سبتمبر 2003، وتعدّ هذه الاتفاقية من بين أهمّ الوثائق التي جرّمت أنشطة تبييض الأموال. كما جرّمت أيضاً نشاطات معينة مذكورة على سبيل الحصر، واعتبرت مرتكبها عمداً بمثابة فاعلين يسألون عنه جنائياً⁽⁶⁾، وهي تحويل الممتلكات أو نقلها، مع العلم أنّها عائدات إجرامية، كذا إخفاء أو تمويه طبيعة المصدر أو مكان هذه الممتلكات أو اكتسابها، مع العلم بأنّها عائدات إجرامية.

كما نصت هذه الاتفاقية على العديد من التدابير الخاصة بمكافحة تبييض الأموال

والمعلقة أساساً بـ:

– التحقيقات المشتركة ونقل الإجراءات الجزائية.

– التعاون الدولي مع الأجهزة الخاصة بمكافحة هذه الجريمة.

– التدريب والمساعدة التقنية.

4/ إتفاقية فيينا لسنة 2003 المتعلقة بالفساد

تهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز التعاون الدولي بقصد منع ومكافحة جرائم الفساد، حيث أنّ عائدات الفساد تعدّ أهم الركائز الخاصة بجريمة تبييض الأموال سواء على الصعيد الدولي أو المحلي⁽⁷⁾. إذ أنّ هذه الاتفاقية دعت كل الأطراف إلى اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لمكافحة عائدات الجرائم المتأتية منها الأموال غير المشروعة بما فيها جرائم الفساد.

كما نصت هذه الاتفاقية على كيفية التعامل مع هذه الأموال الناتجة عن هذا النوع من الجرائم، ومكافحة تبييضها باستعمال القنوات الشرعية، من خلال التحفظ عليها وكذا مصادرتها.

وأشارت هذه الإتفاقية إلى وجوب عقد برامج ودورات تدريبية، تهدف إلى الارتقاء بالمستوى المهني للأفراد، وكذا مجموعة أخرى من التدابير منها:

— الأحكام المتعلقة بتسليم المجرمين.

— المساعدة القانونية المتبادلة بين الدول.

— تدعيم سبل التعاون بين الدول في مجال إنفاذ القوانين، وكذا التحقيقات المشتركة وأساليب التحري الخاصة⁽⁸⁾.

5/ مجموعة العمل المالي

أسفر عن عقد قمة المؤتمر لاجتماع الدول الصناعية الكبرى بباريس عام 1988، وبدعوة من الرئيس الفرنسي، على قرار خاص بتشكيل لجنة خاصة مستقلة لمكافحة تبييض الأموال، أطلق عليها إسم مجموعة العمل المالي. كان الهدف الرئيسي لهذه المجموعة دراسة كيفية منع استخدام البنوك والمؤسسات المالية في عمليات تبييض الأموال، خاصة الناتجة عن تجارة المخدرات⁽⁹⁾.

مع الإشارة أنّها قد أصدرت التوصيات الأربعين، التي تعتبر بمثابة دليل إرشادي يضم عدة مجالات منها النظام القضائي والتعاون الدولي⁽¹⁰⁾.

قامت مجموعة العمل المالي فيما بعد، بتطوير هذه التوصيات وإعادة صياغتها كلما تطلب الأمر ذلك. كما قامت في نفس الوقت بمتابعة التطبيق الصحيح والالتزام التام بما ورد في هذه التوصيات، من أجل ضمان تطبيقها بسلاسة وسلامة والسير على نهجها لتحقيق الأغراض المنشودة منها، وحتى لا تبقى التوصيات حبرا على ورق وبدون فائدة.

وفي سنة 2001، قامت المجموعة باتخاذ خطوات إضافية جديدة، حيث تمت المراجعة التامة للتوصيات الأربعين لمواكبة التطورات التي طرأت فيما يتعلق بمكافحة تبييض الأموال. كما تم إضافة ثمانية توصيات جديدة مكّمة للتوصيات الأربعين والتي أصبحت فيما بعد تسعا، وهي في مجملها تختص بمكافحة تمويل الإرهاب. وهذه التوصيات الجديدة تم وضعها

خصيصاً بعد تنامي الإرهاب في شتى بقاع العالم وبصفة خاصة بعد ما حدث في أمريكا، والغرض الرئيسي لهذه التوصيات الجديدة هو العمل على وقف وقطع كافة التمويلات المالية، ليتم تجفيف كل المنافذ والمصادر المالية التي يمكن تقديمها أو يستفيد منها الإرهاب بأية وسيلة.

تعدّ هذه التوصيات بمثابة معايير دولية، يجب على كل الدول سن قوانين ونصوص داخلية تتبناها فيها، تحت طائلة إدراجها ضمن قائمة الدول غير المتعاونة في مجال مكافحة تبييض الأموال. وما لذلك من تبعات سلبية على الدولة غير المتعاونة، تصل إلى فرض عقوبات اقتصادية، كامتناع المؤسسات المالية الدولية إقرارها، أو منع الدول الممتثلة لهذه التوصيات من التعامل معها⁽¹¹⁾.

ثانياً: مكافحة جريمة تبييض الأموال في إطار بعض التشريعات الداخلية

تجسيدا لمختلف الجهود الدولية السابقة الذكر، حاولت معظم الدول تكييف قوانينها الداخلية للتماشي مع هذه المساعي، هذا ما يظهر من خلال تباين تجريمها لهذه العمليات، ومحاولة التصدي لها. من بين هذه التشريعات نذكر على سبيل المثال:

1/ مكافحة جريمة تبييض الأموال في التشريع الأمريكي

لم ينظّم التشريع الأمريكي بالتفصيل موضوع تبييض الأموال، إنّما كان مبعثراً في عدة تشريعات وطنية، فعلى سبيل المثال كانت المعاملات النقدية مقيدة في قانون سرية البنوك، واشترط عدم تجاوزها لحدّ معيّن، أي أنّ المعاملات النقدية لها حدّ مخصص⁽¹²⁾.

قام الرئيس الأمريكي رونالد ريغان في عام 1983 بإسناد مهمة خاصة للجنة الجريمة المنظمة بخصوص موضوع مكافحة، والتي رفعت إليه تقريراً نهائياً عام 1986، أين خلصت فيه إلى أنّ التشريعات السارية المفعول غير كافية لمواجهة جريمة تبييض الأموال. وكذلك العقوبات المقررة غير كافية لردع حجم عمليات تبييض الأموال، مع وجود قيود قانونية، بمعنى أنّ القانون لا يخوّل للسلطات الحق في الرقابة⁽¹³⁾.

لذا أقرّ الكونجرس الأمريكي - السلطة التشريعية - أول قانون لتجريم عملية تبييض الأموال سنة 1986، والمسمى بقانون الرقابة على تبييض الأموال. ومن خلال هذا القانون أكدّ المشرع الأمريكي المسؤولية الجنائية لكل شخص يقوم بالتعامل المالي، مع العلم بأنّ هذه الأموال ناتجة عن نشاط غير مشروع. فجريمة تبييض الأموال في التشريع الأمريكي هي جريمة عمدية قائمة بكافة عناصرها، إذ يكفي إتجاه إرادة الجاني إلى سلوك أو فعل من شأنه المساس بالمعاملات المالية أو نقل الأموال. أو تحويلها عبر الحدود الأمريكية أو المساهمة في التعاملات التي لها صلة بالأموال غير المشروعة، لاعتبارها بمثابة جريمة تبييض الأموال⁽¹⁴⁾.

وتماشيا مع متطلبات التطورات الواقعة على هذا النوع من الجريمة، وكذا تجريم بعض الأفعال التي لها صلة بجريمة تبييض الأموال. قام المشرع الأمريكي بالعديد من التعديلات على قانون تبييض الأموال منها:

– قانون مكافحة إساءة استعمال المواد المخدرة سنة 1988.

– قانون مكافحة تبييض الأموال سنة 1992.

– قانون قمع تبييض الأموال سنة 1994.

– قانون قمع الإرهاب سنة 1996.

– قانون التأمين الصحي سنة 1996.

وما نلاحظه هنا، هو أنّ التشريع الأمريكي اعتمد على سياسة التدرج في تجريم الأفعال التي لها صلة بهذه الجريمة⁽¹⁵⁾.

2/ مكافحة جريمة تبييض الأموال في التشريع الفرنسي

قبل تدخل المشرع الفرنسي بتجريم تبييض الأموال واعتبارها جريمة مستقلة، كانت هناك العديد من القوانين التي كانت سابقة عليه، نذكر منها قانون عام 1953 خاص بمكافحة إنتاج المخدرات وإدمانها والاتجار فيها. و الذي تم تعديله سنة 1970، وعلى هذا النحو لم يكن من السهل الوصول إلى تجريم الأفعال التي لها علاقة بتبييض الأموال، إلا بوجود بعض أركان هذه الجريمة من " إخفاء أو امتلاك أو نقل أو وساطة في نقل أشياء متحصلة من جناية أو جنحة مع العلم به"، وفي عام 1987 صدر قانون من خلاله تم تعديل أحكام القانونين السابقين في بعض المواد، كما جرّم من خلاله المشرع الفرنسي تبييض الأموال الناتجة عن تجارة المخدرات⁽¹⁶⁾. وبعد صدور قانون 614 في سنة 1990 والذي بمقتضاه تم تنظيم دور المؤسسات المالية في مكافحة تبييض الأموال المتحصلة عن الاتجار في المواد المخدرة، انضمت فرنسا إلى ميثاق المجلس الأوروبي المتعلق بمكافحة تبييض الأموال والتحفيز ومصادرة الأموال المتحصلة من جريمة، الموقع في ستراسبورغ سنة 1990. وفي سنة 1996 أصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 96 – 392⁽¹⁷⁾، الذي يعتبر خطوة كبيرة في مجال مكافحة عمليات تبييض الأموال واستخدام عائدات الإجرام⁽¹⁸⁾، تضمن هذا القانون نصوصا تتعلق بمكافحة تبييض الأموال والتعاون الدولي في مجال ضبط ومصادرة عوائد الجرائم، هذا في باب أول، أما الباب الثاني فخصصه لتعزيز مكافحة الاتجار غير المشروع بالمواد المخدرة والمؤثرات العقلية. وتضمن هذا القانون العديد من الأحكام المستحدثة في مجال التجريم، العقاب والتعاون الدولي في مكافحة نشاطات تبييض الأموال.

3/مكافحة جريمة تبييض الأموال في المشرع المصري

خط المشرع المصري خطوة كبيرة في سبيل مكافحة جريمة تبييض الأموال بإصداره القانون رقم 80 لسنة 2002، المعدل فيما بعد بالقانون 78 لسنة 2003، رغم مصادقة مصر على اتفاقية فيينا 1988 في سنة 1991، وتضمن عشرين مادة⁽¹⁹⁾، حيث تعرض لأهم المبادئ الخاصة بتجريم تبييض الأموال خاصة في المسائل التالية:

- تقديم تعريف و مفاهيم عامة خاصة بتبييض الأموال.
- تحديد بصورة حصرية الجرائم الأولية التي تنتج منها الأموال غير المشروعة والتي تكون محلا لجريمة تبييض الأموال.
- إنشاء وحدة مستقلة ذات طابع خاص بالبنك المركزي، مع تحديد اختصاصاتها والاجراءات المتبعة من قبلها.
- تحديد الالتزامات والمسؤولية الجنائية وكذا العقوبات المقررة لهذه الجريمة.
- إقرار التعاون الدولي في مجال مكافحة تبييض الأموال⁽²⁰⁾.

كما صدر قرار من رئيس الجمهورية المصرية تحت رقم 28 لسنة 2003، والخاص بنظام العمل والعاملين بوحدة مكافحة تبييض الأموال، وكذا وضع اللوائح التنظيمية الخاصة بالمسائل المالية والإدارية⁽²¹⁾.

4/مكافحة جريمة تبييض الأموال في التشريع الجزائري

سعت الدولة الجزائرية إلى تجريم عمليات تبييض الأموال وفقا لما هو وارد في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها⁽²²⁾، وتماشيا مع هذه الجهود الدولية قامت بإصدار قوانين لتجريم ومكافحة تبييض الأموال، بداية بإدخال بعض التعديلات في قانون العقوبات في سنة 2004⁽²³⁾، في القسم السادس مكرر منه تحت عنوان "تبييض الأموال". كما أصدرت في سنة 2005 قانون خاص بمكافحة هذه الجريمة ألا وهو قانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما⁽²⁴⁾، من خلاله تم تحديد مظاهر التجريم ألا وهي:

- تحديد صور تجريرية تتعلق بتبييض الأموال.
- تجريم شتى مظاهر السلوكية المتعلقة بهذه الجريمة.
- التوسيع في إظهار مفهوم الأموال.
- تحديد التزامات البنوك و المؤسسات المالية خاصة الإخطار بالشبهة.
- تحديد مختلف العقوبات سواء للأفراد أو المؤسسات المالية فيما يخص العمليات المتعلقة بجريمة تبييض الأموال.

تم تعديل هذا القانون في سنة 2012 تحت رقم 12-02.

تجدر الإشارة هنا، أنه من أجل متابعة ورصد كل ما يتعلق بالأموال غير المشروعة قام المشرع الجزائري بإنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي في 2002، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-127⁽²⁵⁾ الذي يتضمن إنشاءها، تنظيمها وعملها وأوكلت لها مهام أبرزها تلقي الإخطارات بالشبهة.

وبما أن البنوك والمؤسسات المالية هي المكان الخصب لعمليات تبييض الأموال والأسلوب الأكثر استعمالاً، تم إنشاء اللجنة المصرفية بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁽²⁶⁾، والتي تسعى إلى رقابة البنوك والمؤسسات المالية، وتسهر على مدى احترام هذه الأخيرة لمبادئ حسن سير المهنة المصرفية، وخاصة توقيع العقوبات عليها في حالة إرتكاب المخالفات.

خاتمة

تعتبر ظاهرة تبييض الأموال من بين المسائل المطروحة على الساحة الدولية، لهذا نالت اهتمام عناصر المجتمع الدولي، الأمر الذي جعل مهمة التصدي لها مهمة شاقة. أضف إلى ذلك الطبيعة القانونية لهذه الجريمة، كونها جريمة اقتصادية من ناحية، ومن ناحية أخرى، فهي جريمة تبعية، دون أن ننسى كونها جريمة عابرة للحدود الجغرافية للدولة الواحدة. كل هذا يصعب من مهمة مكافحة، الأمر الذي يتطلب تكاتف الجهود والتنسيق في شتى المجالات خاصة منها المجال القانوني.

فبالرغم من اتفاق المجتمع الدولي على ضرورة مكافحة هذه الجريمة بوضع إطار قانوني لها، لكن يبقى هذا الإطار نسبياً غير كافي لمواجهة. إلى جانب وجود العديد من العقوبات الأخرى التي تعيق التصدي لهذه الجريمة خاصة ما يتعلق بالسرية المصرفية.

الهوامش:

(1) MANI Malorie, *L'union européenne dans la lutte contre le blanchiment d'argent*, L'Harmattan, Paris, 2003, p.46.

- PALPACUER Jennifer, *L'utilisation des nouvelles technologies et leur influence sur le blanchiment d'argent: Aspects juridiques*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice Sophia- Antipolis, 2008, p51.

(2) BERTOSSA Bernard, « La coopération judiciaire internationale et blanchiment », in Colloque organisé par le centre français de droit comparé, *La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, société de législation comparée, Paris, 2007, p.61.

(3) إبراهيم محمود محمد بن عبد الرحيم، جريمة غسل الأموال في القانون الإماراتي والمقارن (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2009، ص24.

- كبيش محمود، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص64.

(4) تأسست لجنة بازل في نهاية سنة 1974 بمدينة بازل التي تقع شمال سويسرا، وهذا من طرف الدول الأعضاء في مجموعة الدول الصناعية العشر، الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، المملكة المتحدة، فرنسا، إيطاليا، هولندا، السويد، سويسرا، اليابان بالإضافة إلى لوكسمبورج، وأطلق على تلك اللجنة مسميات ثلاثة، لجنة بال نسبة إلى مكان انعقادها بمدينة بال بالفرنسية، أو لجنة بازل بالإنجليزية، أو لجنة كوك نسبة إلى رئيسها "مدير بنك إنجلترا المركزي".

- (5) نبيل محمد عبد الحميد عواجه، المسؤولية الدولية عن جرائم غسل الأموال في ضوء أحكام القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص ص 380-385.
- (6) MANI Malorie, *L'union européenne dans la lutte contre le blanchiment d'argent*, op.cit, p56.
- (7) عبد الله كريم عبد الله، جرائم غسل الأموال على شبكة الانترنت، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 71.
- (8) محمود محمد ياقوت، جرائم غسل الأموال بين الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 56.
- (9) سمير الخطيب، مكافحة عمليات غسل الأموال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 57.
- (10) GARNIER Jean –Yves, « Lutte contre le blanchiment et terrorisme, vue du praticien dans le cadre de la SR.VIL du G.A.F.I », in Colloque organisé par le centre français de droit comparé, La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme, société de législation comparée, Paris, 2007, p138.
- (11) تدريست كريمة، دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016، ص 06.
- (12) سمير الخطيب، مرجع سابق، ص 66.
- (13) عادل محمد السيوي، جريمة غسل الأموال، تعريفها و مخاطرها و التطور التشريعي لمكافحتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 208.
- (14) وسيم حسام الدين الأحمد، مكافحة غسل الأموال في ضوء التشريعات الداخلية والاتفاقات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص ص 96 و 97.
- (15) المرجع نفسه، ص 96.
- (16) AIT HAMLAT Sarah Rym, *Le blanchiment des capitaux*, Thèse de doctorat en droit, Université de Nice Sophia- Antipolis, 2009, p213.
- (17) Loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime. www.legifrance.gouv.fr.
- (18) PRADEL Jean, « Le droit pénal comparé du blanchiment », in Colloque organisé par le centre français de droit comparé, La lutte internationale contre le blanchiment et le financement du terrorisme, société de législation comparée, Paris, 2007, p68.
- (19) وسيم حسام الدين الأحمد، مرجع سابق، ص ص 166-178.
- (20) العريان محمد علي، عمليات غسل الأموال وآليات مكافحتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 286.
- (21) وسيم حسام الدين الأحمد، مرجع سابق، ص ص 179-180.
- (22) مرسوم رئاسي رقم 95-41، مؤرخ في 28 جانفي 1995، يتضمن المصادقة مع التحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، الموافق عليها في فيينا بتاريخ 20 ديسمبر 1988، ج ر عدد 7، صادر في 15 فبراير 1995.
- مرسوم رئاسي رقم 04-128، مؤرخ في 19 أبريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31 أكتوبر 2003، ج ر عدد 26، صادر في 25 أبريل 2004.
- مرسوم رئاسي رقم 02-55، مؤرخ في 05 فبراير 2002، يتضمن التصديق بتحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ج ر عدد 09، صادر في 10 فبراير 2002.
- (23) قانون رقم 04-15، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 جوان 1966، المنضمّن قانون العقوبات ج ر عدد 71، صادر في 10 نوفمبر 2004.
- (24) قانون رقم 05-01، مؤرخ في 06 فيفري 2005، يتعلّق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج ر عدد 11، صادر في 09 فيفري 2005. معدل ومتمم بالأمر رقم 12-02، المؤرخ في 13 فيفري 2012، ج ر عدد 08، صادر

في 15 فبراير 2012، معدل و متمم بالقانون رقم 06-15، المؤرخ في 15 فبراير 2015، ج ر عدد 08، صادر في 15 فبراير 2015.

(25) مرسوم تنفيذي رقم 127-02، مؤرخ في 07 أبريل 2002، يتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، ج ر عدد 23، صادر في 07 أبريل 2002، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-275، المؤرخ في 6 سبتمبر 2008، ج ر عدد 50، الصادر في 7 سبتمبر 2008، المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-237، المؤرخ في 10 أكتوبر 2010، ج ر عدد 59، الصادر في 13 أكتوبر 2010، المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-157، المؤرخ في 15 أبريل 2013، ج ر عدد 23، الصادر في 28 أبريل 2013.

(26) أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدل و متمم بالأمر رقم 09-01، المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009، معدل و متمم بالأمر رقم 10-04، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50، 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 عدد 77، صادر في 29 ديسمبر 2016.

البنوك الإسلامية بين الرقابة التقليدية والشرعية في ظل الرهانات الجديدة*

BELAID Djamil, MA "A",
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Mohamad BOUDIAF, M'sila, Algérie.

بلعيد جميلة، أستاذة مساعدة "أ"،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر.

الملخص:

بعد التسونامي البنكي الذي أحدثته الأزمة الاقتصادية العالمية، بسبب أزمة قروض الرهن العقارية التي اعتبرت من طرف المحللين الاقتصاديين أزمة بنكية بامتياز، اتجهت أنظار المالية العالمية والدول الاقتصادية الكبرى إلى المالية الإسلامية، كونها تعتمد على الأخلاق ومبادئ الشريعة الإسلامية، بينما تعتمد المالية التقليدية على المضاربة الفاحشة وهو ما أدى إلى سقوطها الأخلاقي .

لإلحاح الموضوع وأهميته، ندرس إذا ما كان بإمكان المالية الإسلامية حلول محل المالية التقليدية، وأن تكون بديلا يفرض نفسه في الساحة المالية والبنكية العالمية.
الكلمات المفتاحية:

البنوك الإسلامية، البنوك التقليدية، الأزمة الاقتصادية، أزمة قروض الرهن العقارية، الرقابة، الربا.

Islamic banks between traditional and sharia supervisory Under the new interactions

Abstract:

After the Tsunami's bank generated by the international economic crisis following the subprime crisis was seen by economic analyst as a banking crisis par excellence.

The crosshairs of global finance with that of major economic countries is toward the Islamic finance for adoption the principles of morality and the Islamic sharia principles, while the speculation of conventional finance depend on the benefits or wear that produced of its moral dawn .

Given the relevance and importance of the subject if we study Islamic banks are an alternative to traditional banks , which is needed on the financial and banking field.

Keys word:

Islamic banks , traditional banks , Economic crisis , The subprime mortgage crisis , supervisory , Wear .

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/02 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/11/08 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Les banques *Islamiques* entre contrôle classique et contrôle de la Chari'a à la lumière des nouveaux défis

Résumé :

Après le tsunami bancaire produit par la crise économique internationale suite à la crise des *subprimes* considérée par les analystes économiques comme une crise bancaire par excellence, le collimateur de la finance mondiale avec celui des grands pays économiques c'est retourné vers la finance *Islamique* comme modèle adoptant les principes de la morale, et de la charia *Islamique* contrairement aux principes de la spéculation de la finance classique marquée par sa défaillance morale.

Vu la pertinence et l'importance du sujet, il semble judicieux de se demander si les banques *Islamiques* seront une alternative pour les banques classiques et peuvent-elles s'imposer sur la place financière et bancaire internationale ?

Mots clés :

Banques *Islamiques*, banques classiques, crise économique, crise des *subprimes*.

مقدمة

أحدث إعلان البنك الأمريكي العملاق – ليمان برادرز (Lehmann brothers) – إفلاسه في 2008 والذي يبلغ من العمر 150 عاماً⁽¹⁾ ليس فقط إفلاس هذا البنك الكبير، وإنما إفلاس نظام اقتصادي ليبرالي عالمي برمته، نظراً للسقوط الأخلاقي بالدرجة الأولى، قبل السقوط الاقتصادي الناتج عن المضاربات الكبيرة والحسابات الوهمية، والتضخم الفاحش في البنوك التقليدية.

إنّ التلهف وراء تحقيق الربح السريع والفاحش على حساب المتعاملين والعائلات (les ménages)، أدى إلى ظهور أزمات كبيرة في بيت النظام الرأسمالي، مثل أزمة قروض الرهن العقارية وظهور المضاربين في الأسواق (les traders) بصورة ربوية كبيرة، وهو الشيء الذي أدى بدوره إلى إعادة النظر كلية في المنظومة البنكية الليبرالية، التي اعتمدها الدول الأوروبية وأمريكا، وتسلط الأضواء من جديد على البنوك التي تعتمد في مرجعيتها البديل الإنساني العادل، الذي هو مبني على أساس الأخلاق والدين بالدرجة الأولى.

بما أنّ مبدأ فصل الدين عن الدولة هو المبدأ المعتمد في الدول المسيحية اللاتينية، ومبدأ الإسلام هو دين الدولة المعتمد في معظم دساتير الدول العربية والإسلامية، فإنّ البنوك الإسلامية أضحت كبديل مناسب قلبت رأساً على عقب كل المبادئ التقليدية التي مفادها (لا اقتصاد بدون بنوك ربوية)، إلى مبادئ إنسانية جديدة التي عملتها الأساسية (لا اقتصاد بدون أخلاق).

تماشياً مع نتائج ثورات الربيع العربي، واعتلاء الإسلاميين صدارة الحكم في تونس ومصر والمغرب وليبيا، ظهرت بوادر أنظمة بنكية جديدة بتقديم حكومات هذه الدول مشاريع قوانين جديدة تتعلق بالبنوك والمصارف الإسلامية، مثل ما هو الحال بالنسبة للمغرب حيث تستعد الحكومة الحالية برئاسة حزب العدالة والتنمية الإسلامي بتقديم مشروع قانون للبنوك الإسلامية، أطلقت عليها اسم البنوك التشاركية أو البديلة⁽²⁾.

لكن السؤال المطروح، هل تصمد البنوك الإسلامية غير الربوية التي تعتمد على القرض الحسن والتعامل بدون فائدة للأزمات المالية العالمية، وهل حقيقة تشكّل هذه البنوك والمؤسسات المالية بديلا حقيقيا للبنوك التقليدية؟ وبهذا وكإجابة عن هذه التساؤلات نحلل مفهوم هذه البنوك الإسلامية (المبحث الأول) ثم دراسة البنوك الإسلامية بين الرقابة التقليدية والشرعية، والتطورات الاقتصادية والسياسية الحاصلة في العالم (المبحث الثاني).
يسلمّ الفقه الإسلامي المعاصر بأهمية البنوك باعتبارها أحد التنظيمات الاقتصادية الحديثة التي لا غنى عنها في أي مجتمع، وقد حاول التوفيق بين البنوك كونها كيانات تركز على الفوائد، وبين ما تفرضه الشريعة الإسلامية من تحريم التعامل بالربا، وذلك من خلال إنشاء تنظيمات جديدة هي البنوك الإسلامية⁽³⁾، فما هي إذن البنوك الإسلامية؟

الفرع الثاني: تعريف البنوك الإسلامية

لم تذكر القوانين المنظمة للبنوك في العالم الإسلامي ولا قانون النقد والقرض في الجزائر تعريف البنك الإسلامي، واقتصرت على ذكر العمليات التي تجعل من مؤسسة ما بنكا والذي يؤسس على شكل شركة تجارية، ويقوم بعمل تجاري بحسب الشكل وفق ما تنص عليه المادة 3 من القانون التجاري الجزائري⁽⁴⁾.

حتى التعاريف التي وضعها الفقه تدور حول الأعمال التي تقوم بها البنوك ليس إلا، وهو ما سار عليه المشرع المصري في قانون البنوك والائتمان رقم 123 لسنة 1957 وتعديلاته، والقانون التجاري الجديد لسنة 1999. وكذلك المشرع المغربي في القانونين لسنة 1967، والجديد لسنة 1993⁽⁵⁾ وقانون الائتمان والهيئات المعتمدة رقم 34-03 في المغرب⁽⁶⁾.

كما أنّ هناك تعاريف مختلفة للبنوك الإسلامية، نكتفي بالتعريف الذي جاءت به اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية⁽⁷⁾ في الفقرة الأولى من المادة الخامسة كما يلي: «يقصد بالبنوك الإسلامية... تلك البنوك أو المؤسسات التي ينص قانون إنشاءها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذا وعطاء»⁽⁸⁾.

وفي موضع آخر من الاتفاقية يعرف البنك الإسلامي بأنه: «مؤسسة مصرفية لتجميع الأموال، بما يخدم مجتمع التكافل الإسلامي، ويحقق عدالة التوزيع، ووضع المال في المسار الإسلامي⁽⁹⁾».

سارت على هذا النهج كل التعاريف التي أعطيت للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، سواء في القوانين المنظمة لها، أو التي تبناها الفقه، إما دون اختلاف عن التعريف السابق، أو مع اختلافات بسيطة، حيث أكد البعض على تجارية هذه البنوك، كما هو عليه الحال في ماليزيا، بحيث يعتبر البنك الإسلامي فيها بنكا تجاريا، يهدف إلى تحقيق الربح، تكفل له البقاء ومنافسة البنوك الموجودة⁽¹⁰⁾.

يمكن للبنوك الإسلامية أن تزاوّل نشاطها الاستثماري مباشرة أو بشراء مشروعات أو بتمويل مشروعات أو أعمال للغير، وذلك على غير أساس الربا المحرم شرعا⁽¹¹⁾. بالرجوع إلى القانون الجزائري فلا نجد تعريف البنوك الإسلامية، لا في قانون النقد والقرض ولا في القوانين المكملة له أو النصوص المتممة (المدونة البنكية الجزائرية)، رغم أنّ الدستور ينص في مادته الثانية على أنّ "الإسلام دين الدولة" ورغم وجود بنوك إسلامية معتمدة في الجزائر وتنشط في الواقع، مثل "بنك البركة الجزائري" و"بنك السلام الجزائري"⁽¹²⁾. ويمكن لنا التمييز بين البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية من خلال مجموعة من المعايير.

المطلب الثاني: تمييز البنوك الإسلامية عن البنوك التقليدية

يمكن أن نذكر مجموعة من المعايير على أساسها يمكن تمييز البنوك التقليدية عن البنوك الإسلامية من خلال معيار المرجعية والمصدر (الفرع الأول)، ومعيار الفوائد المصرفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معيار المرجعية والمصدر

إنّ مرجعية البنوك الإسلامية هي الشريعة الإسلامية بالمفهوم الواسع، وتعتبر مصادرها مختلفة⁽¹³⁾ المصدر الأول: القرآن العظيم، والمصدر الثاني: السنة النبوية، والمصدر الثالث: الإجماع، المصدر الرابع: القياس، المصدر الخامس: الاستحسان، المصدر السادس: الاستصحاب، المصدر السابع: المصالح المرسلة، المصدر الثامن: العرف، المصدر التاسع: شرع من قبلنا، المصدر العاشر: مذهب الصحابي، المصدر الحادي عشر: سد الذرائع⁽¹⁴⁾ وهي تقوم على اعتبارات أخلاقية ودينية بالدرجة الأولى، وكذا على اعتبارات اقتصادية واجتماعية. وتتفق جميع المرجعيات الإسلامية على أنّ فوائد البنوك هي الربا الحرام، وأنّ قانون البنوك في الدول الإسلامية هو قانون دخيل، وهو بمثابة غزو ربوي ظهر بعد قيام النهضة الأوروبية العلمانية المجردة من القيم الدينية⁽¹⁵⁾، بسبب فصل الدين عن الدولة لأنّ الكنيسة في تاريخها القديم والحديث لا تتعامل بالربا ولا تبيحه.

الفرع الثاني: معيار الفوائد المصرفية (القرض الحسن والقرض الربوي)

يقوم النظام المالي التقليدي على أساس مبدأ تأجير المال وبيع وشراء الدين وحساب الادخار، بحيث أنّ مؤسسات القرض حسب تعبير قانون النقد والقرض الفرنسي هي تاجرة⁽¹⁶⁾.

بينما يقوم النظام الإسلامي على أوجه مختلفة، منها المرابحة والمشاركة والمضاربة والإجارة المنتهية بتمليك وهو ما يعرف بالقرض الحسن، أي قرض بدون فائدة على اعتبار أنّ شراء الدين محرم في الشريعة الإسلامية (عدم بيع الدين بالدين)، وعليه تعتبر الفوائد على القروض

أهم نقطة اختلاف بين النظام التقليدي -المبيح للتعامل بالفوائد -، والنظام المصرفي الإسلامي المحرم للتعامل على أساس الفوائد، إذ تعدّ من الربا المحرم في الشريعة الإسلامية، وان كانت الفوائد المصرفية من الربا المحرم شرعا، فما هو البديل عنها في البنوك الإسلامية؟، وقبل ذلك ماذا نعني بالربا؟

إنّ موضوع الربا لا يقتصر فقط على الشريعة الإسلامية أو الاقتصاد الإسلامي، بل أنّ الأمر له علاقة بكل الديانات والمجتمعات⁽¹⁷⁾، إذ أنّ الربا محرم في كل الديانات .

فالربا في الاصطلاح الفقهي هو الزيادة بغير عوض في عقود المعاوضات، والربا القرآني هو ربا الدين أو القرض، وهو الزيادة مقابل الأجل، سواء أكانت هذه الزيادة مشروطة ابتداء، أو محددة عند الاستحقاق للتأجيل في السداد، والربا بهذا المفهوم محرم في كافة الأديان السماوية، فكل زيادة مهما قلت عن أصل الدين تعدّ كسبا خبيثا، فالبنوك الإسلامية هي بنوك غير ربوية لا تتعامل بالربا، استنادا إلى الآية الكريمة " يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة"⁽¹⁸⁾ .

إلى جانب أنّ البنوك الإسلامية هي بنوك اجتماعية واقتصادية استنادا إلى الآية الكريمة: " كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم"⁽¹⁹⁾، تهدف إلى التكافل الاجتماعي وتحقيق الرفاهية الاجتماعية ونبذ الربح الفاحش المبني على المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة، إذا البنوك الإسلامية لا تتعامل بالربا، بل تتعامل بالطرق والآليات المشروعة وهو ما يعرف بالقرض الحسن مثل الإجارة والمرابحة والمشاركة والمضاربة .

ومن الناحية القانونية وحسب القانون الجزائري فإنّه تحدد نسب الفوائد المدينة بكل حرية من طرف البنوك، إذ تنص المادة 4 من النظام رقم 94-13 المؤرخ في 2 يونيو 1994 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية أنه: "تحدد البنوك والمؤسسات المالية، بكل حرية معدلات الفائدة الدائنة والمدينة وكذا معدلات ومستوي العمولات المطبقة على العمليات المصرفية، غير أنه يمكن لبنك الجزائر أن يحدد هامشا أقصى يستوجب احترامه من قبل البنوك والمؤسسات المالية بالنسبة لعمليات القرض..."⁽²⁰⁾ .

وبالتالي على الرغم من الحرية التي تتمتع بها البنوك في تحديد نسب الفائدة المدينة، لكن هذه الحرية ليست مطلقة بل تصطدم أيضا بعقبات ناتجة من قانون تنظيم المنافسة، وكذلك وجوب احترام السقف الذي لا يمكن تجاوزه والناتج من التنظيم الذي يضع حدا للربا⁽²¹⁾ .

نص المشرع الفرنسي على الجزاء المقرر على الربا وهذا والمتمثل في عقوبات مدنية وأخرى جزائية والتي حددها المادة 313-5 من قانون الاستهلاك⁽²²⁾ .

المبحث الثاني: الرقابة على البنوك الإسلامية في ظل الرهانات الجديدة

ندرس الرقابة التي تخضع لها البنوك الإسلامية والتي تضمن عملها بالمبادئ السابقة الذكر، إذ نجد أنها تخضع لرقابة من نوع خاص تتمثل في دمج الرقابة التقليدية التي تخضع لها البنوك التقليدية والشرعية التي تخضع لها البنوك الإسلامية (المطلب الأول) ونتيجة هذا التدعيم في الرقابة واعتمادها على مبادئ الشريعة الإسلامية، ظهرت بقوة "فكرة البنوك الإسلامية" خاصة بعد الأزمة الاقتصادية التي تمثل التطورات الاقتصادية الحديثة، والتي تزامنت مع الربيع العربي الذي يمثل تطورا سياسيا حديثا، مما جعل علاقة تكافئية بين الربيع العربي والأطروحة البنكية الإسلامية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: البنوك الإسلامية بين الرقابة التقليدية والرقابة الشرعية

تخضع البنوك الإسلامية إلى جانب الرقابة التقليدية (الفرع الأول) إلى رقابة شرعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة التقليدية على البنوك الإسلامية

يمكن تفسير الرقابة المصرفية من خلال علاقة البنوك الإسلامية بالبنك المركزي، لكونه بنكا للبنوك والمشرف على سياسة الائتمان في الدولة، وهو المكلف برقابة البنوك داخل الدولة لضمان احترام القوانين واللوائح والأنظمة لها، والسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان، هل يميز البنك المركزي في رقابته للبنوك الإسلامية نظرا لطبيعتها عن غيرها من البنوك التقليدية؟ يتقيد البنك الإسلامي في الدول الإسلامية التي قامت "بأسلمة نظامها المصرفي" بأكمله بتوجيهات البنك المركزي الإسلامي، ويخضع لإشرافه ورقابته، كما يجب أن يلتزم بتوجيهات البنك المركزي في مجال الاستثمار، حيث يضع هذا الأخير خطة للاستثمار مبنية على مقاصد الشريعة الإسلامية.

يمكن للبنك المركزي أن يقوم بدور المكتب الفني الذي يقوم بتقييم فرص الاستثمار المختلفة وطرحها بين البنوك الإسلامية، وتحديد معدل الربح في كل فرصة استثمارية.

في الجزائر فالبنوك الإسلامية تخضع للرقابة التي تخضع لها البنوك التقليدية، وللتدابير المنصوص عليها في قانون النقد القرض وهو القانون رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 أوت 2003 المعدل والمتمم بما أنه لا توجد قوانين منظمة لها في الأساس، وبهذا فهي تخضع للترخيص والاعتماد كبنك أو مؤسسة مالية إسلامية وذلك بمقرر من المحافظ وينشر في الجريدة الرسمية، وهذا بعد أن تستوفي الشركة جميع الشروط التي يحددها القانون⁽²³⁾، وتسمى هذه الرقابة بالرقابة السابقة لتنفيذ العمليات المصرفية.

خلاصة القول، فإنّ البنوك الإسلامية تخضع لبعض الضوابط التي تضعها السلطات النقدية، التي تقوم بالرقابة التقليدية على البنوك التجارية، نظرا لطبيعتها الخاصة، كما

تخضع لرقابة اللجنة المصرفية والبنك المركزي بالنسبة للأحكام والأشكال التي تخص البنوك التجارية، إذ نجد في أغلبية الدول تخضع لرقابة البنوك المركزية، وذلك بالتقيد ببعض الضوابط والتعليمات الرقابية مثلها في ذلك مثل البنوك التقليدية، وذلك باستثناء المجالات التي تتضمن التعامل بالفوائد أخذاً وعطاءً والتي تتعارض مع الطبيعة الإسلامية للبنك، كما صدرت في دول أخرى مثل دولة الكويت، تعليمات رقابية خاصة بالبنوك الإسلامية⁽²⁴⁾.

الفرع الثاني: الرقابة الشرعية على البنوك الإسلامية

إلى جانب رقابة السلطات المصرفية والنقدية الحكومية على البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية مثلها مثل البنوك التقليدية، نجد أن البنوك الإسلامية تخضع إلى رقابة شرعية قد تأخذ شكل رقابة بواسطة مستشار شرعي مختص في الشريعة الإسلامية، له دراية بعلوم الشرع والدين والاقتصاد أو أية هيئة دينية مختصة، وتتم الرقابة عن طريق استصدار فتاوى دينية من طرف شيوخ من أهل الاختصاص، وغالباً ما يتقاضى هذا المستشار أو المفتي أو الشيخ أجراً من البنك وهو المعمول به اليوم في البنوك الإسلامية مثل "بنك البركة" في الجزائر، لكن يعاب على هذه الرقابة أنها رقابة غير موضوعية وغير مستقلة، على اعتبار أن المفتي أو المراقب الشرعي يتقاضى أجره من البنك الذي يفتي لصالحه أو لغير صالحه، إلى جانب ذلك فقد صدر بالمغرب مرسوم ملكي أنشأ هيئة رقابة على البنوك الإسلامية أو التشاركية سميت اللجنة الشرعية للمالية التشاركية، تتألف من (10) عشرة مستشارين شرعيين وخبراء ماليين⁽²⁵⁾.

كما تعززت في كل من المغرب ومصر وتونس، الرقابة الشرعية باستحداث لجان الشريعة والمالية للبت حول مطابقة العمليات والمنتجات المقدمة للجمهور لمبادئ الشريعة، وذلك عن طريق الرد على استشارات البنوك وإبداء رأي مسبق كما يفعل ذلك المجلس العلمي الأعلى في المغرب وجامع الأزهر في مصر.

يبقى حالياً هذا الأسلوب من الرقابة الشرعية هو الأسلوب الوحيد في انتظار اعتماد أو إيجاد هيئة شرعية إسلامية علمية موحدة في المجال المصرفي.

المطلب الثاني : البنوك الإسلامية في ظل التطورات الاقتصادية والسياسية

ظهرت فكرة البنوك الإسلامية بقوة نتيجة للعوامل التي سبق وأن ذكرناها، وهي ثبوت فشل البنوك التقليدية، والنظام البنكي والمالي الذي طغت عليه فكرة الربح الفاحش والمضاربة التي لا حدود لها، كما يمكن أن نضيف إلى العوامل السابقة التغيرات السياسية التي حدثت في الدول العربية، والتي كانت من نتيجتها وصول الإسلاميين إلى سدة الحكم وما ينجر من تكريس فكرة البنوك الإسلامية والنظام المالي والبنكي الإسلامي، كخطوة لإيجاد حلول بديلة يمكن أن تساهم في سد نقص وتعسف المالية الليبرالية، التي لا تعتمد على الأخلاق والتي تسببت في

المرتبة الأولى في الأزمة الاقتصادية العالمية (الفرع الأول) والتي تزامنت مع الربيع العربي الذي كان له أثر مهم على المنظومات البنكية للدول التي ثارت شعوبها على الحكم الشمولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: البنوك الإسلامية والأزمة الاقتصادية

لقد فرضت الأزمة المالية والبنكية التي حدثت في 2008 إعادة النظر في التشريعات البنكية الأوروبية والأمريكية، بإدخال ميكانيزمات جديدة تحدّ من الربح الفاحش كتسقيف أرباح البنوك وأخلقه المهن البنكية، وأبعد من ذلك تسليط الأنظار على النظم البديلة للنظام الليبرالي الفاحش، وبه لجأت أنظار المحللين الاقتصاديين إلى البنوك الإسلامية التي اعتمدها الكثير من الدول الإسلامية، والتي حققت رفاهية كبيرة في المجتمع مثل اندونيسيا وتركيا وإيران ودول الخليج العربي، إذ شكّلت البنوك الإسلامية ملجأ الكثير من المستهلكين والمستثمرين المتحفظين على طريقة عمل البنوك التقليدية والمقاطعين لها لأسباب دينية.

لكن هل البنوك الإسلامية ستكون بديلا للبنوك التقليدية مستقبلا في العالمين العربي والإسلامي والعالم بأسره؟

إنّ الأزمة المالية والنقدية التي حدثت في 2008 و الناتجة عن ما يعرف بأزمة "قروض الرهن العقاري" أحدثت ارتباكا كبيرا في العالم الغربي، أدى ذلك إلى إعادة النظر جذريا في فلسفة ومفاهيم الليبرالية، حيث استدعت الضرورة الملحة إلى - الأخذ بعين الاعتبار حالة المدنيين المعسرين - الأخذ بعين الاعتبار القروض المنزلية للموظفين البسطاء الخ). جعلت كل هذه المؤشرات السلبية في النظام العالمي النقدي، البنوك الإسلامية مرشحة أن تكون بديلا للبنوك الليبرالية المفلسة ذات التمويل الربوي بفائدة فاحشة.

وقد تدخلت الدولة لتمويل البنوك الخاصة مثل ما حدث في أمريكا من أجل إنقاذ الاقتصاد الأمريكي من الانهيار الوشيك، نظرا لإفلاس عدد من البنوك الكبيرة نتيجة فشل سياسة قروض الرهن العقاري، وبمعنى أدق فشل سياسة القرض بالفائدة المعتمدة من طرف البنوك التقليدية الليبرالية. كما أنّ الربح الفاحش للممولين والعملاء والوسطاء البنكين les traders - على حساب المودعين البسطاء والمقرضين، أدى بالفقهاء في المجال البنكي والنقدي إلى توجيه الدعوة إلى أخلقة المهنة المصرفية (أخلاقيات المهنة) وتنظيمها أكثر بتبني معايير أخلاقية أقل ما يمكن القول عنها أنّها مستمدة من الشرائع السماوية (منع الربح الفاحش، منع القرض الفاحش بشروط تعجيزية).

لكن وبما أنّ البنوك الإسلامية حديثة النشأة تفتقد إلى المرجعية الموحدة في العالمين العربي والإسلامي وتفتقد إلى نموذج يقتدي به، بالإضافة إلى العديد من التناقضات في الفتاوى بين الشيوخ الكبار في الأزهر في مسائل عديدة خاصة بجواز أو عدم جواز الفوائد البنكية، يجعل النموذج الإسلامي معرضاً للانتقاد من الغرب، خاصة أنّ هناك غموض كبير في التراث الإسلامي فيما يخص التفرقة بين الفائدة والربح، فهناك مثلاً من الفقهاء المسلمين المعاصرين من يعتبر أنّ الفوائد البنكية بنسبة معقولة هي قرض حسن وبالتالي ليس بالربا، ومن الفقهاء الآخرين من يعتبر هذه الفوائد ربوية مهما كانت النسبة ومهما كانت السلطة المرخصة به، ولو كانت من أولي الأمر من المسلمين، على اعتبار أنّه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق وفقاً للقاعدة الفقهية المتعامل بها إسلامياً، وليس استناداً إلى الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: البنوك الإسلامية والمستجدات الإقليمية

لقد كان الفساد والركود الاقتصادي وسوء أحوال المعيشة والتضييق السياسي والأمني على الحريات الفردية والجماعية، وانعدام الديمقراطية وحقوق الإنسان بصفة عامة من الأسباب المباشرة التي أدت إلى اندلاع احتجاجات شعبية سلمية في معظم الدول العربية في أواخر سنة 2010، أدت إلى سقوط الأنظمة الشمولية لهذه الدول من جهة، ومن جهة أخرى أفرزت هذه الاحتجاجات اضطرابات مستمرة وعدم الاستقرار وتفكيك دول، وعرفت هذه الأحداث بالربيع العربي عند البعض وبالفوضى الخلاقة (chaos creative) والمؤامرة عند البعض الآخر.

في ظل هذه المستجدات الإقليمية ظهرت تقنيات بنكية إسلامية وتنظيمات قانونية إسلامية، مثل ما هو الحال بالنسبة للمغرب الذي صادق على مشروع قانون البنوك الإسلامية تحت تسمية البنوك التشاركية في القانون رقم 03-34 لسنة 2012 مع استحداث خدمات بنكية إسلامية بديلة تتمثل في (المرابحة- المضاربة-الإجارة والمشاركة)، كما ظهر مصرف الزيتونة في تونس في 2010 الذي يعمل وفق مبادئ الشريعة الإسلامية بعدما كانت تجربة تونس بسيطة في البنوك الإسلامية والصيرفة الإسلامية، إذ لم تتعد بنك التمويل السعودي الذي تأسس في 1983 وبنك "نور السلام" الذي تأسس في 2009 واللذان كانا يعملان كبنوك تقليدية تحت تسمية إسلامية .

أما الجزائر فقد كانت سباقة في اعتماد بنوك إسلامية مقارنة مع المغرب وتونس بحيث تم اعتماد بنك البركة الذي له رأسمال مختلط (جزائري-سعودي) في 20 ماي 1991 وبنك السلام في 2006 .

لا شك أنّ هذه التحولات الإقليمية الجوهرية من جهة، ومن جهة أخرى انطلاق حملة واسعة للقرض الحسن في الشبكات الاجتماعية للانترنت والصحافة المكتوبة في معظم الدول

العربية، ستعرف في المستقبل القريب الساحة البنكية والمالية، ميلاد العديد من البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية التي تعتمد على القرض الحسن والمشاركة والمراوحة المشروعة، بحيث ستشكل هذه البنوك ملجأ لكثير من المستهلكين والمستثمرين المتحفظين على طريقة عمل البنوك الكلاسيكية، كما أنّ دخول هذه المصارف الإسلامية السوق المالية، سي طرح سيولة كبيرة لوجود فائض مالي كبير في الدول الإسلامية ناتج في معظم الأحيان عن "الريع البترولي"، والذي سوف يوزع على شكل "صكوك إسلامية" حكومية في القطاعات البنكية والمالية العمومية وجمع واستثمار رؤوس الأموال في مشاريع استثمارية وسياحية .

خاتمة

إذا اعتبرنا إلى حد بعيد، أنّ البنوك الإسلامية ستكون حقيقة البنوك البديلة للبنوك الكلاسيكية نتيجة الأزمة البنكية العالمية التي تسببت فيها هذه الأخيرة من جراء الريح الفاحش الخالي من كل الاعتبارات الإنسانية والأخلاقية، فإنّ ذلك لا يعطي صكا على بياض للبنوك الإسلامية لكي تكون بنوكا بديلة على الإطلاق، نتيجة وجود رهانات وتحديات داخلية تتمثل في محاكاة البنوك التقليدية لها، وخارجية تتمثل في مخاطر التعامل بالعملات الأجنبية المسيطرة على الأسواق المالية العالمية وأسعار الفائدة .

وبالتالي يقع على عاتق البنوك الإسلامية الصمود أمام مخاطر رأس المال والسوق والفائدة ومخاطر الاستثمارات الأجنبية، وتكون بالتالي في مواجهة مباشرة للشرعية الجديدة الأعم والتي هي "شريعة المال والرفاهية المادية" *le money théisme* ، وهو ما سيخلق منافسة حقيقية بين الشرائع القانونية العالمية الكبرى (الشريعة اللاتينية الجرمانية – الشريعة العامة *commun Law* – شريعة الدول الاشتراكية – الشريعة الإسلامية)، ويجعلها على المحك في مواجهة جيل جديد يحتم على الجميع بفضل العولمة والانترنت مستلزمات جديدة، تتمثل في المزيد من الحريات السياسية والاقتصادية والثقافية والدينية الفردية والجماعية. تبقى البنوك الإسلامية باعتبارها بنوكا أخلاقية بامتياز لاعتمادها مبادئ دينية تواجه تحدي خلق القيمة المضافة (*la juste valeur*) خارج الريع البترولي، ومنافسة المالية التقليدية وعالم المال والأعمال.

الهوامش:

- (1) خبراء يؤكدون أنّ البنوك الإسلامية في مأمن من الأزمة العالمية 23 سبتمبر 2008 العدد 10892 .
<http://www.aawsat.com>
- (2) المغرب يستعد لإطلاق مصارف إسلامية باسم البديلة، 19-أغسطس-2012 .
<http://www.alaabiya.net>
- (3) جلال وفاء محمدين، البنوك الإسلامية –دراسة مقارنة للنظم في دولة الكويت ودول أخرى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 7 .
- (4) المادة 3 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- (5) عادل عبد الفاضل عيد، الانتماء والمدائيات في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2 الإسكندرية، 2007، ص 20 .
- (6) المصادقة على مشروع قانون الأبنك الإسلامية في المغرب
www.elkanoun.blogspot.com
- (7) أنشئ الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية سنة 1977 حيث تم التوقيع على مشروع اتفاقية تأسيسه بمقر البنك الإسلامي بجدة بالمملكة العربية السعودية .
- (8) مسدور فارس، التمويل الاسلامي : من الفقه الى التطبيق المعاصر لدى البنوك الاسلامية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 80 .
- (9) وهو التعريف الذي جاءت به الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، 1977، الجزء الأول، ص 5.
- (10) عادل عبد الفاضل عيد، المرجع السابق، ص 23.
- (11) جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 55-57.
- (12) وعلى الرغم من ذلك لم ينص لا قانون النقد والقرض ولا قانون العقوبات ولا القانون المدني في الجزائر على تعريف البنوك الإسلامية ولا حتى تعريف الربا المحرم شرعا وقانونا، في حين نجد تعريفه في قانون الاستهلاك الفرنسي، في نص المادة ل313 - 3، في صيغتها المطبقة إلى غاية 1 أفريل 2011 بحيث نجدها تنص على انه "يشكل قرض ربوي كل قرض اتفقي المقبول بنسبة فائدة إجمالية تتعدى، في وقت قبوله، أكثر من ثلث النسبة الفعلية المتوسطة المطبقة في ثلاثة أشهر السابقة لممارسة مؤسسات القرض، ومن أجل عمليات بنفس الطبيعة، والتي تتحمل مخاطر متماثلة، كما تحدده السلطة الإدارية بعد أخذ رأي اللجنة الاستشارية للقطاع المالي".
- (13) سورة البقرة، الآية 276 إلى 279.
- (14) محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 1993، ص 191.
- (15) فمصدر البنوك في العالم الغربي ومرجعيتها هي العلمانية القائمة على إباحة الربا، بعد فصل الدين عن الدولة وكذا النظام الليبرالي القائم على الحريات المطلقة سواء كانت دينية أو تجارية . بينما الشريعة الإسلامية هي مصدر كل شيء في العالم الإسلامي بما فيها التشريع البنكي والمالي، وأبعد من ذلك يعتبر الربا من الكبائر ومن حدود الله وانتشاره دليل على فساد الحياة الاقتصادية برمتها، وتحريمه من النظام العام لورود عدة آيات قرآنية في هذا الشأن وأحاديث نبوية كثيرة إذ جاء في الحديث الشريف " إذا ظهر الزنا والربا في قرية فقد أحلوا بأنفسهم عذاب الله "
- (16) Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, 8ème édition Montchrestien, Paris ,septembre 2009 , p. 7.
- (17) مسدور فارس، المرجع السابق، ص 17 .
- (18) سورة آل عمران: الآية، 130.
- (19) الآية 7، سورة الحشر.
- (20) النظام رقم 94 -13 مؤرخ في 2 يونيو 1994 يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية العدد 72 المؤرخة في 6/11/1994 .

- (21) وفي القانون الفرنسي ومنذ القانون المؤرخ في 1966، فإنّ البنوك حرة في تحديد نسبة الفائدة المدينة، لكن هذه الحرية لم تكن مطلقة، بحيث يوجد سقف لا يمكن تجاوزه من طرف البنوك والذي نتج من التنظيم الخاص بالربا والنتائج من القانون المؤرخ في 28 ديسمبر 1966، والمعدل عدة مرات، وأدخلت تدابير في قانون الاستهلاك في المادة 313-1 وما يليها بحيث يجب أن تبين البنوك كتابة النسبة المطبقة، والنسبة الفعلية الإجمالية، التي تقوم بوظيفة مزدوجة فالنسبة الربوية هي النسبة التي تتعدى ثلث النسبة الفعلية المتوسطة المطبقة، خلال الفصل السابق من طرف مؤسسات القرض من أجل عمليات من نفس الطبيعة، والتي تتضمن مخاطر متماثلة. ويقوم الوزير المكلف بالاقتصاد عن طريق مقرر بنشر في كل فصل هذه النسب المتوسطة التي يتم حسابها من بنك فرنسا.
- Françoise Dekewer –Defossey ,Sophie Morel,Droit bancaire ,8édition, Dalloz ,octobre 2009 ,p.32.
- (22) تتمثل العقوبات في الحبس لمدة سنتين (2) سنة وغرامة 45000 أورو أو بإحدى هاتين العقوبتين، بالإضافة إلى بعض التدابير تصل إلى حد غلق المؤسسة p.134 Françoise Dekewer –Defossey Sophie Morel, op.cit.
- (23) المادة 92 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 27 أوت 2003.
- (24) جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص 151 .
- (25) هيئة للرقابة الشرعية على التمويل الإسلامي. www.middle-est-online.com?id.

الحوافز الجبائية في مجال الاستثمار ودورها في حماية البيئة*

BERKANE Abdelghani, MA "A",
Département des Enseignements de Base en Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

بركان عبد الغاني، أستاذ مساعد "أ"،
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

بداية من سنة 2001 عرفت سياسة الاستثمار في الجزائر تطورا وتحولا عميقين، إذ كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية الاستثمار وقيده بشرط المحافظة على البيئة، وهو ما أكد عليه المؤسس الدستوري من خلال التعديل الأخير للدستور لسنة 2016 أين كرس حرية الاستثمار والتجارة والحق في البيئة.

لتفعيل هذه السياسة اعتمد المشرع على الحوافز الجبائية في مجال الاستثمار كآلية لحماية البيئة، إذ منح للمستثمر، سواء كان وطنيا أو أجنبيا مجموعة من الامتيازات الاستثنائية عند مباشرته لاستثمارات نظيفة، تؤدي إلى المحافظة على البيئة وتحقيق التنمية المستدامة.

غير أنّ هذه السياسة التشجيعية غير فعالة بسبب حداثة الاهتمام بموضوع الاستثمار والبيئة من جهة، وكذا مختلف الإجراءات التعقيدية التي تقع على عاتق المستثمر من جهة ثانية، الأمر الذي يؤدي إلى عزوفه عن هذا النوع من الاستثمارات.

الكلمات المفتاحية:

البيئة، التنمية المستدامة، الاستثمار، الحوافز الجبائية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 02/11/2016 وتمّ تحكيمه بتاريخ 14/12/2016 وقُبل للنشر بتاريخ 12/06/2017.

Tax incentives in the field of investment and its role in protecting the environment

Abstract:

After the formal consecration of the principle of freedom to invest, the Algerian policy of investment knew a considerable evolution since 2001. This consecration however is followed by several limitations; among them we can quote the condition of environmental protection. Indeed, the constituent of 2016 dedicates freedom of investment, trade and the right to protect the environment.

For a better evolution, the legislator predicted, in the profile of the national and foreign investors, a series of incentive fiscal measures with the aim of protecting the environment. The investor benefits therefore, from some exceptional advantages, where his project should preserve the environment in the framework of a sustainable development.

However, this incentive policy still turns out to be ineffective in the sense that the interest for this issue is recent, to which we can add a whole series of complicated procedures which the investor has to deal with.

Key words:

Environment, sustainable development, investment, fiscal incentives.

Incitations fiscales dans le domaine de l'investissement et son rôle dans la protection de l'environnement

Résumé :

Après la consécration formelle du principe de la liberté d'investir, la politique de l'investissement algérienne a connu une évolution considérable depuis l'année 2001. Cette consécration est toutefois suivie de plusieurs restrictions parmi lesquelles, on peut citer la condition de la protection de l'environnement. En effet, le constituant de 2016 consacre la liberté d'investissement, du commerce et du droit à l'environnement.

Pour une meilleure évolution, le législateur a prévu, au profit des investisseurs nationaux et étrangers, une série de mesures fiscales incitatives dans le but de protéger l'environnement. L'investisseur bénéficie de ce fait, d'avantages dérogatoires dès lors que son projet concourt à la préservation de l'environnement dans le cadre du développement durable.

Toutefois, cette politique incitative s'avère encore inefficace en ce sens que l'intérêt pour le sujet est récent, ce à quoi on peut ajouter toute une série de procédures compliquées que l'investisseur doit satisfaire.

Mots clés:

Environnement, développement durable, l'investissement, les incitations fiscales.

مقدمة

يحتلّ موضوع الاستثمار أهمية كبيرة بوصفه يمثل المحرك الأساسي للنمو الاقتصادي، فضلا عن دوره في مشاريع التنمية الاقتصادية لتحقيق التقدّم والرقى الاقتصادي، وكذلك تنوع مصادر الدّخل وتحسين مستوى المعيشة. وتشكّل البيئة دعامة أساسية لكل نشاط استثماري نظرا لما توفّره من موارد طبيعية، ممّا يستدعي حمايتها واستدامتها، وهذا ما أدّى إلى زيادة طلب المجتمعات بضرورة دعم وتشجيع الاستثمارات النظيفة لحماية البيئة.

تعدّ إشكالية الموازنة بين التنمية الاقتصادية والحفاظ على البيئة الطبيعية من أهمّ القضايا المعاصرة، فاتّجهت الاستثمارات في اتجاهات مؤثّرة سلبا على الموارد الطبيعية نتيجة

لعملية التلوّث⁽¹⁾، وهذا الأخير أصبح من أخطر المشاكل التي تواجه اقتصاديات الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، التي ترصد له أموالا طائلة للتخلّص منه.

استجاب المجتمع الدولي لمشكلة التوفيق بين التنمية وحماية البيئة في إعلان ريو لسنة 1992، الذي توجّ بتكريس مفهوم جديد للتنمية يدعى بـ "التنمية المستدامة"، والذي تمخّض عنه إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية، التي وضعت من خلالها مجموعة من التدابير لمكافحة التلوّث والتخلّص منه⁽²⁾.

بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية، بادرت العديد من الدول من خلال تشريعاتها، إلى تكريس فكرة التنمية المستدامة ومن بينها الجزائر، في عدة قوانين من بينها قانون الاستثمارات لسنة 2001 (الملغى)⁽³⁾ بموجب القانون رقم 09/16⁽⁴⁾ الذي قيّد فيه المشرع مبدأ حرية الاستثمار بشرط المحافظة على البيئة⁽⁵⁾. مستعينا بعدة آليات قانونية محفّزة لتكريس حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ومنها التحفيزات الجبائية. وعلى هذا الأساس يتبادر إلى ذهننا الإشكال التالي؛ هل استطاع المشرع الجزائري أن يكرّس حماية فعلية للبيئة باعتماده على سياسة الحوافز الجبائية؟

أولا: ماهية سياسة الحوافز الضريبية

أصبح لسياسة الحوافز الجبائية دور رئيسي في عملية تشجيع وتطوير الاستثمار، خاصة في الدول النامية التي تعمل على جلب رؤوس الأموال الأجنبية اللازمة لدفع عجلة التنمية⁽⁶⁾. يكتسي الحثّ الجبائي الفعّال مفهوما خاصا(1)، ينعكس في كثرة ونوعية الامتيازات الممنوحة للمستثمرين(2).

1/ مفهوم سياسة الحوافز الضريبية

من بين الأساليب المستعملة حديثا في توجيه وتنظيم السياسة الاقتصادية، التي تهدف إلى إرساء قواعد اقتصادية بين الدول وأعوانها الاقتصاديين، بغرض التوفيق بين المصالح المشتركة هو إتباع سياسة الحوافز الجبائية.

كانت هذه السياسة الأداة الفعّالة ذات الدّعامة الاقتصادية، مما جعل التّشريع الجبائي يولّيها اهتماما من أجل بلوغ مستوى عال من الاستثمارات⁽⁷⁾ ولأجل فهم مضمون هذه الأداة القانونية أكثر، يلزم علينا التطرّق إلى تعريفها (1-1)، وصورها (2-1)

1-1/ تعريف سياسة الحوافز الضريبية

تعدّدت تعاريف التحفيز الجبائي نتيجة تعدّد مرادفاته، مثل الحثّ الجبائي، التّحريض الجبائي، الضّريبة الحافزة، وتهدف كلّها إلى تشجيع المستثمر عبر تدعيم نشاطه وتوسيعه⁽⁸⁾، وتعدّ إحدى الطرق التدخلية للدولة بجعلها للجباية كأداة مؤثّرة على تصرّف الأعوان الاقتصاديين،

دون الخوض في كل التعاريف المقدّمة للحوافز الضريبية بمختلف الزوايا التي ينظر إليها، يمكن أن نعرّفها على أنّها : مزايا مالية تقدّمها الدولة وفق نص تشريعي للأشخاص لتحقق من خلالها عدّة أهداف من بينها المحافظة على البيئة⁽⁹⁾.

2-1/ صور الحوافز الضريبية

يظهر التحفيز الجبائي في أشكال متعدّدة، وفي غالبية الأحيان نجدها في القوانين المنظّمة لمجالات يرغب تطويرها، ومن بين هذه الأشكال الشائعة نجد:

– تحفيز ضريبي خاص بالاستثمار

بما أنّ الاستثمار هو المحرك الأساسي لتحقيق التنمية في الوقت الحالي في معظم الدول النامية، خصّصت هذه الدول حوافز جدّ مغرية لإقامة مشاريع إنتاجية، وعملا على جلب رؤوس الأموال التي تخدم التنمية، وتنمّي ثروة المجتمع. ولتحقيق فعالية أكثر لهذه الحوافز الخاصة بالاستثمار، قامت حكومات الدول النامية بإصدار هذه الحوافز في شكل قوانين الاستثمار التي تنصّ معظمها على تلك الامتيازات المالية⁽¹⁰⁾.

– تحفيز ضريبي خاص بالتشغيل

قد يؤدي حتّى المستثمرين على تشغيل أكبر عدد ممكن من اليد العاملة، إلى التصادم والتناقض بين التّحفيز الجبائي الخاص بالاستثمار والتّحفيز الجبائي الخاص بالتّشغيل، فرغم هذا التصادم بين الفكرتين إلاّ أنّ بعض الدول تعمل بسياسة التّحفيز الجبائي الخاص بالتشغيل، والذي يشمل على مجموعة من الامتيازات الجبائية، تتعلّق بالتخفيض من الدّخل الخاضع للضريبة والتخفيض من معدّل الضرائب على الأرباح وغيرها من الرّسوم، كالضمان الاجتماعي مقابل عدد مناصب الشغل التي يشغلها⁽¹¹⁾، وهو الأمر الذي كرّسه المشرّع الجزائري في القانون رقم 09/16 المتعلّق بترقية الاستثمار، بتخصيص قسم خاص لها تحت عنوان "المزايا الإضافية لفائدة النشاطات ذات الامتياز و/أو المنشئة لمناصب الشغل"⁽¹²⁾.

– تحفيز ضريبي خاص بالتصدير

بالنظر إلى الدّور الكبير الذي يمكن أن تؤدّيه الصادرات في بعث وإنعاش الاقتصاد الوطني للدول من جانب، ومن أجل تخفيف الأعباء على المصدرين وتوجيههم نحو الأنشطة المراد الاعتماد عليها من جانب آخر، تعمد الدول إلى إقرار جملة من الحوافز الضريبية في هذا المجال⁽¹³⁾، وتتمثّل أساسا في التخفيض من الحقوق الجمركية عند استيراد سلعة، التخفيض على القيمة المضافة (TVA)، التخفيض من الضرائب على الدّخل، كما يمكن للمؤسسات المصدّرة لمنتجاتها أن تستفيد من إعفاء كليّ أو جزئيّ من الضرائب.

– تحفيز ضريبي خاص بحماية البيئة

تلجأ بعض الجهات الإدارية المعنية بحماية البيئة، عن طريق التّسيق مع الأجهزة المالية في الدولة إلى إصدار تشريعات تمنح إعفاءات ضريبية لبعض المشروعات التي تمارس نشاطاً غير ملوّث للبيئة، أو تلك التي تنتج منتجات بديلة للمنتجات التي تلوّث البيئة⁽¹⁴⁾. وتهدف هذه الإعفاءات إلى تشجيع وتوجيه النشاط الصناعي للقيام بهذه الصناعات غير الملوّثة للبيئة.

2/إعمال سياسة الحوافز الجبائية في مجال الاستثمار وعلاقتها بحماية البيئة

إنّ النظام الجبائي الجزائري هو نظام مماثل لذلك الذي يسود في الدول المتقدّمة، فهو يمنح امتيازات مشجّعة للاستثمار رغم النسب العالية التي يفرضها أحيانا، وقد ميّز المشرّع الجزائري في قانون ترقية الاستثمار رقم 09/16 بين ثلاثة أصناف من المزايا، وإدراجهما في نظامين، ويتعلّق الأمر بامتيازات النّظام العام، وامتيازات النّظام الاستثنائي التي تشمل المزايا الإضافية والاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهميّة للاقتصاد الوطني⁽¹⁵⁾، وهذه الأخيرة أي الامتيازات الاستثنائية(التي تهمنا في هذه الدراسة)، ميّز المشرّع الجزائري بين صنفين من الاستثمارات:

2-1/ الاستثمارات التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصّة من الدولة

لم يرد في قانون الاستثمار الجزائري تعريفا خاصا للمناطق التي تتطلّب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة، لكن القانون رقم 20/01 المتعلّق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة وضع تعريفا للمناطق الواجب ترقيتها، والتي يراد بها تلك المناطق من التراب الوطني التي تعاني من الفقر والحرمان، وتبذل الدولة مجهودات معتبرة من أجل تطويرها، وذلك بالقضاء على التآخر الاجتماعي والتجهيزي، فجعل المشرّع التنمية المستدامة أساسا لتطورها⁽¹⁶⁾.

فصلت المادة 13 من القانون رقم 09/16 في نوعية الامتيازات التي يستفيد منها المستثمر في هذه المناطق، أخذاً مرحلة الإنجاز ومرحلة الاستغلال معياراً للتمييز بينها.

– مرحلة الانجاز

أبقى المشرّع الجزائري على صيغة الإعفاء في منح المزايا في القانون رقم 09/16⁽¹⁷⁾ التي كانت مكرّسة في الأمر رقم 01-03(الملغى)، وأضاف إليها نوعاً جديداً من الامتيازات التي توجي أنّ الدولة فعلا تريد ترقية وتطوير هذه المناطق والتي تتمثّل في:

- تتكفل الدولة كلياً أو جزئياً، بنفقات الأشغال المتعلّقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لانجاز الاستثمار، وذلك بعد تقييمها من قبل الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار؛

- التّخفيض من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحدّدة من قبل مصالح أملاك الدولة، بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من أجل إنجاز مشاريع استثمارية:

* بالدينار الرمزي للمتر المربع (م²) خلال فترة عشر (10) سنوات، وترتفع بعد هذه الفترة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في المناطق التابعة لهضاب العليا، وكذا المناطق الأخرى التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة؛

* بالدينار الرمزي للمتر المربع (م²) لفترة خمس عشرة (15) سنة، وترتفع بعد هذه الفترة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في ولايات الجنوب الكبير⁽¹⁸⁾.

– مرحلة الاستغلال

تستفيد الاستثمارات من امتيازات خاصة التي تتم مباشرة في المناطق ذات الأولوية بالنسبة للدولة، عن طريق محضر معاينة تعدّه المصالح الجبائية وبطلب من المستثمر يثبت من خلاله مباشرة للاستغلال، وتتمثل هذه الامتيازات في:

- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الضريبة على أرباح الشركات؛
- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الرّسم على النّشاط المهني⁽¹⁹⁾.

إضافة إلى المنافع المذكورة، تمنح الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار أيضا لهذا النوع من الاستثمارات مزايا إضافية، من شأنها أن تحسّن أو تسهّل عملية الاستثمار.

2-2/ الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني

الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني هي استثمارات هادفة إلى الحفاظ على حقوق الأجيال القادمة من التنمية، لكن التنمية المتوازنة أي التي تلبي حاجيات الأجيال الحاضرة والمستقبلية في آن واحد، وهي المبادئ المكرّسة في قانون 03/10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽²⁰⁾.

اكتفى المشرع في القانون الجديد المتعلق بترقية الاستثمار رقم 09/16 في المادة 18 منه بعبارة " استثمارات ذات أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني " دون إضافة عبارة " الاستثمارات التي تستعمل تكنولوجيا نظيفة وتدّخر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستدامة " التي أدرجها في الأمر 03/01 (الملغى)، فهذا يجعل العبارة الجديدة غير مفهومة وتحتل عدّة تأويلات، غير أنه (المشرّع) فتح المجال للتنظيم- الذي لم يصدر بعد - لتحديد مفهومها وطبيعتها.

لتفعيل الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، وضع المشرّع مجموعة من الإجراءات التي ينبغي على المستثمر التقيّد بها لأجل الحصول على مجموعة من الامتيازات والتي تتمثل في:

باستقراء أحكام المادة 17 من القانون رقم 09/16 وهي نفس أحكام المادة 12 من الأمر رقم 03/01 (الملغى)، فإنه ينتج عن الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، إبرام اتفاقية تدعى اتفاقية استثمار بين كل من الدولة الجزائرية ممثلة من الوكالة الوطنية لتطوير

الاستثمار والمستثمر، وهذا بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار، كما يتمّ نشر نص الاتفاقية في الجريدة الرسمية⁽²¹⁾.

في حالة كون المستثمر أجنبيا، فإنّ الأطراف المتفاوضة يمكن أن تتطرق إلى شروط وكيفيات الاستثمار في الجزائر، والامتيازات الجبائية التي تمنحها الوكالة، كما يمكن أن تتناول الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي استبعاد القانون الوطني كما يمكن أن تتطرق إلى إجراءات تسوية المنازعات التي قد تترتب بشأن الاستثمارات التي تضمنتها الاتفاقية⁽²²⁾.

فصلت المادة 1/18 من القانون 09/16 في نوعية المزايا التي يمكن أن تتضمنها الاستثمارات ذات الأهمية للاقتصاد الوطني وتمثّل في :

أ) تمديد مدة مزايا الاستغلال المذكورة في المادة 12، يمكن أن تصل إلى عشر (10) سنوات .

هذه الامتيازات هي: - الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات؛

- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني؛

- تخفيض بنسبة 50 % من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحدد من قبل مصالح الدولة.

ب) منح إعفاء أو تخفيض طبقا للتشريع المعمول به، للحقوق الجمركية والجبائية والرّسوم وغيرها من الاقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي والإعانات أو المساعدات أو الدعم المالي، وكذا كل التسهيلات التي قد تمنح، بعنوان مرحلة الانجاز، للمدة المتفق عليها حسب أحكام هذا القانون.

أما الفقرة الثانية(2) من المادة 18 من القانون 09/16، يؤهل المجلس الوطني للاستثمار لمنح الإعفاءات والتخفيضات للحقوق أو الضرائب أو الرّسوم، بما في ذلك الرّسم على القيمة المضافة المطبّق على أسعار السلع المنتجة التي تدخل في إطار الأنشطة الصناعية الناشئة، حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، ولمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.

وتضيف هذه الفقرة أنّ الاستثمارات ذات الأهمية للاقتصاد الوطني تستفيد من نظام الشراء بالإعفاء من الرّسوم، المواد والمكوّنات التي تدخل في إنتاج السلع المستفيدة من الإعفاء من الرّسم على القيمة المضافة.

يمكن أن تكون مزايا الانجاز المقررة في المادة 18 من القانون 09/16 محل تحويل للمتعاقدين مع المستثمر المستفيد، والمكلّفين بإنجاز الاستثمار لهذا الأخير، بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار⁽²³⁾، وهي صيغة جديدة في منح وتحويل المزايا لم تكن معروفة في إطار الأمر رقم 03/01 (الملغى).

تضاف جميع المزايا المنصوص عليها في المادة 18 من القانون 09/16 إلى تلك التي يمكن الحصول عليها في المواد 12، 13، 15، 16 من نفس القانون، وذلك حسب الشروط المنصوص

عليها في المادة 08. ويلاحظ أنّ المشرّع منح عدّة مزايا للاستثمارات ذات الأهمية للاقتصاد الوطني، ربما هذا يؤدي إلى الصعوبة في فهمها وتقديرها.

من خلال ما سبق، نستنتج أنّ قانون الاستثمارات لسنة 2001 (الملغى) وكذا القانون الجديد رقم 09/16، يعتبر الاستثمارات الموجهة لتحقيق التنمية المستدامة تستفيد من حوافز أكثر أهمية بالمقارنة مع غيرها من الاستثمارات، لكن الإشكال الذي يثار في هذا الصدد هل فعلا هذه الإعفاءات الضريبية توجه لحماية البيئة؟

ثانيا: حدود سياسة الحوافز الجبائية في حماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة

إنّ الحكم على نجاح أو فشل سياسة التحفيز الضريبي للاستثمارات، يكون ذلك مرتبطا أساسا بمدى توافر جملة من العوامل، البعض منها مرتبطة بالإجراءات التحفيزية نفسها، والبعض الآخر متعلّقة بظروف خارجية أخرى كالمناخ الاستثماري، المحيط الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، والتي تعدّ من أهم العوامل المكتملة لسياسة التحفيز الضريبي لأنّها توفّر نوعا من الطمأنينة لدى المستثمرين.

كون القانون رقم 09/16 جديد فلا يمكن الحكم على فعليته إلا بعد مرور فترة زمنية معينة، وبالنظر إلى التشابه الكبير بينه وبين الأمر رقم 03/01 (الملغى) وبالخصوص في مسألة الامتيازات، يمكن لنا إسقاط كل النقائص التي عرفها القانون الملغى على القانون الجديد، ممّا قد يضيء عليه عدم النجاعة مسبقا نتيجة عدم تدارك المشرّع لهذه النقائص في التعديل الأخير.

1/ طبيعة القواعد القانونية المنظمة للحوافز وصعوبة تنفيذها سبب لعدم النجاعة

إنّ الخاصية التي يميّز بها التحفيز الجبائي هو أنّه إجراء اختياري، إذ تمنح للمستثمرين الحرية الكاملة في الخضوع للشروط والمقاييس المحددة من طرف الدولة، مقابل الاستفادة من الإجراءات، وهذا دون أن يترتب عن ذلك أيّ جزاء في حالة الرّفص. بالإضافة إلى الطابع التقني المحض الذي يطغى عليه مما يصعب تطبيقه.

إنّ إدراج المشرّع الجزائري لشروط المحافظة على البيئة في قانون الاستثمار، ومنح مجموعة من الامتيازات الاستثنائية بالنسبة للاستثمارات ذات الأهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني، خاصة تلك التي تفضي إلى تحقيق التنمية المستدامة، يوحي لنا أنّه هناك رغبة لدى السلطات العمومية في جعل حماية البيئة جزءا مهما من العملية الاستثمارية ككل.

المستقرّ عليه قانونا أنّ قواعد قانون حماية البيئة هي قواعد أمر، إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فمخالفة أية قاعدة يؤدي إلى توقيع عقوبات جزائية، غير أنّه بالرجوع إلى قانون الاستثمار نلاحظ أنّ هذا المبدأ تمّ إفراغه من محتواه، إذ منحت للمستثمر الحرية الكاملة في التقيّد بشرط المحافظة على البيئة من عدمه، لأجل الحصول على الامتيازات الاستثنائية.

في هذا السياق، فنجاعة أية سياسة يجب النظر إلى طبيعة القواعد المنظمة لها ككل، فالسلطات العمومية تسعى إلى تكييف القاعدة القانونية أثناء صياغتها من حيث محتواها، ومن حيث شكلها ومن حيث دورها مع كل الظروف المحيطة بها، لكي تتمكن من تسخيرها لتحقيق مختلف البرامج المسطرة وتجسيد الأهداف المرسومة⁽²⁴⁾، فأقرار المشرع للحوافز الجبائية جاء لتحقيق غاية، وهي جلب أكبر عدد ممكن من المستثمرين، شريطة أن يحققوا كل الأهداف المسطرة في هذا القانون والتمثلة أساسا في المحافظة على البيئة.

لكن ما يثير انتباهنا في هذا الصدد، هو محاولة المشرع الجزائري الجمع بين القواعد القانونية المكملة والقواعد الآمرة في نص واحد، أي الحوافز الضريبية التي تعتبر قواعد مكملة وحماية البيئة قواعد أمرة، وهذا لا يمكن تحققه من الناحية الواقعية، ويدل كل هذا على طغيان الطابع العشوائي في صياغة النصوص القانونية دون مراعاة الظروف المحيطة، أو أنه تقليد أعى لنصوص قانونية لدول أجنبية التي عرفت تطورا وتقدما في هذا المجال.

لأجل تحقيق الهدف من إقرار الحوافز الضريبية في مجال الاستثمار، يجب على المشرع أن يعيد النظر في النصوص المنظمة لها، وجعلها أكثر واقعية لتحقيق الغرض الذي وضعت من أجله، وذلك بتحويلها من قواعد مكملة إلى قواعد أمرة حتى تتلاءم مع موضوع حماية البيئة، وهذا ما لم ينتبه إليه المشرع من خلال التعديل الأخير لقانون الاستثمارات.

يعود أصل هذا التناقض بين النصوص القانونية المنظمة للعملية الاستثمارية أساسا، إلى الطابع التقني المحض الذي تتميز به هذه القواعد القانونية، لما للتطور التكنولوجي من تأثير على القانون شكلا وموضوعا، لكن أمام التخلف الذي يطغى على الدولة الجزائرية في المجالين الاجتماعي والاقتصادي، فلا يلتقي هذا القانون المتطور بالمجتمع المتخلف، إذ بقي المجتمع في اهتماماته التقليدية والقديمة لا يراعي في سلوكاته هذا التحول والتطور الذي طرأ على القواعد القانونية⁽²⁵⁾، ففكرة تقييد حرية الاستثمار بشرط المحافظة على البيئة، هي فكرة لاقت اهتماما وترحابا من الدول المتقدمة، نتيجة تهيئتها للأرضية المناسبة لتطبيقها وتفعيلها رغم الطابع التقني الذي تتميز به، عكس الجزائر التي لم تستوعب إلى حد الآن فكرة حرية الاستثمار بعد، وما بالناس بفكرة إدراج البيئة في مجال الاستثمار، التي تتميز بالطابع التقني المحض ويصعب تطبيقها حتى في الدول المتقدمة، وكل هذا أدى إلى غياب الفعلية في هذه النصوص القانونية.

في إطار الحديث عن نجاعة النصوص القانونية المنظمة للعملية الاستثمارية، لا يقتصر الأمر عند صياغة النصوص القانونية فقط، بل يتعداه ليصل حتى إلى تنفيذها، إذ تعتبر الإدارة الجهاز الوحيد الذي يسهر على تنفيذ واحترام النصوص القانونية، لكن في الكثير من الأحيان، تستغل هذا المركز المتميز وتمنح نفسها سلطة تجاوز القانون ومخالفته، إذ تجعل

نفسها في مركز أسمى عن الأشخاص المخاطبين به أو عن القانون ذاته، فتمتع بالسلطة التقديرية وبامتياز الأولوية، وكذا بامتياز التنفيذ المباشر⁽²⁶⁾، ويظهر هذا بصورة واضحة من خلال السلطات الممنوحة للمجلس الوطني للاستثمار في تحديده للاستثمارات ذات الأهمية للاقتصاد الوطني، ونوعية الامتيازات التي يقدمها دون طلب رأي الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار حول المشروع، في مدى استجابته لمتطلبات التنمية المستدامة المنشودة.

2/ تعقيد الإجراءات سبب لعدم فعالية الحوافز الجبائية

سار القانون الجديد رقم 09/16 على سابقه في نوعية الامتيازات التي يقدمها، فرصد المشرع تقريبا نصف موادها للامتيازات الذي يعطي لقانون الاستثمارات شكل قانون الامتيازات بدل قانون الاستثمارات، واتبع نفس الإجراءات للمطالبة بها (أي الامتيازات)، خاصة تلك المتعلقة بالنظام الاستثنائي التي تأخذ بشرط المحافظة على البيئة أساسا للاستفادة منها.

بالنظر الى صفة الاستثنائية التي تتميز بها هذه الامتيازات، وقع المشرع الجزائري في تناقض وتعارض في تحديد الجهة التي لها صلاحية وضع المعايير القانونية لتمييز الاستثمارات ذات الأهمية للاقتصاد الوطني عن غيرها من الاستثمارات الأخرى، فمن جهة تنص المادة العاشرة (10) في الفقرة الثالثة من الأمر رقم 03/01 (الملغى) على أن المجلس الوطني للاستثمار هو صاحب الاختصاص في تحديد هذا النوع من المناطق، ومن جهة أخرى فتعديل قانون الاستثمار لسنة 2006 فالمادة 12 مكرر الفقرة السادسة (6) أقرّ على أن الاستثمارات ذات الأهمية للاقتصاد الوطني يتم تحديدها وفق معايير تخضع للتنظيم -الذي لم يصدر بعد- بعد أخذ موافقة المجلس الوطني للاستثمار، ويصبح دور هذا الأخير الموافقة على المعايير فقط التي يتم تحديدها⁽²⁷⁾. أما القانون 16/09 فترك الأمر للتنظيم -الذي لم يصدر بعد- لتحديد الجهة التي لها صلاحية لوضع معايير تأهيل هذا النوع من الاستثمارات.

تخضع الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني للتفاوض، هذا ما أكدّه المشرع في الأمر رقم 09/16⁽²⁸⁾ "تستفيد من المزايا الاستثنائية الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني، والمعدّة على أساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة"، ويعتبر التفاوض من أهم المستجدات التي أتت بها قانون الاستثمار-الأمر 03/01 الملغى- إذ يعطي نوعا من الحرية للمستثمر الأجنبي لفرض شروطه أثناء العملية الاستثمارية⁽²⁹⁾، لكن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد بالنسبة للمفاوض الجزائري هل بمقدوره أن يفرض شروطه؟ خاصة إذا علمنا أن الوضع الاقتصادي في الجزائر مختل وغير متوازن، والعملة الجزائرية من أضعف العملات، فهذا يجعل من المفاوض الأجنبي في مركز القوة لأهمية مشروعه الاستثماري للاقتصاد الوطني، وبالتالي يمكن أن يستفيد من أكبر قدر ممكن من المزايا والحوافز، وتكون أكبر بكثير من التي تستفيد منها الجزائر⁽³⁰⁾.

يترتب عن التفاوض إبرام اتفاقية تدعى اتفاقية الاستثمار بين المستثمر والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار⁽³¹⁾، والتي تعتبر عقدا دوليا تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص، ويطلق عليها كذلك مصطلح "عقود الدولة" فهي تختلف عن اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات التي تخضع لأحكام القانون الدولي العام التي تعتبر كمعاهدة⁽³²⁾.

إنّ موضوع اتفاقية الاستثمار بالنسبة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، يتعلق أساسا باستعمال تكنولوجيا من شأنها أن تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية وتدخّر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستدامة، لكن طبيعة التكنولوجيا تتغير وتتطور بتغير الظروف والأزمنة، فالتى يمكن اعتبارها اليوم صديقة للبيئة يمكن أن تكون ملوثة لها وذلك بظهور تكنولوجيا أخرى تثبت ذلك، أو بعد مرور فترة زمنية معينة تظهر بعض الآثار الجانبية جراء استعمالها.

إذن وبعد وصول الطرفين إلى الاتفاق حول موضوع اتفاقية الاستثمار ومضمونها، اشترط المشرع ضرورة وإلزامية خضوعها لموافقة المجلس الوطني للاستثمار، هذا الأخير له السلطة التقديرية الواسعة في الفصل فيها، ذلك عن طريق تعديل، إضافة أو إلغاء مضمون الاتفاقية، فهو الذي يتولى إذن دراسة مضمون المزايا الممنوحة في هذا المجال، وإذا رأى بأنّ الاتفاقية تتعارض مع التشريع المعمول به فإنّه يرفضها⁽³³⁾.

تكون اتفاقية الاستثمار سارية المفعول بعد نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجوبا، وهو ما يبيّن بشكل واضح الأهمية البالغة التي أولاهها المشرع لهذا النوع من الاستثمارات، ذلك بإعطاء الاتفاقية إشهارا رسميًا وقيمة قانونية تتعدى قيمة العقود الأخرى المألوفة، وتكون أشكال الاعتماد الأخرى⁽³⁴⁾.

حقيقة لو كان المشرع يرغب فعلا إعطاء الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، أو بالأحرى الاستثمارات النقية مكانة عالية في الاقتصاد الوطني ككل، لما اتّبع هذه الإجراءات المعقّدة -إبرام اتفاقية- للحصول على الامتيازات الاستثنائية المخصصة للمحافظة على البيئة، على أساس أنّ الاتفاقية في غالبية الأحيان تأخذ مدّة طويلة لدخولها حيّز النّفاذ وهو الأمر الذي يجعلها تتعارض وتتناقض تماما مع الهدف من إقرارها، وهو حماية البيئة من الأضرار الواقعة أو المحتملة الوقوع التي تتطلب إجراءات آنية وسريعة للحدّ من آثار تفاقمها، مختلفة تماما عن تلك المقرّرة في قانون الاستثمارات.

خاتمة

في إطار السياسة التشجيعية للاستثمارات النقية (النظيفة)، اعتمدت الجزائر على الحوافز الجبائية كألية لتفعيلها وتنميتها، غير أنّ منذ ظهورها في قانون الاستثمارات لسنة 2001، ظلت مسألة حماية البيئة من الأمور الكمالية وليست الأساسية لجلّ المستثمرين.

يعود عدم الاهتمام بموضوع البيئة من طرف المستثمرين إلى غياب الإرادة السياسية لتفعيل هذا النوع من الاستثمارات، ويظهر ذلك جليا في الطابع الاختياري للحوافز الجبائية، وفي طبيعة ونوعية القواعد القانونية المنظمة للسياسة التحفيزية ككل، فجلبها قواعد مكتملة يمكن الاتفاق على مخالفتها، وهو الأمر الذي يتعارض مع قواعد حماية البيئة التي تعتبر قواعده أمره.

بالإضافة إلى تعقيد الإجراءات للحصول على هذا النوع من الحوافز، خاصة تلك التي لها أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، التي تتطلب تدخل عدة جهات إدارية للحصول عليها، المتمثلة في المجلس الوطني للاستثمار والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمارات، وضرورة إبرام اتفاقية بين المستثمر والدولة الجزائرية. وهذا كله أدى إلى عزوف المستثمرين عن الاستثمار في هذا النوع من الاستثمارات.

لتفعيل الاستثمارات النقية، على الدولة الجزائرية أن تغير من سياستها التحفيزية بجعل الحوافز الجبائية إلزامية وليست اختيارية، حتى تتلاءم مع السياسة الحمائية للبيئة، وهو الأمر الذي لم يتداركه المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الاستثمارات، على الرغم من التكريس الدستوري لحرية الاستثمار وحماية البيئة⁽³⁵⁾.

الهوامش:

(1) Abdelhafid OSSOUKINE, « L'équation Environnement/ Investissement : Les bases d'une approche écologique de la croissance », contribution au colloque internationales sur les règles de l'investissement entre les législations nationales et les conventions internationales et leurs impact sur le développement économique dans l'Emirat Arab Unie, Emirat El Aïn du 25 au 27 Avril 2011, p 07.

(2) للتفصيل أكثر في هذا الموضوع انظر: زيد المال صافية، حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

(3) أمر رقم 03-01، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج عدد 47، صادر في 22 أوت 2001 (ملغى).

(4) قانون رقم 09-16، مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 46، صادر في 03 أوت 2016.

(5) تنص المادة الثالثة من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار على مايلي: "تنجز الاستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لا سيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، وبالنشاطات والمهن المقننة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية".

(6) عنصل كمال الدين، مبدأ الحيطة في انجاز الاستثمار وموقف المشرع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص 142.

(7) لقراف سامية، الامتيازات المالية للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 9.

(8) معيفي لعزیز، " دور المعاملة الضريبية في تشجيع الاستثمار وتوجيهه في قانون الاستثمار الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد 02، 2011، ص 53.

- (9) شيماء فارس محمد الجبر، الوسائل الضريبية لحماية البيئة (دراسة قانونية مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 107.
- (10) عنصل كمال الدين، المرجع السابق، ص 144.
- (11) معيفي لعزیز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 140.
- (12) انظر المواد: 15 و 16 من القانون رقم 16-09، المرجع السابق.
- (13) قويدري كمال، السياسة المالية وأثرها على الاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص نقود، مالية وبنوك، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2006، ص 103.
- (14) برنامج الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الحوافز، سلسلة دراسة الاونكتاد بشأن اتفاقات الاستثمار الدولية، منشورات الأمم المتحدة 2004، ص 25.
- (15) انظر المواد: 17، 18 و 19 من القانون رقم 16-09، المرجع السابق.
- (16) انظر المادة 18 من القانون 01-20، مؤرخ في 12 ديسمبر 2001، يتعلق بهيئة الإقليم والتنمية المستدامة، ج ر ج عدد 77، صادر في 15 ديسمبر 2001.
- (17) تتمثل هذه الإعفاءات في:
- الإعفاء من الحقوق الجمركية، فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار؛
 - الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة، فيما يخص السلع والخدمات المستوردة أو المقتناة محليا التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار؛
 - الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني؛
 - الإعفاء من حقوق التسجيل والرسم على الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية المبنية وغير المبنية الموجهة لانجاز المشاريع الاستثمارية، وتطبق هذه المزايا على المدّة الدنيا لحق الامتياز الممنوح؛
 - الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار، ابتداء من تاريخ الاقتناء؛
 - الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال.
- (18) انظر المادة 13/1 من القانون 09/16، المرجع السابق.
- (19) انظر المادة 13/2 من القانون 09/16، المرجع السابق.
- (20) قانون 10/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر ج عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003.
- (21) انظر المادة 17 من القانون 09/16، المرجع السابق.
- (22) معيفي لعزیز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، المرجع السابق، ص 185.
- (23) انظر المادة 18 من القانون 16-09، المرجع السابق.
- (24) كايس شريف، " ظاهرة عدم فعالية القواعد القانونية في القانون الوضعي الجزائري"، مجلة كومبوس، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مارس 2007، ص 102.
- (25) كايس شريف، المرجع السابق، ص 101.
- (26) المرجع السابق، ص 100.
- (27) معيفي لعزیز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، المرجع السابق، ص 175.
- (28) انظر المادة 17/1 من القانون 09/16، المرجع السابق.

- (29) اقلولي محمد، " عن اعتماد الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني في قانون الاستثمار الجزائري " المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، تيزي وزو، ص 53.
- (30) والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2016، ص 63.
- (31) انظر المادة 2/17 من القانون 09/16، المرجع السابق.
- (32) اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 54.
- (33) معيفي لعزیز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، المرجع السابق، ص 187.
- (34) اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 55.
- (35) انظر قانون رقم 01/16 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن تعديل دستور 28 نوفمبر 1996، ج ر ج عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

العمل العقابي كأسلوب من أساليب المعاملة العقابية في التشريع الجزائري*

OUDDAI Azzeddine, MA "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

وداعي عزالدين ، أستاذ مساعد "أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

إذا كان العمل المسند لسجناء المؤسسات العقابية في السابق يعتبر بمثابة عقوبة إضافية إلى جانب عقوبة سلب الحرية، الغرض منه التعذيب والإيلام وكذلك وسيلة من وسائل القسوة على المساجين، فإنه في ظل السياسة العقابية الحديثة التي تولي أهمية كبيرة لفترة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، يعتبر كأسلوب من أساليب المعاملة العقابية التي تهدف إلى تأهيل المساجين، إلى جانب أساليب المعاملة العقابية الأخرى كالتعليم والرعاية الصحية والرعاية الإجتماعية، التي يتلقاها السجناء داخل المؤسسات العقابية.

والمشروع الجزائري كغيره أولى الأهمية القصوى للعمل العقابي، وواكب التطور الذي شهدته السياسة العقابية الحديثة في مجال معاملة المساجين، حيث جعله أسلوباً من أساليب المعاملة العقابية التي تهدف إلى تأهيلهم لإعادة إدماجهم الإجتماعي، وهذا من خلال ما جاء به نص القانون رقم 04/05 المؤرخ في 06/02/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين.

الكلمات المفتاحية:

التأهيل، المسجونين، العمل العقابي، المؤسسات العقابية، السجون، أساليب المعاملة العقابية، التنفيذ العقابي، السياسة العقابية، العقوبة السالبة للحرية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 08/02/2016 وتمّ تحكيمه بتاريخ 25/06/2016 وقُبل للنشر بتاريخ 12/06/2017.

The criminal work as a way of penitentiary treatment in the Algerian legislation

Abstract:

If , in the past, the work entrusted to the prisoners of the penal institutions was considered as an additional sentence to the penalty of liberty deprivation which has the objective of persecution and torture as well as a man of cruelty to prisoners today and in the context of the modern penal policy which gives a huge importance to the execution of liberty deprivation penalty, it is considered as a method of penitentiary treatment aims to the prisoners rehabilitation alongside the other treatment such as the education, the health care and social welfare which the prisoners could enjoy within the penal institutions.

In common with its counterparts, the Algerian legislator has granted a great importance to the penal work and has accompanied the development of modern penal policy concerning the prisoners treatment, aimed at their rehabilitation and social reintegration, pursuant to the provisions of the law 05/04 dated on 06th February 2005, including the law of penal institutions organisation and the social reintegration of prisoners.

Key words:

Rehabilitation, prisoners, the penal work, penal institutions, prisons, methods of penal treatment, penal execution, penal policy, deprivation liberty penalty.

Le suivi pénal en tant que moyen de traitement pénitentiaire en droit algérien

Résumé :

Si, par le passé, le suivi et travail pénal assigné aux détenus des établissements pénitentiaires était considéré comme une peine complémentaire a la peine privative de liberté, en ce qu'il est considérée comme torture et une forme de cruauté envers les détenus, elle considéré aujourd'hui comme une méthode de réhabilitation des prisonniers parmi d'autres méthodes de traitement pénitentiaire ayant trait à la formation professionnelle etc.

A l'instar des législateurs comparés, le législateur algérien a accordé une grande importance au travail pénal et a suivi le développement de la politique pénitentiaire moderne dans le domaine du traitement des détenus en l'inscrivant au nombre des méthodes de traitement pénitentiaire visant leur réhabilitation et leur insertion sociale, et ce à travers les dispositions de la loi 05-04 du 06/02/2005 portant code de l'organisation pénitentiaire et de la réinsertion sociale des détenus.

Mots clés :

Réhabilitation, détenus, le travail pénal, les établissements pénitentiaires, prisons, exécution pénitentiaire moyens de traitement pénitentiaire, peine privative de liberté.

مقدمة

الجريمة ظاهرة إجتماعية قديمة بوجود الإنسان على ظهر الأرض، ولأنّ المجتمع يعاني منها فإنّ التعامل معها مهم لحمايته من خطرها هذا بشتى الوسائل المتاحة لديه، ولهذا وجدت السجون أو المؤسسات العقابية لإيداع المجرمين والجناة الذين يرتكبون الجرائم ويهددون أمن وسلامة المجتمع، التي كانت في السابق عبارة عن أماكن يوضع فيها الأشخاص مرتكبو الجرائم يتم فيها تعذيبهم والإنتقام منهم وحتى التخلص منهم.

وتطور المجتمعات الإنسانية تطورت معه النظرة إلى الجاني، حيث ينظر إليه على أنّه إنسان مريض لا بد من علاجه بغرض تأهيله لإعادة إدماجه في المجتمع، هذا حماية للمجتمع من الخطر الإجرامي الذي يهدده، وفي نفس الوقت إزالة الخطورة الإجرامية الكامنة فيه وحماية له من عودته للإجرام مرة ثانية، وهذا لا يتحقق إلا بوضع مجموعة من أساليب

المعاملة العقابية أثناء التنفيذ العقابي والبرامج التأهيلية التي تهدف إلى تأهيله، قصد إعداده لمغادرة السجن لإعادة إدماجه في المجتمع، ومن هذه البرامج العمل العقابي الذي يكتسب أهميته في التأهيل وحفظ النظام داخل المؤسسات العقابية، فضلا عن الغرض الإقتصادي له كذلك.

ولهذا إهتم المجتمع الدولي بالعمل العقابي داخل المؤسسات العقابية، إيماناً منه بأنه يعدّ وسيلة علاجية وأسلوباً من أساليب المعاملة العقابية للمساجين، التي تعمل على الحفاظ على صحتهم البدنية والنفسية وتهذيبهم، من خلال مواجهة التأثيرات السيئة للسجن، فما مدى إذا إهتمام المشرع الجزائري بالعمل العقابي داخل المؤسسات العقابية خلال ما نص عليه القانون 04/05 المؤرخ في 06/05/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين⁽¹⁾؟ وإلى أي مدى إعتبره كأسلوب من أساليب المعاملة العقابية التي تهدف إلى تأهيل المساجين لإعادة إدماجهم في المجتمع مرة ثانية؟

وعلى اعتبار أنّ العمل العقابي يستهدف في المقام الأول إصلاح وتأهيل المسجونين داخل المؤسسة العقابية ثم للحياة عقب الإفراج عنهم، كان لابد علينا البحث في التطور التاريخي له وإهتمام المجتمع الدولي به، وكذا طبيعة العمل العقابي وطبيعة المقابل الذي يقدم للسجناء أثناء تأديتهم للعمل داخل أو خارج المؤسسات العقابية، وأخيراً الإشراف على تنظيم العمل العقابي للمساجين، وهذا كالتالي :

المطلب الأول : تطور العمل العقابي والإهتمام به

أدى التطور الذي عرفته العقوبة إلى تطور النظرة إلى العمل الذي إنعكس على ظروفه ونوعيته والغرض منه، ففي ظل النظام التقليدي أين كان لا يستهدف من تنفيذ العقوبة سوى إيلاء السجناء وسادت فيه مفاهيم التكفير والردع، كان العمل في نفس الوقت وسيلة من وسائل القسوة التي تصاحب تنفيذ بعض العقوبات، ونوعية العمل حقيرة وقاسية كالعمل في المحاجر والمقالع والمناجم.

لكن بعد تطور العقوبة وأصبح التأهيل غرضها، تغيرت معه أغراض العمل العقابي وشروطه المسند للسجناء، وأصبح وسيلة من وسائل تهذيب المساجين الذين أصبحوا يتقاضون أجوراً مقابل عملهم المؤدى وفي ظروف ملائمة للعمل الحر⁽²⁾.

الفرع الأول : لمحة تاريخية

لقد كان العمل العقابي في السجون من أقدم وأول أنظمة المعاملة العقابية التي يتلقاها السجناء، إذ كان يطبق ويفرض عليهم دون الإعتراف لهم بأي حق، وليس لهم الحق في مناقشة هذه الشروط فقد كان حقا للدولة دون تحملها لأي إلتزام، وكان بمثابة عقوبة إضافية إلى جانب عقوبة سلب الحرية، أين يلزم فيها السجناء بأشق الأعمال والقاسية⁽³⁾.

وبعدها أصبح ينظر على السجناء وكانوا محل إهتمام من قبل الدولة، الشيء الذي أدى إلى تحول وتغير النظرة إلى عقوبة العمل التي كانت سائدة سابقا، من عقوبة إضافية إلى عمل يسند إلى السجناء ذو قيمة عقابية، غرضه التأهيل والإصلاح، إذ أصبح حقا لهم تلتزم الدولة بتوفيره ولا تركهم في حالة بطالة⁽⁴⁾، وتجرد العمل العقابي من طابع العقوبة الإضافية فأصبح وسيلة تهذيب وتأهيل⁽⁵⁾.

ويعود الدور والفضل الكبير في إصلاح المؤسسات العقابية إلى طائفة "الكويكز" الأمريكية، من خلال إدخالها لنظام العمل في المؤسسات العقابية الأمريكية أين حولتها إلى مؤسسات عمل، ثم قامت بإنشاء دور للعمل لكل من الرجال والنساء الذي نتج عنه إنشاء سجن "فيلا دالفييا" الذي طبق فيه نظام العمل العقابي كنظام في معاملة المساجين⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: إهتمام المجتمع الدولي بالعمل العقابي

لكل إنسان الحق في العمل، وقد أكدت على هذا الحق المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الأمم المتحدة التي نصت على أنه: (لكل شخص حق العمل وحق الإختيار الحر للوظيفة، والحق في شروط مناسبة وعادلة للعمل وفي الحماية ضد البطالة)، كما لا يتم حرمان السجن من هذا الحق بسبب إجرامه بل يرى علماء العقاب أن العمل في السجون هو أساس مشروعية إتخاذ سلب الحرية عقوبة قانونية، ويعتبر العمل العقابي إلتراما للسجين وفي نفس الوقت حقا له إزاء الدولة لاعتباره عنصرا أساسيا في المعاملة والتأهيل العقابي⁽⁷⁾.

ومن المواثيق الدولية والإقليمية التي تقر حق الإنسان في العمل بصفة عامة وحق الإنسان المسجون بالعمل بصفة خاصة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1966، الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المنعقدة في روما 1950 والمعدلة وفقا لقواعد البروتوكولين اللذين بدأ العمل بهما في 1970/09/21 و1971/12/20 والتي أقرت من قبل لجنة الوزراء بالمجلس الأوربي في 1987/02/12، الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في سان خوسيه في 1969 /11 /22 في إطار منظمة الدول الأمريكية، الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر عن الدورة السادسة عشرة لمؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية التي عقدت في ليبيريا عام 1979، ومجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في جنيف عام 1955⁽⁸⁾.

المطلب الثاني: طبيعة العمل العقابي ومقابله

كان العمل نوعاً من الإلتزامات المفروضة على السجناء قديماً، وحقاً محضاً للدولة وكانت له خصائص العقوبة، إلا أنه أضحى في الوقت الحاضر حقاً للمسجون، بالإضافة إلى كونه واجباً يقع على عاتق المسجون القادر عليه⁽⁹⁾.

وعلى هذا فإنّ العمل العقابي للمسجون له صفة الإلزامية يلتزم به جميع السجناء بصفة عامة، وإستثناء تعفى منه فئة أخرى من السجناء لإعتبارات خاصة، وفي نفس الوقت حق للمسجون. فما هي إذا النتائج المترتبة على إلتزاميته على المساجين وكذا إعتباره حقاً لهم؟ وما طبيعة المقابل المقدم لهم أهي منحة أم أجر؟ وكيف إعتبره المشرع الجزائري؟

الفرع الأول: الإلزامية العمل العقابي والنتائج المترتبة عنه

العمل العقابي في السجون يشمل جميع المسجونين سواء كانوا رجالاً أو نساء حسب قدرتهم على أدائه، وهذا راجع إلى الأغراض التي يحققها العمل والتي لا تتعلق بفئة محددة، وبالتالي فليس من الملائم حرمان أي فئة من المزايا التي يحققها العمل، إلى جانب أنّ الكثير من فئة المسجونين لا يختارون العمل إلا إذا تم إلتزامهم به.

كما أنّ الإلتزام الشامل بالعمل لكل فئات المسجونين يرجع إلى ما يمثله العمل من ضرورة إنسانية، وما يحققه من مزايا لا تقتصر آثارها على فترة تنفيذ العقوبة فقط، بل تمتد إلى مرحلة ما بعد الإفراج على المسجونين من تحقيق التأهيل والإصلاح، إلا أنّ هذا الإلتزام الذي يقع على كافة المسجونين لا يتناقض وتنوع الأعمال التي يمكن للمسجونين أدائها داخل المؤسسة العقابية، إذ أنه يعزز القيمة الإلزامية للعمل بتوفير أكبر قدر ممكن من الأعمال لتتناسب مع مختلف القدرات للفئات المختلفة للمسجونين⁽¹⁰⁾.

كما ترجع كذلك الصفة الإلزامية للعمل العقابي كونه يعتبر أحد وسائل المعاملة العقابية التي يفرضها القانون ولا يجوز رفضها، فيتحدد بعدها نوع العمل وكيفية أدائه وشروطه⁽¹¹⁾.

وما ينتج على الإلزامية العمل العقابي على المسجونين أنّه لا ينشئ بين الدولة والمسجونين علاقة تعاقدية، وما ينشئها هو القانون، مما لا تكون محل أحكام المسؤولية التعاقدية على هذا النوع من العمل، إذ أنّه يشكل واقعة قانونية تحمل أوصافاً قانونية، وتنتج كذلك آثاراً قانونية في علاقة السجين بالإدارة العقابية، يلتزم من خلالها بتنفيذ العقوبة الصادرة في حقه بموجب حكم قضائي، ويلزم بالوفاء بالشروط العامة للتنفيذ والخضوع لمقتضياته، والتي يحددها قانون السجون.

وما ينتج عن ذلك أيضاً، أنّ السجين ليس له حق مناقشة شروط العمل ولا رفض نوع العمل المفروض عليه، وإلا تعرض لتوقيع بعض الجزاءات التأديبية التي تضعها الأنظمة الداخلية⁽¹²⁾.

الفرع الثاني: حق المسجونين في العمل والنتائج المترتبة عنه

إذا كان العمل العقابي إلزاماً يقع على المسجونين من أجل تأهيلهم وتهذيبهم، فإنه وفي نفس الوقت يعدّ حقاً لهم الذي توفره لهم الدولة، وأنّ إلزام الدولة على توفيره لهم يعود إلى أنّهم مواطنين من مواطني الدولة إلا أنّهم ضلوا الطريق، وهو الأمر الذي يستوجب على الدولة أن توفر العمل العقابي المناسب لهم، إلى جانب إستعادتهم إلى طريق السلوك القويم، من خلال تأهيلهم لإعادتهم أفراداً صالحين إلى المجتمع عقب الإفراج عنهم.

وما ينتج على حق المسجونين في العمل أو على تمتعهم بهذا الحق، أنّه يقع إلزام على الدولة بتوفيره لهم، وحق إختيار المسجونين لنوع العمل العقابي المناسب لهم وقدراتهم الشخصية والنفسية والبدنية والعقلية، وإستبعاد الإيلام والمشقة من العمل العقابي وعدم جواز أن يكون له أية غاية عقابية، واستحقاق مقابل العمل في حصولهم على مقابل خلال تأديتهم له، لما لهذا المقابل من آثار نفسية طيبة عليهم وخلق روح المنافسة بينهم، إلى جانب تقارب ظروف العمل في السجون وظروف العمل الحر، وإلا أعتبر أداة تنكيل وتعذيب للسجناء⁽¹³⁾.

إذا فالعمل العقابي ونظراً لأهميته بالنسبة للسجناء لا بد أن يكون إلزامياً على جميع السجناء، وأن يؤدي وفق ظروف كل منهم النفسية والعقلية والبدنية وميولاتهم واستعداداتهم، وفي نفس الوقت هو حق لهم يكفله لهم القانون كسائر الأشخاص في المجتمع. أما عن المشرع الجزائري ووفقاً لنص المادة 96 من القانون 04/05 المتضمن قانون تنظيم السجون⁽¹⁴⁾. فقد جعل من العمل العقابي أسلوباً من أساليب المعاملة العقابية الذي يهدف إلى إعادة تأهيل المساجين لإعادة إدماجهم في المجتمع، والذي كيّفه على أنّه إلزام يلتزم به المسجونون، الذي من خلاله يقوم مدير المؤسسة العقابية وبعد إستطلاع رأي لجنة تطبيق العقوبات بإسناد بعض الأعمال المفيدة للمحبوس بعد مراعاة حالتهم الصحية، واستعدادهم البدني والنفسي وقواعد حفظ النظام داخل المؤسسة العقابية.

لكن هذا الإلتزام الذي جعله المشرع الجزائري يشمل جميع المسجونين ولم يستثنى منهم فئة ليتم إعفاؤهم منه، وهي تلك الفئة التي حكم عليها بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة وفئة المحبوسين احتياطياً، على عكس المشرع المصري الذي استثنى هاتين الفئتين من الإلتزام بالعمل، وهذا من خلال ما نستخلصه من نص المادة 24 من قانون تنظيم السجون المصري التي قضت بعدم جواز تشغيل المحبوسين احتياطياً والمحكوم عليهم بالحبس البسيط إلا إذا رغبوا في ذلك⁽¹⁵⁾.

الفرع الثالث: مقابل العمل العقابي

تتفق معظم التشريعات العقابية على إعطاء المسجونين مقابلاً نظير عملهم المؤدى داخل المؤسسة العقابية، إذ ترى أنه بوجود هذا المقابل يحرض المسجونون على أداء عملهم بصورة كاملة والإعتناء به ويشعرون بقيمة عملهم، وهذا كله يساعدهم في تأهيلهم، كما يساعدهم في بناء حياتهم بعد الإفراج عنهم⁽¹⁶⁾.

ورغم أنه تم الاعتراف بهذا الحق، إلا أنه قد ثار خلاف حول طبيعته، هل يمثل أجراً أم أنه مجرد منحة أو مكافأة يحصل عليها المسجونون؟

لذا نجد رأياً فقهياً يرى بأنّ مقابل العمل العقابي هذا عبارة عن منحة أو مكافأة، تمنحها إدارة المؤسسة العقابية للمسجونين طالما أنه لا تربطها أية علاقة تعاقدية، إذ أنّ الأجر هو أثر لعقد العمل وأنّ عمل المسجونين لا يحكمه لا عقد ولا قانون العمل، كما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، كذلك أنه بما أن العمل مفروض على السجناء فإنّ هذا الإلتزام مع تقرير أجر لمن يقوم به، وأنه عندما تقوم إدارة المؤسسة العقابية بتغطية نفقات المسجونين من المسكن والإطعام والعلاج والترفيه فإنّها غير ملزمة بتقديم مقابل، ومنه فإذا قدمت لهم هذا المقابل ذلك يدخل ضمن المنحة وليس الأجر.

وفي المقابل نجد رأياً فقهياً ثانياً الذي يرى بأنّ هذا المقابل هو عبارة عن أجر، إستناداً إلى كون أن العمل العقابي إلتزام يقع على المسجونين وفي نفس الوقت يعتبر حقاً لهم، ومن ثمّ وجب الاعتراف لهم بالمزايا المتفرعة عن هذا الحق وأهمها أجر هذا العمل⁽¹⁷⁾.

أما عن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 162 من قانون تنظيم السجون⁽¹⁸⁾، إعتبر أنّ هذا المقابل عبارة عن منحة وليس أجراً، حيث يتلقونها تشجيعاً لما بذلوه من جهد في إنجاز عملهم بصورة كاملة، وأنّ هاته المنحة حددت نسبتها ضمن القرار الوزاري المشترك بين وزير العدل حافظ الأختام والوزير المكلف بالعمل المؤرخ في 2005/12/12⁽¹⁹⁾. أين صنفت من خلاله اليد العاملة العقابية إلى يد عاملة غير مؤهلة وأخرى مؤهلة وأخرى متخصصة.

وهذا على عكس المشرع المصري الذي يعتبر المقابل الذي يعطى للسجناء أجراً وليس منحة أو مكافأة من قبل الدولة، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من قانون تنظيم السجون المصري، والتي نصت على أنه (تبين اللائحة الداخلية الشروط اللازمة لإستحقاق المحكوم عليهم أجوراً مقابل أعمالهم في السجن وأوجه صرف هذه الأجور)⁽²⁰⁾.

المطلب الثالث: الإشراف على تنظيم العمل العقابي للمساجين

يتم تنظيم العمل العقابي من طرف الدولة عن طريق إدارة المؤسسة العقابية، لكن قد تتدخل الدولة كلية ليتم الإشراف عليه، وقد ينعدم كلية كما قد يكون إشرافها عليه جزئياً.

الفرع الأول: عدم تدخل الدولة في تنظيم العمل العقابي

وهذا من خلال نظام "المقاولة" أين لا يكون للإدارة الإشراف على العمل العقابي كلية، حيث تضع من خلاله السجناء تحت تصرف أحد المقاولين لتشغيلهم، الذي يحدد نوع العمل وشروطه ووسائله وتحضير المواد الخام، ويتولى الإنفاق الكامل عليهم من حيث المأكل والملبس⁽²¹⁾.

وإذا كان هذا النظام يعفي الإدارة العقابية من الاعتناء بالمساجين، ويقلل عليها النفقات التي تنفق عليهم من ملابس ومسكن، إلا أنه يحمل في طياته عيوباً لكونه يتجاهل الغرض الرئيسي للعمل العقابي وهو تأهيل المساجين وإصلاحهم، لأنّ المقاولة همها الوحيد هو تحقيق الربح وتقوم باستغلالهم واستخدامهم تحت ظروف قاسية، لتحقيق مآرب المقاولة دون تأهيلهم وإصلاحهم⁽²²⁾.

الفرع الثاني: التدخل الكلي للدولة في تنظيم العمل العقابي

وهذا من خلال نظام "الإستغلال المباشر" الذي من خلاله تتولى إدارة المؤسسة العقابية بنفسها تشغيل المساجين، كما تنفق عليهم والإشراف على الإنتاج وتحمل مخاطره الإقتصادية، فتوفر الآلات والمواد الأولية وتسوق المنتجات لحسابها، والإنتاج العقابي إما أن يكون مخصصاً لاستهلاك المؤسسات العقابية، وإما أن يكون موجهاً لغرض البيع للجمهور في السوق الحرة، وإما أن تستفيد الدولة من خلال هذا النظام من تشغيل المساجين في الخدمات العامة⁽²³⁾.

ومن مزايا تدخل الدولة في تنظيم العمل العقابي، أنه يمكن الإدارة العقابية من توجيهه بقصد التأهيل، وتكون من خلاله مصلحة المساجين هي الأولى، لكنه يعرض الدولة للخسارة وتحملها لنفقات كبيرة للتكفل بالمساجين، ضف إلى ذلك أنّ نقص الفنيين المتخصصين للإشراف يؤدي إلى نقص الإنتاج⁽²⁴⁾.

الفرع الثالث: التدخل الجزئي للدولة في تنظيم العمل العقابي

وهذا من خلال نظام "التوريد"، فالدولة من خلاله تتعاقد مع أحد رجال الأعمال لتقديم الآلات والمواد الأولية، ويعمل المساجين تحت إشراف إدارة المؤسسة العقابية ولحسابه، مقابل مبلغ من المال يلتزم بدفعه للإدارة، حيث من خلاله لا تتخلى إدارة المؤسسة العقابية عن المساجين لرب العمل، وإنما يقوم فقط باستغلال عملهم لحسابه وتحت إشرافها⁽²⁵⁾.

أما عن المشرع الجزائري ووفقاً لنص المادة 97 من قانون تنظيم السجون⁽²⁶⁾ نجد أنّ الدولة هي التي تتدخل في تنظيم العمل داخل المؤسسات العقابية من خلال نظام "الإستغلال

المباشر" عن طريق مصالح السجون، فهي التي تختار نوع العمل وتحدد شروطه وأساليبه وتحضر الآلات والمواد الأولية، وتجهز المؤسسات العقابية بمصانع وتشرف فنيا وإداريا على العمل العقابي، وتقوم بتسويق الإنتاج أو منتجات اليد العاملة وتحصيل ثمنها، وفي مقابل ذلك تقدم مكافآت للمحبوسين وتوزع عليهم المكسب المالي على ثلاث حصص متساوية.

كما أنه يتم تسويق كل المنتجات المنتجة من طرف اليد العاملة العقابية، منها الصناعية والتقليدية والزراعية من طرف المكتب الوطني لأشغال التربية، حيث يتولى هذا المكتب بتنفيذ كل الأشغال وتقديم كل خدمة بواسطة اليد العاملة العقابية وتسويق المنتجات الصناعية وإستغلال الأراضي الزراعية وبيع إنتاجها، وهذا ما ما يتبين لنا في نص المادتين 03 و04 من الأمر 17/73 المؤرخ في 1973/04/03⁽²⁷⁾.

خاتمة

يعتبر العمل العقابي وسيلة جد هامة من وسائل المعاملة العقابية داخل المؤسسة العقابية، الذي يهدف في المقام الأول إلى تأهيل المساجين وتقويمهم، فهو إذا يعتبر وسيلة لتوجيه المساجين وتقويمهم ووسيلة علاجية للتهذيب والحفاظ على صحة المساجين البدنية والنفسية، ومواجهة التأثيرات السلبية للسجن من خلال تفرغ طاقتهم فيما يفيد ويحد من الإنحراف، ويغرس لديهم إعتياد النظام وتدريبهم على العيش الشريف.

كما يعتبر العمل العقابي وسيلة لتدريب المساجين على إتقان حرفة يستطيعون بها إيجاد عمل بعد الإفراج عنهم، وأنّ الأجر الذي يتقاضونه داخل المؤسسة العقابية جراء تأديتهم لعملهم يساعدهم على إشباع حاجياتهم الشخصية، ويساعدهم في نفس الوقت على إعالة أسرهم وتعويض ضحايا إجرامهم، إلى جانب مساعدة إدارة المؤسسة العقابية في التمويل على تلبية مطالبهم المتنوعة.

وإلى جانب التأهيل فإنّ العمل العقابي يهدف إلى تحقيق أغراض أخرى لا تقل أهمية عن غرض التأهيل له، والتي تتمثل في حفظ النظام داخل المؤسسة العقابية الذي يعدّ ضرورة أساسية في التأهيل، فترك المساجين بدون عمل يفكرون دائما في التمرد والهروب، لأنّ البطالة تشجعهم على الإخلال بالنظام مما يصعب على إدارة المؤسسة العقابية تطبيق أساليب المعاملة العقابية الأخرى.

لهذا ونظرا لأهمية العمل العقابي للمساجين، فإنّه لا بد من الإهتمام به وتوفير فرص العمل لهم، وتدريبهم على الحرف المتاحة داخل المؤسسة العقابية التي تتلاءم وقدراتهم البدنية والعقلية، وتوفير كل المستلزمات الضرورية لذلك وتوجيههم توجيهها صحيحا نحوها، ورعايتهم بعد الإفراج عنهم وعدم تركهم للظروف الصعبة التي قد تتسبب في إعادتهم إلى السجن مرة ثانية، والعمل على تسهيل إعادة الإعتبار لهم لأنّ صحيفة السوابق العدلية عادة ما تكون

عائقا لهم في ولوج عالم الشغل، والإتصال بأرباب العمل لتمكينهم من الحصول على عمل، لما للعمل العقابي من ثمرات تعود بالفائدة على السجناء والمؤسسة العقابية المتواجدين فيها، وحتى على أسرهم والمجتمع والدولة.

الهوامش:

- (1) انظر القانون 04/05 المؤرخ في 06/02/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمسجونين، ج ر عدد 12 لسنة 2005.
- (2) أحمد عبد الله المرابي، المعاملة العقابية للمسجون، دراسة مقارنة في القانون العقابي الوضعي والنظام العقابي الإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة 2016، ص 112.
- (3) محمود نجيب حسني، علم العقاب، تحليل لطبيعة العقوبة والتدبير الإحترازي وتحديد لأهدافهما، ودراسة للنظريات العقابية الحديثة في معاملة المحكوم عليهم وشرح وتأصيل للقانون رقم 396 لسنة 1956 في شأن تنظيم السجون، دار النهضة العربية، د ط، القاهرة، ، 1973 ص 307.
- (4) علي عبد القادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د ط بيروت، 1985، ص 282.
- (5) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 308.
- (6) أحسن مبارك طالب، العمل الطوعي لتزلاء المؤسسات الإصلاحية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 2000، ص 62.
- (7) حسام الأحمد، حقوق السجين وضمائنه في ضوء القانون والمقررات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010، ص 59.
- (8) سهير عبد المنعم، حق المسجون في العمل والتدريب المهني بين المعايير التشريعية والواقع الميداني، دراسة مقدمة حول حقوق المسجون في الإتفاقيات الدولية والنظام العقابي في مصر دراسة مقارنة، المركز القومي للبحوث أجتماعية والجنائية، أكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا القاهرة، 2008، ص ص 442، 445.
- (9) جمال إبراهيم الحديري، علم العقاب الحديث، دار السنهوري، الطبعة الأولى، لبنان، 2015، ص 173.
- (10) علي عزالدين الباز علي، نحو مؤسسات عقابية حديثة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى الإسكندرية، 2016، ص ص، 183، 184.
- (11) علي عبد القادر القهوجي، أصول علمي الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط لبنان، 2002، ص ص، 294، 295.
- (12) جمال إبراهيم الحديري، المرجع السابق، ص ص 174، 175.
- (13) أشرف شوقي عبد الوهاب عطية، الحماية الجنائية للسجين، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 167.
- (14) انظر المادة 96 من قانون تنظيم السجون، المرجع السابق.
- (15) علي عزالدين الباز علي، المرجع السابق، ص 187.
- (16) فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، الطبعة الخامسة، بيروت، 1985، ص 384.
- (17) أحمد عبد الله المرابي، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2016، ص ص 133، 134.
- (18) انظر المادة 162 من قانون تنظيم السجون، المرجع السابق.
- (19) انظر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 12/12/2005 الذي يحدد جدول نسب المنحة المالية التي تتلقاها اليد العاملة، ج ر عدد 07 لسنة 2006.

- (20) أحمد عبد الله المرآغي، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، المرجع السابق، ص 134
- (21) فتوح عبد الله الشاذلي، أساسيات علم الإجرام وعلم العقاب، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 248.
- (22) علي عبد القادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، ص ص، 406، 407.
- (23) أحمد عبد الله المرآغي، المعاملة العقابية للمسجون، دراسة مقارنة في القانون العقابي الوضعي والنظام العقابي الإسلامي، المرجع السابق، ص 121.
- (24) محمد مصباح القاضي، علم الإجرام وعلم العقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2013، ص 354.
- (25) فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص 250.
- (26) انظر المادة 97 من قانون تنظيم السجون، المرجع السابق.
- (27) انظر المادتين 03 و 04 من الأمر 17/73 المؤرخ في 03/04/1973 المتضمن إحداث المكتب الوطني لأشغال التربية وتحديد قانونه الأساسي، ج ر عدد 45 لسنة 1983.

الخبرة القضائية كإجراء أساسي للتحقيق في المنازعة الضريبية *

BELLOUL Fahima, M A"B",
Département des Enseignements de Base en Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

بلول فهيمة، أستاذة مساعدة "ب"،
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تُثير عملية فرض الضريبة وتحصيلها الكثير من النزاعات بين الإدارة الضريبية والمكلف الضريبة التي يكون سببها في غالب الأحيان اعتراض هذا الأخير على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة الضريبية من أجل ضمان تحصيل إيرادات الخزينة العمومية، مثل هذه الوضعية تؤدي إلى نشوب نزاعات بين الطرفين ولكل طرف حججه ومبرراته التي يتمسك بها أثناء عرض النزاع على الجهة القضائية المختصة.

وبالعودة إلى نص المادة 1/85 من قانون الإجراءات الجبائية نجدها تلح على ضرورة اتباع إجراءات تحقيقية خاصة بالدعوى الضريبية، لاسيما الخبرة القضائية التي يستعين بها القاضي الإداري أثناء فصله في المنازعة الضريبية لما يتضمنه ملف الدعوى من عمليات حسابية وتقنية لا يمكن للقاضي بالنظر إلى تخصصه القانوني أن يتمكّن من استيعاب هذه المسائل، إلا باللجوء لخبرة قضائية.

تتمحور هذه الدراسة حول تبيان أهمية الخبرة القضائية كإجراء للتحقيق في المنازعة الضريبية بالنظر إلى إجراءات التحقيق الأخرى الخاصة بالدعوى الضريبية المتمثلة في التحقيق الإضافي ومراجعة التحقيق.

الكلمات المفتاحية:

المنازعة الضريبية، المكلف بالضريبة، الإدارة الضريبية، الخبرة القضائية، التحقيق الإضافي، مراجعة التحقيق.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/15 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/12/15 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Judicial expertise an essential procedure in measures tax litigation

Abstract:

The taxation and collection of taxes encounters conflict between the tax administration and the taxpayer because of the latter's opposition on the procedures followed by the tax administration and the one that determine how the recovered receipts from the public treasury and this is the subject in dispute between the two parties and each one to the reasons and approvals after the intervention of the competent jurisdiction.

And settles article 85/1 of code of tax procedures which indicates the obligation to follow the special measures of investigation relating to the action of taxes as well as the judicial expertise ordered by the administrative judge to clarify the technical elements and specific of tax litigation.

So my study concerns the definition of judicial expertise and its importance in other special measures of instruction concerning the tax action which is the additional instruction and counter check.

Key words:

Tax litigation, taxpayer, tax administration, judicial expertise, additional instruction, counter verification.

L'expertise judiciaire, procédure d'instruction essentielle du contentieux fiscal

Résumé:

L'imposition et le recouvrement de l'impôt suscite plusieurs litiges entre l'administration fiscale et le contribuable. Le conflit en question est souvent le résultat de l'opposition du contribuable contre les procédures effectuées par l'administration fiscale afin de garantir le recouvrement des recettes du trésor public. Cette situation est à l'origine de litiges entre les parties concernées qui restent, pendant le déroulement du contentieux devant la juridiction compétente, attachés à leurs propres arguments.

On déduit à la lecture de l'article 85/1 du code de procédures fiscales que le législateur insiste sur la nécessité de suivre les procédures d'instruction ayant trait au contentieux fiscal, notamment en ce qui concerne l'expertise judiciaire. Cette procédure constitue un outil important pour le juge statuant en matière fiscale, et ce, en raison de la technicité du dossier lié au litige d'une part, et la formation limitée du juge administratif en ce domaine d'une autre part.

Cette étude tourne autour de l'importance de l'expertise judiciaire en tant que procédure d'instruction en matière du contentieux fiscal, et ce, par rapport aux autres procédures d'instruction tel que le supplément d'instruction et la contre expertise.

Mots clés :

Le contentieux de l'impôt, le contribuable, l'administration des impôts, l'expertise, le supplément d'instruction, la contre vérification

مقدمة

تعتبر المنازعة الضريبية من أهم منازعات القضايا التي تُثير إشكالات حقيقية ومعقدة بالنظر إلى ادعاءات المكلف بالضريبة ودفوع الإدارة الضريبية خاصة فيما يتعلق بتأسيس الضريبة من عدمها، و صحة العمليات الحسابية التي يقوم بها أعوان إدارة الضرائب لتقدير الضريبة الواجبة التسديد، بالإضافة لمدى قانونية إجراءات التحصيل الجبري التي تمارسها إدارة الضرائب.

ويتم الفصل في مثل هذه المنازعات أمام القضاء الإداري باعتبار أن الدعوى الضريبية من أهم الدعاوى الإدارية التي يختص بها القاضي الإداري، مما يجعل هذا الأخير يلجأ إلى اتباع إجراءات تحقيقية خاصة بالمنازعة الضريبية المتمثلة في التحقيق الإضافي، مراجعة التحقيق والخبرة القضائية، هذا بهدف توضيح العمليات التقنية و الحسابية التي تقوم بها الإدارة الضريبية، لاسيما وأنّ القاضي الإداري ليست له دراية بالمسائل التقنية ويتوقف دوره في استيعاب المسائل القانونية.

رغم أهمية الخبرة القضائية كإجراء للتحقيق في القضايا التي تُعرض على مختلف الجهات القضائية، إلا أنّ أهميتها تتجلى أكثر في مجال الدعوى الضريبية باعتبارها من أهم وسائل التحقيق التي يمكن للقاضي الإداري اللجوء إليها للفصل في مثل هذه الدعاوى، لدى حرص المشرع الجزائري على النص على هذا الإجراء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشكل عام وفي قانون الإجراءات الجبائية بشكل خاص.

من هذا المنطلق وبغية توضيح هذه الإجراءات التحقيقية التي يلجأ إليها القاضي الإداري أثناء فصله في الدعوى الضريبية لاسيما إجراء الخبرة القضائية ينبغي التساؤل عن مكانة الخبرة القضائية وفعاليتها في مجال التحقيق القضائي في مادة الضرائب ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ينبغي البحث عن أهمية الخبرة القضائية كوسيلة للتحقيق في المجال الضريبي (المبحث الأول)، مع تحديد المنازعات التي قد تُثار في هذا الإطار والتي تجعل القاضي يلجأ إلى الاستعانة بالخبير (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الخبرة القضائية إجراء تحقيقي في مادة الضرائب

ما يميز المنازعة الضريبية عن أغلبية المنازعات أنّها ذات طابع فني وتقني، مما يصعب على القاضي الإداري الفصل في مثل هذه المنازعات بشكل يضمن عدم المساس بحقوق المكلف بالضريبة وحقوق الخزينة العمومية، فهذا العامل كافٍ لتبرير موقف القاضي في استعانته بأهل الاختصاص عن طريق تعيين خبير فني مختص في المسائل الحسابية لتبيان وتحليل كل هذه المسائل. وبهدف تبيان أهمية هذا الإجراء في عملية التحقيق في مادة الضرائب ينبغي وضع تعريف للخبرة القضائية، مع تمييزها عن الإجراءات الخاصة الأخرى التي قد يلجأ إليها القاضي الضريبي للتحقيق في المنازعة الضريبية.

المطلب الأول: تعريف الخبرة القضائية وخصائصها

الفرع الأول: تعريف الخبرة القضائية

يعتبر هذا الإجراء من الإجراءات التحقيقية التي اعتادت مختلف الجهات القضائية اللجوء إليها من أجل التحقيق في بعض الوقائع، بالنظر إلى خصوصيتها وعدم تمكّن القاضي المختص من استيعاب المسائل التقنية والفنية لمختلف العلوم كالعلوم الطبية الهندسية

والمحاسبة... إلخ، مما يبرر اهتمام مختلف فقهاء القانون بهذا الإجراء بدليل اختلاف التعاريف التي وضعها هؤلاء من أجل تحديد المقصود بالخبرة القضائية.

فمن الناحية اللغوية تعني الخبر أي النبأ، ويقال أخبار أخابير وخبير بكسر الباء يعني عالم به، وأخبره خبورة أي أنبأه ما عنده، وخبرت بالأمر أي علمته، والخبرة بكسرها يقصد به العلم بالشيء كالإخبار والتخبير⁽¹⁾. وكلمة خبير هي اسم من أسماء الله الحسنى وردت في القرآن الكريم عدة مرات كقوله تعالى في الآية الأولى من سورة سبأ: { الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَلَهُ الْحَمْدُ فِي الْآخِرَةِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ }⁽²⁾.

أما من الناحية الفقهية فهناك الكثير من التعاريف التي وضعت لتحديد وتوضيح المقصود بإجراء الخبرة القضائية، وسنكتفي بذكر أهم هذه التعاريف وتلك التي تكون ملمة بجميع العناصر المتعلقة بهذا الإجراء.

فهناك من فقهاء القانون من عرفها أنها: "استعانة القاضي أو الخصوم بأشخاص مختصين في مسائل يفترض عدم إلمام القاضي بها للتغلب على الصعوبات الفنية أو العلمية التي تتعلق بوقائع النزاع، وذلك بالقيام بأبحاث فنية وعلمية واستخلاص النتائج منها في شكل رأي يخضع لتقدير المحكمة"⁽³⁾.

كذلك عرفت على أنها: "استيضاح رأي أهل الخبرة في شأن استظهار بعض جوانب الوقائع المادية التي يستعصى على قاضي الموضوع إدراكها بنفسه من جرّاء مطالعة الأوراق والتي لا يجوز للقاضي أن يقضي في شأنها استناداً لمعلوماته الشخصية وليس في أوراق الدعوى وأدلتها ما يُغني القاضي عن فهمها، والتي يكون استيضاحها جوهرية في تكوين قناعته في شأن موضوع النزاع"⁽⁴⁾.

وهي أيضا "تدبير تحقيقي بمقتضاه يكلف القاضي شخصا من ذوي الاختصاص يسمى خبيرا للقيام بمهمة معينة تتطلب تحقيق واستقصاءات قد تكون على جانب من التعقيد تتوصلا لإعطاء للقاضي معلومات ورأي فني بشأن أمور واقعية لا يمكن الحصول عليها بنفسه ويثبت الخبير تحقيقه مع الرأي الذي توصل إليه في تقرير خطي إلى القاضي"⁽⁵⁾.

من خلال مختلف هذه التعاريف يتضح لنا بأن الخبرة القضائية إجراء من إجراءات التحقيق التي قد يأمر بها القاضي للفصل في المنازعات التي تُعرض عليه⁽⁶⁾ عندما يجد نفسه غير مُلم بكل المسائل التي يتضمنها ملف الدعوى بسبب وجود بعض الوقائع التي يصعب على القاضي فهمها لوحده، لذا يجد نفسه مُجبر على الاستعانة بأهل الاختصاص حسب موضوع المنازعة، وذلك من أجل توضيح المسائل التقنية المهمة في الملف للفصل في القضية.

مع الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم يعرّف إجراء الخبرة، إلا أنه أورد أحكامها ضمن الباب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما جاء ذلك في نص المادة 125 وما يليها من

نفس القانون إلى أنه "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"⁽⁷⁾، مما يفهم بأنّ المشرع الجزائري حصر إجراء الخبرة في توضيح بعض الوقائع سواءً كانت مادية ذات طابع تقني أو علمية. كما تم النص عليها كإجراء ضمن إجراءات التحقيق الخاصة في نص المادة 85 من قانون الإجراءات الجبائية⁽⁸⁾، وتمّ التفصيل في الأحكام الخاصة بهذا الإجراء في نص المادة 86 من نفس القانون، وما يمكن التعقيب عليه في هذا الصدد أن المشرع لم يبيّن لنا مبررات اللجوء إلى الاستعانة بالخبير في الدعاوى الضريبية أو الحالات التي يمكن من خلالها القيام بهذا الإجراء وإنما تم الإشارة فقط إلى أنّ الاستعانة بالخبير إجراء جوازي أي حسب السلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الثاني: خصائص الخبرة القضائية

للخبرة القضائية عدة خصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً/الخبرة القضائية وسيلة تحقيق: بمعنى أنّ هذا الإجراء من أهم الإجراءات التي تلجأ إليها الجهات القضائية بمناسبة فصلها في المنازعات التي تُعرض عليها، وعلى هذا الأساس يجب أن تتبع إجراءات محددة من أجل صحة هذا الإجراء⁽⁹⁾. وقد منح المشرع الجزائري للقاضي الإداري كل السلطة التقديرية الواسعة للبحث عن الأدلة واستعمال أيّة وسيلة تحقيق من أجل إتمام عملية الفصل في المنازعات كما جاء ذلك في نص المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما يفيد الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي لسير عملية التحقيق القضائي بشكل يضمن على الأقل تكوين فكرة لديه حول الوقائع المادية والفنية المتعلقة بالنزاع لاسيما بالنسبة للمنازعات الضريبية التي تمتاز بالتعقيد والخصوصية.

ثانياً/أنها إجراءات كتابية: رغم الدور الذي يلعبه الخبير في البحث عن الأدلة واستجواب الأطراف للحصول على معلومات تفيد للفصل في النزاع، إلا أنّ كل هذه الإجراءات التي يقوم بها الخبير يجب أن تتم في شكل مكتوب عن طريق إعداد تقرير مفصل ومدقق يتضمن كل الأقوال والتصريحات التي أدلى بها الأطراف أو الشهود والوثائق التي قدمها كل طرف والقيام بعملية تقدير هذه الوثائق من حيث مدى أهميتها في النزاع.

فيجب على الخبير أثناء مباشرته لمهامه أن يقوم باستدعاء كل الأطراف ويقوم بتدوين أقوال المدعي ووثائقه ثم أقوال المدعى عليه ووثائقه، كما يقوم بهذه المهمة بحضور كل أطراف النزاع، وله أن يطرح الأسئلة على أي طرف بحضور الطرف الآخر.

ثالثاً/أنها إجراء فني وتقني: بمعنى أنّ لجوء القاضي إلى هذا الإجراء يكون محددًا في بعض المسائل التقنية أو العلمية التي تخرج عن اختصاص القاضي وتتجاوز معرفته⁽¹⁰⁾، أما بالنسبة للمسائل القانونية فإنها تخرج عن اختصاص الخبير ولا يمكن للقاضي أن يأمر الخبير بالبحث عن هذه المسائل لأنها من صلاحية القاضي ولا يمكن له تفويض هذه الصلاحيات لشخص

آخر⁽¹¹⁾، فيجب عليه أن يبحث عن الحل القانوني للنزاع وإثارة المسائل القانونية والتكييف القانوني لهذه المسائل والنصوص القانونية التي تطبق حسب طبيعة النزاع، لأنه يفترض في القاضي العلم بالقانون والالتزام بتطبيقه، ولا يمكن له أن يستعين بأي شخص للبحث عن هذه المسائل حتى ولو كان رجل قانون⁽¹²⁾ وقد أكد مجلس الدولة الجزائري هذه الفكرة في قراره رقم 32694⁽¹³⁾.

كما أن مهمة الخبير تنحصر في البحث عن المسائل الفنية والمادية دون القانونية فندب خبير في المحاسبة يكون بغرض إعادة القيام بمختلف العمليات التي قامت بها إدارة الضرائب في مواجهة المكلف بالضريبة والنظر أيضا في مدى صحة المحاسبة التي يقوم بها المكلف لتبرير مداخله مثلا.

رابعا/أنها إجراء اختياري: باعتبار أن إجراء الخبرة هو إجراء تحقيقي في إطار البحث عن الدليل أو تكوين اقتناع لدى القاضي⁽¹⁴⁾، فإن سلطة الأمر به أو استبعاده تكون للقاضي الفاصل في الدعوى الضريبية الذي تكون له السلطة التقديرية الواسعة للأمر بهذا الإجراء أو عدم الأمر به حسب طبيعة النزاع والوقائع التي تُعرض على القاضي، لكن في غالب الأحيان يتم الأمر بهذا الإجراء بالنسبة للوقائع التي تكون محل خلاف وتكون غير ثابتة من خلال الوثائق والمستندات أو الأدلة المبررة في الدعوى أو تلك الوقائع التي لا يمكن إثباتها بوسيلة أخرى كالشهادة أو القرائن أو المعاينة⁽¹⁵⁾.

إلا أن ما يميز المنازعة الضريبية عن غيرها من منازعات القضاء الإداري أنها تُثير في أغلب الأحيان إشكالات ومسائل تقنية وحسابية توجي مباشرة بأن القاضي الفاصل في الدعوى سيستعين بخبير من أجل توضيح هذه الإشكالات، وهذا على خلاف المنازعات الإدارية الأخرى التي تُثير مسائل قانونية أو مسائل مادية لكنها بسيطة ويمكن للقاضي الفاصل فيها دون الاستعانة بالخبير.

المطلب الثاني: تمييز الخبرة القضائية عن إجراءات التحقيق الخاصة في مادة الضرائب

مما لا شك فيه أن الخبرة القضائية تعتبر من الإجراءات التحقيقية الخاصة التي قد يأمر بها القاضي الإداري أثناء فصله في الدعوى الضريبية، إلا أنها لا تعتبر الإجراء الوحيد للتحقيق بل هناك إجراءات آخرين وهما التحقيق الإضافي ومراجعة التحقيق، ومن أجل تبيان أهمية إجراء الخبرة ينبغي تمييزها عن هاذين الإجراءين.

الفرع الأول: الخبرة القضائية والتحقيق الإضافي

يعتبر التحقيق الإضافي من الإجراءات الخاصة المنصوص عليها حصريا في قانون الإجراءات الجبائية مما يصعب علينا التحديد الدقيق لهذا الإجراء لأنه من الإجراءات التي

تستعمل فقط في إطار المنازعات الضريبية، لاسيما وأنّ قانون الإجراءات الجبائية لم يتوسع في تحديد كيفية ممارسة هذا الإجراء.

إلاّ أنّه ومن خلال استقراء نص المادة 2/85 من نفس القانون نجدها تتضمن بعض الأحكام الخاصة بهذا الإجراء⁽¹⁶⁾، فهذا التحقيق من الإجراءات الهامة الخاصة بالدعوى الضريبية التي يجب على القاضي اللجوء إليها قبل قفل التحقيق عندما تتوفر إحدى الحالتين وهما:

أولاً/ إثارة المكلف بالضريبة لوسائل جديدة في الدعوى: فكلما أثار المكلف بالضريبة لبعض الوسائل الجديدة التي تخدم ملف القضية يكون القاضي ملزماً بإجراء هذا التحقيق ويتجرد من السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الإداري بصفة عامة⁽¹⁷⁾، وهذا ما يميز إجراءات التحقيق المتبعة للفصل في الدعوى الضريبية عن مختلف إجراءات التحقيق المعمول بها للفصل في الدعوى الإدارية بصفة عامة، كما أنّ أعمال هذه القاعدة يجعل القاضي الإداري يُعيد النظر في عملية التحقيق ويمنح للمكلف بالضريبة الحق في إثارة كل وسائله ويجعل المدعى عليها الإدارة الضريبية في موقف المتهم الذي يجب عليه إيجاد وسائل مضادة للوسائل التي قدمها المكلف بالضريبة.

إلاّ أن ما يُعاب على هذا الإجراء أنّ المشرع لم يبيّن نوع هذه الوسائل التي يقدمها المكلف بالضريبة وتجعل القاضي الإداري مضطراً إلى إعادة إجراءات التحقيق في الدعوى، وهناك من فسر هذا الأمر على أنّ المشرع فتح المجال أمام المكلف بالضريبة لتقديم أي دليل أو وثيقة مهما كانت أهميتها في النزاع، وهذا بهدف البحث عن الحقيقة القضائية والحفاظ على الحق في الدفاع وتسهيل عملية الفصل في النزاع الضريبي⁽¹⁸⁾ وللحفاظ أيضاً على حقوق المكلف بالضريبة الذي يسعى لإثبات صحة ادعاءاته، كما أنّ عدم تحديد هذه الوسائل يقيد أيضاً سلطة القاضي الذي يجب عليه الأمر بإجراء هذا التحقيق مباشرة بعد تقديم هذه الوسائل ولا يكون له رفض إجراء التحقيق بسبب عدم جدية هذه الوسائل⁽¹⁹⁾.

ثانياً/ إثارة المدير الولائي للضرائب لوسائل جديدة: يحق للمدير الولائي إثارة بعض الحجج والوسائل التي على أساسها أثير النزاع بين الطرفين، وللحفاظ على حق المكلف في الدفاع وتكريساً لمبدأ الوجاهية فإنه يجب إعلامه بهذه الوقائع الجديدة التي أثارها المدير الولائي في مذكرته الجوابية ويجب أن يخضع الملف لإيداع جديد⁽²⁰⁾.

ما يميز كلا من الحالتين أنّ القاضي الإداري يكون دوره فقط موجه للإجراءات وليس مقرراً لما يجب القيام به، لأنّ نص المادة 2/85 من قانون الإجراءات الجبائية ألزمتها على إجراء التحقيق الإضافي كلما وجدت إحدى الحالتين، هذا ما يبرر خصوصية المنازعة الضريبية بالنظر إلى خروج المشرع عن القواعد العامة في إجراءات التحقيق وتبادل المذكرات، فحسب

ما هو معمول به في القواعد العامة فإنّ قفل التحقيق وإحالة الملف للمستشار المقرر يعني عدم إمكانية تقديم مذكرات جديدة إلاّ بعد تقديم طلب إلى رئيس المحكمة الإدارية من أجل إعادة القضية للجدولة وفي غالب الحالات لا يُقبل هذا الطلب.

من خلال ما سبق ذكره يتضح لنا أنّ كلا من إجراء الخبرة القضائية والتحقيق الإضافي - بالإضافة إلى مراجعة التحقيق- من الإجراءات الخاصة والوحيدة التي يمكن للقاضي الأمر بها، مما يجعل دوره مقيد في التحقيق واتخاذ الإجراء المناسب حسب قناعته، هذا ما يؤثر سلباً على التحقيق القضائي في المجال الضريبي لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار تعقيد النزاعات التي تُثار بين المكلف والإدارة الضريبية بسبب الطابع التقني التي تمتاز به، فكان على المشرع أن يوسع ويفتح المجال للقاضي لاتخاذ أي إجراء تحقيقي يراه مناسباً.

إلاّ أنّ هناك اختلاف بين الخبرة والتحقيق الإضافي من حيث أسبقتهما فحسب ما ذكر في نص المادة 85/1، فإنه يجب على القاضي الإداري أن يأمر بالتحقيق الإضافي كلما وجدت وقائع جديدة، ولا يمكن له الأمر مباشرة بإجراء الخبرة إلاّ في حالة عدم تقديم أية وسائل جديدة من طرف المكلف بالضريبة أو الإدارة الضريبية، أو في حالة عدم تمكن القاضي من استيعاب العمليات الحسابية المثارة في الدعوى، فإذا كانت سلطة القاضي الإداري واسعة في الأمر بإجراء الخبرة أو عدم الأمر بها، فإنّ سلطته مقيّدة فيما يخص الأمر بالتحقيق الإضافي، فكلما قُدمت وسائل جديدة من أحد الطرفين ينبغي على القاضي أن يأمر بهذا الإجراء دون إمكانية إعمال سلطته التقديرية.

وأهم ما يميز الخبرة القضائية عن التحقيق الإضافي أنّ هذا الأخير يقوم به عون تابع لإدارة الضرائب، مما يفيد عدم فعالية هذا الإجراء لأنّ الإدارة الضريبية تصبح الخصم والحكم في نفس الوقت، هذا ما يُنقص من مصداقية هذا التحقيق ولا يساهم في كشف الحقيقة، على خلاف إجراء الخبرة التي تُسند إلى خبير تعيّنته الجهة القضائية ولا ينتمي إلى مصالح الإدارة الضريبية، مما يوحي مبدئياً أن يكون محايد أثناء إعداد تقرير خبرته.

الفرع الثاني: الخبرة القضائية ومراجعة التحقيق

كما هو الأمر بالنسبة للتحقيق الإضافي فلم يقدم المشرع تعريفاً لمراجعة التحقيق، وإنما ذكر فقط أهم الإجراءات التي يتم اتّباعها للقيام بهذا التحقيق. يتم اللجوء إلى هذا الإجراء كلما تبين للقاضي عدم كفاية وجاهزية عناصر ومستندات الملف لإعمال السلطة التقديرية للقاضي التي تمكنه من البت في القضية⁽²¹⁾، ومن خلال نص المادة 85/3 من قانون الإجراءات الجبائية يتبين لنا بأنّ هذا التحقيق يقوم به عون تابع لإدارة الضرائب غير ذلك الذي قام بالتحقيق الأول وبحضور المدعي أو وكيله.

إلا أنّ المشرع في نص هذه المادة لم يحدد المهام التي يقوم بها العون المحقق وترك ذلك لإعمال السلطة التقديرية للقاضي الذي يمكنه الأمر بمراجعة التحقيق إذا تبين له عدم كفاية التحقيق الأول يأمر بهذا التحقيق ويحدد المهام التي يقوم بها العون المحقق على سبيل الحصر ويلزمه بتحرير محضر يثبت تلك المهام التي قام بها، وفي غالب الأحيان سيأمر القاضي العون المعني بمراجعة التحقيق الأول وذلك حسب طبيعة النزاع فقد يتعلق بمراجعة الوثائق الخاصة بتأسيس الضريبة أو الحسابات المتعلقة بمقدار الضريبة...إلخ.

بعد إتمام عملية التحقيق يقوم العون المعني بتحرير محضر يتضمن ما توصل إليه وملاحظات المدعي ورئيس المجلس الشعبي البلدي إذا اقتضت الضرورة ويرسل الملف إلى المدير الولائي للضرائب لإبداء طلباته، يقوم هذا الأخير بإرسال الملف إلى الجهة القضائية التي أمرت بهذا التحقيق⁽²²⁾، وما يعاب على هذا المحضر أنه يُحرر من طرف أعوان الإدارة الضريبية وقبل إيداعه أمام الجهة القضائية يُرسل إلى المدير الولائي للضرائب من أجل تقديم ملاحظته، فكل العملية تتم من طرف مصالح الإدارة الضريبية، مما يفيد احتمال عدم مصداقية المعلومات التي يتضمنها هذا المحضر، ولا يمكن اعتباره دليل قاطع للإثبات ويحق للمكلف بالضريبة الطعن في صحة ما ورد في هذا المحضر⁽²³⁾.

هناك من الفقه من يرى بأنّ العون المكلف بالتحقيق لا يمثل الإدارة الضريبية في أداء المهام المنوطة له بحكم القضاء، وأنه يلتزم بالحياد أثناء أدائه لهذه المهمة²⁴، إلا أنّ هذا الطرح ليس في محله لأنّ العون المكلف بالتحقيق هو موظف تابع للإدارة الضريبية، وبعد اقتناع القاضي بضرورة مراجعة التحقيق يقوم بتبليغ المدعى عليها وهي غالبا مديرية الضرائب، وباعتبار أنّ المدير الولائي للضرائب هو الذي يمثل هذه المديرية أمام القضاء فهذا يعني بأنّ القاضي يأمر المدير الولائي للضرائب بالقيام بهذا الإجراء، فهو الذي يعين العون الذي سيقوم بذلك التحقيق استناداً إلى السلطة الرئاسية التي يمارسها هذا المدير على موظفيه في مختلف مصالح الإدارة الضريبية على مستوى الولاية، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل في هذه المسائل الإدارية الخاصة بالإدارة، وإنما دوره يتوقف عند أمر المدير الولائي للضرائب بمراجعة التحقيق دون تحديد العون الذي سيقوم بهذا الإجراء، مع اشتراط شرط واحد هو أن يقوم بهذا التحقيق عون آخر من الذين لم يشاركوا في التحقيق الأول.

وما يميز إجراء مراجعة التحقيق عن التحقيق الإضافي أنّ المشرع في التحقيق الأول حدد الحالات التي بتوفرها يكون القاضي ملزم بإجراء هذا التحقيق، أما فيما يخص مراجعة التحقيق فلم يتم تحديد حالات معينة للأمر بهذا الإجراء، وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي حسب معطيات الملف، فلا يأمر بهذا الإجراء إلا إذا تبين له عدم كفاية الأدلة المقدمة للفصل في المنازعة.

بالإضافة إلى أنّ مراجعة التحقيق يتم بحضور المكلف بالضريبة، مما يؤثر إيجاباً على التحقيق لأنّ المكلف يحضر عملية التحقيق ويبدى موقفه، على خلاف الخبرة القضائية التي يقوم بها الخبير بمفرده وبدون حضور الأطراف، رغم أنّه يتلقى تصريحاتهم ويرفق التقرير بالوثائق التي يقدمها كل طرف، وفي غالب الأحيان فإنّ كلا من الطرفين لا يعلمان بمضمون التقرير إلاّ بعد إيداعه وسحبه من أمانة ضبط الجهة القضائية.

من خلال ما سبق تتجلى لنا أهمية مراجعة التحقيق كما هو الأمر بالنسبة للخبرة القضائية في تنوير القاضي الإداري بمختلف المسائل الحسابية التي تُفیده للفصل في الدعوى الضريبية التي تمتاز بالطابع التقني مما يجعل القاضي مضطراً في بعض الحالات للاستعانة بهاذين الإجراءين للفصل في الدعوى.

رغم هذا التوافق بين الإجراءين، إلاّ أنّ هناك فرق بينهما يتجلى ذلك في أولوية إجراء مراجعة التحقيق على الخبرة القضائية من حيث طريقة الأمر بهما، فيجب على القاضي في حالة عدم تمكنه من استيعاب كل المسائل المتعلقة بالقضية أن يأمر بالتحقيق المضاد، وفي حالة عدم توصله للحل أو عدم اقتناعه بما ورد في المحضر يأمر بإجراء الخبرة القضائية.

وأهم ما يميّز الخبرة عن مراجعة التحقيق أنّ الإجراء الثاني يقوم به عون تابع لإدارة الضرائب وقبل إيداع المحضر أمام القاضي المختص يجب أن يطلع على هذا المحضر المدير الولائي للضرائب الذي يبدي ملاحظاته، مما يفيد عدم فعالية هذا التحقيق لأنّ الإدارة الضريبية لن تأتي بالجديد وأكد أنّ العون المكلف بالتحقيق سيتوصل إلى نفس النتائج والمعطيات المتواجدة في ملف القضية، على خلاف إجراء الخبرة الذي يعدّه خبير مختص في المجال ويكون محايد في أداء مهامه لأنّه يتعامل مع الجهة القضائية التي أمرته بالمهمة ولا تكون له أية علاقة مع أطراف الدعوى.

المبحث الثاني: طبيعة المنازعات الضريبية التي تكون موضوع انتداب خبير

تنقسم المنازعات الضريبية بشكل عام نوعين، منازعات الوعاء ومنازعات التحصيل الضريبي، وأساس هذا التقسيم هو اختلاف موضوع كلا النوعين واختلاف دور إدارة الضرائب في كل منازعة، وكذا بسبب اختلاف إجراءات رفع كلا من الدعويين باختلاف نوع النزاع، وتختلف أيضاً بالنظر إلى المرحلة التي تكون عليها العمليات الضريبية، فإذا كانت منازعات الوعاء تنشأ في بداية فرض الضريبة وتقديرها أثناء بداية النشاط الخاضع للضريبة، فإنّ منازعات التحصيل تنشأ بعد فرض الضريبة ورفض المكلف التسديد.

المطلب الأول: منازعات الوعاء الضريبي

تعتبر من المنازعات الأكثر شيوعاً وتعقيداً لأنّها تخص عمليات حسابية تقوم بها إدارة الضرائب من أجل فرض الضريبة وتقدير قيمتها حسب طبيعة النشاط الذي يُمارسه المكلف

بالضريبة، فأول خطوة للتنظيم الفني للضريبة هو اختيار أساس الضريبة، أي تعيين الشكل الملموس للمادة التي تُفرض عليها الضريبة على ضوء المبادئ الاقتصادية التي يجب مراعاتها⁽²⁵⁾.

الفرع الأول: تعريف الوعاء الضريبي

يُقصد بالوعاء الضريبي العنصر الاقتصادي الخاضع للضريبة سواءً كان نشاطاً، سلعة، عمل أو حيازة تكون مصدر للضريبة⁽²⁶⁾، كما يُعرّف على أنه " المادة الخاضعة للضريبة التي تُفرض عليها وهو الشيء أو المجال الخاضع لها"⁽²⁷⁾.

حسب دُرّاس المالية فهناك فرق بين وعاء الضريبة ومصدرها، لأنّ هذا الأخير يعني الثروة التي تُسدد منها الضريبة فعلاً والمصدر الرئيسي للضريبة هو الدخل نظراً لكون الضريبة متجددة، ويتضح أكثر الفرق بينهما في أنّ الضريبة على رأس المال فمصدرها رأس المال لكن وعاءها هو الدخل، إلا أنّ هناك حالات يتطابق فيها وعاء الضريبة ومصدرها مثل الضريبة على الدخل، فوعاء هذه الضريبة هو الدخل ومصدرها الدخل⁽²⁸⁾.

ومن أجل تحقيق العدالة الضريبية بين مختلف فئات المجتمع ينبغي على المشرع أن يضع أسس فرضهما بالنظر إلى الدخل الفردي لكل مواطن، ومدى قدرته على المساهمة في الأعباء العامة، وعلى هذا الأساس ينبغي أن يتم فرض الضريبة استناداً إلى مبادئ العدالة، العمومية و الملائمة.

الفرع الثاني: أسباب ظهور منازعات الوعاء الضريبي

تتعدد أسباب نشوب هذه النزاعات بالنظر إلى طبيعة الممارسات التي يقوم بها المكلف بالضريبة الذي قد يكون السبب في ظهور هذه النزاعات، أو بالنظر إلى السلطات والامتيازات الممنوحة لإدارة الضرائب من أجل التدخل وإعادة عملية فرض الضريبة في حالة الشك في التصريحات التي قدمها المكلف بالضريبة، ويمكن تلخيص أهم أسباب ظهور هذه المنازعات في: أولاً/عدم تصريح المكلف بمداخيله أو وقوعه في أخطاء: ما يميز النظام الجبائي الجزائري أنّه نظام تصريحي، يعني أنّ المكلف بالضريبة هو الذي يقدر جزافياً دخله السنوي وعلى أساس هذا التصريح يتم تحديد مقدار الضريبة الواجب تسديده، إلا أنّ إدارة الضرائب قد تُشكك في حالات معينة في التصريحات التي يدلي بها المكلف، مما يجعلها تتخذ إجراءات التحقيق اللازمة من أجل إثبات ذلك، ومن أهم الوسائل التي منحها قانون الإجراءات الجبائية لإدارة الضرائب إجراء التحقيق في الوثائق ومراقبتها من طرف مفتش الضرائب الذي يتحدد اختصاصه بالجهة التي يُمارس فيها المكلف نشاطه وحسب نص المادة 19 من نفس القانون فإنّ المفتش يراقب تصريحات المكلف ويطلب توضيحات وتبريرات كتابية، كما يمكن أن يطلب دراسة الوثائق الحسابية المتعلقة بالبيانات والعمليات موضوع الرقابة.

وفي حالات أخرى قد ترد أخطاء في التصريح الذي يدلي بها المكلف بالضريبة دون أن يتعمد في الوقوع في الخطأ أو التحايل من أجل عدم التصريح بحقيقة موارده المالية، وإنما يعود ذلك إلى تعقد العمليات الحسابية وصعوبتها الشيء الذي قد يُوقع المكلف في الخطأ، إلا أنّ هذه الحالة قد لا تطرح نزاع حقيقي مادام أنه يتم تصحيح الأخطاء من طرف أعوان الإدارة الضريبية المختصين في تحديد مختلف العمليات الحسابية. وفي حالة قبول المكلف بالتصحيح الذي يقول به العون المعني فلا يؤدي ذلك إلى نشوب نزاع، بشرط أن يتم اكتشاف هذا الخطأ أثناء فرض الضريبة وليس بعد تحصيلها.

إذا تم التوصل إلى دليل يُثبت بأنّ المكلف لم يقدم تصريحاً حقيقياً لمداخيله أو أنّه وقع في أخطاء أثناء التصريح، فتقوم مفتشية الضرائب المختصة بإعادة تقييم مقدار الضريبة الواجب دفعه، ويتم تصحيح الضريبة عن طريق تقويم التصريح المدلى به من طرف المكلف، وذلك بعد أن يتم الحوار وتبادل الحجج بين الطرفين من أجل وضع تقدير مناسب للوعاء الضريبي، أو يتم الفرض التلقائي من طرف إدارة الضرائب بشكل انفرادي في حالة عدم تقديم المكلف بالضريبة للوثائق اللازمة أو عدم مسك محاسبة منتظمة⁽²⁹⁾.

ثالثاً/إقرار المشرع لسلطات وامتيازات لإدارة الضرائب في إعادة التقويم: من أخطر السلطات التي منها المشرع لإدارة الضرائب هو إعادة النظر في مقدار الضريبة التي يدفعها بصفة منفردة من طرف إدارة الضرائب دون اللجوء إلى القضاء للقيام بهذا الإجراء، ويتم ذلك سواءً عن طريق الفرض التلقائي في حالة رفض المحاسبة، كعدم مسك الدفاتر الحسابية أو مسكها بطريقة غير مطابقة لأحكام القانون، أو أنّ المحاسبة لا تتضمن بيانات مقنعة أو أخطاء وإغفالات.

وقد يتم التقييم التلقائي كما أشارت إليه المادة 44 من قانون الإجراءات الجبائية وذلك في حالة استحالة الرقابة بسبب راجع للمكلف أو الغير، أو عندما يتبين من خلال التحقيق أنّ المكلف لم يقوم بمسك محاسبة قانونية، أو في حالة عدم تقديم تصريحاته بعد انذاره من طرف مفتشية الضرائب المعنية، ومن أهم الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى هذا التقويم عندما يتم اتخاذ الرقابة المعمقة للوضعية الجبائية الشاملة ويتبين بأنّ المكلف لم يقدم تصريحات صحيحة وأخفى بعض الموارد التي يتحصل عليها من النشاط الذي يمارسه⁽³⁰⁾.

أکید أنّ هذا الفرض التلقائي للضريبة ينتج عنه اعتراض المكلف ورفضه تسديد الضريبة حسب التقييم الجديد وينشأ نزاع ضريبي بين الطرفين، ومن أجل الوصول إلى حل لهذا النزاع ينبغي على المكلف أن يتّبع إجراءات التظلم الإداري المسبق أو ما يصطلح عليه بالشكوى الواجب تقديمها أمام المدير الولائي للضرائب مصحوبة بكل الأدلة والوثائق التي تُثبت ادعائه،

وفي حالة عدم قبول شكواه له طريق آخر لتسوية هذا النزاع عن طريق عرضه على المحكمة الإدارية المختصة.

في أغلب الأحيان فإنّ مثل هذه المنازعات التي تُعرض على القاضي الإداري ذات طابع محاسبي، ومن أجل الفصل فيها ينبغي اللجوء إلى إجراءات التحقيق الخاصة المنصوص عليها في المادة 85 من قانون الإجراءات الجبائية، لاسيما الأمر بانتداب خبير مختص من أجل مساعدته في حل النزاع وتقدير مختلف العمليات الحسابية الناتجة عن فرض الضريبة ومدى صحة التقديرات التي توصلت إليها إدارة الضرائب.

المطلب الثاني: منازعات التحصيل الضريبي

بعد الانتهاء من مرحلة تحديد الوعاء الضريبي وتقدير الضريبة الواجب تسديدها يتم الانتقال إلى المرحلة الثانية وهي تحصيل هذه المبالغ بعد أن يتم إدخالها حيز التنفيذ بموجب الجداول السنوية التي يصدرها وزير المالية، كما جاء ذلك في نص المادة 1/143 من قانون الإجراءات الجبائية.

وعملاً بمبدأ الملائمة في التحصيل يتم تحديد أوقات تحصيل الضرائب حسب طبيعة كل ضريبة⁽³¹⁾، فهناك أنواع من الضرائب تحصل في نهاية كل شهر أو في نهاية كل سنة، فالهم أن يقوم المكلف بتسديدها كما حدده له الإدارة الضريبية، ورغم أن هناك من المكلفين بالضريبة الذين يلتزمون بالتسديد في الوقت المحدد بدون أي إشكال، إلا أن هناك الكثير منهم الذين يتماطلون عن التسديد رغم علمهم بأجال الدفع، مما يجعل مصالح الإدارة الضريبية تشرع في اتخاذ إجراءات التحصيل الجبري عن طريق استعمال مجموعة من الوسائل لضمان تحصيل هذه الضرائب⁽³²⁾ لاسيما في حالة امتناع المكلف عن التسديد ودياً.

ما يميز هذه الإجراءات أنّها تتخذها إدارة الضرائب دون اللجوء إلى القضاء⁽³³⁾ استناداً إلى مختلف السلطات والامتيازات التي منحها القانون لهذه الإدارة لضمان عدم التهرب عن تسديد الديون العمومية، وينتج عن هذه الوسائل التي تستعملها إدارة الضرائب عدة نزاعات واعتراضات من طرف المكلف بالضريبة. وما يمتاز به الدين الضريبي أنّه دين ممتاز⁽³⁴⁾ ومحمول وواجب الأداء رغم المنازعة في صحته ومقداره⁽³⁵⁾ استناداً إلى قاعدة الدفع ثم الاسترداد المعروفة لدى مختلف التشريعات، فيجب على المكلف أن يسدد المبلغ المحدد وإن لم يرضى بهذه الضريبة يطعن في أساس فرضها أو مقدارها ويطلب استردادها، ويتمثل الهدف من تقرير هذه القاعدة في ضمان استقرار المعاملات الضريبية ومراعاة مصلحة الخزينة العمومية⁽³⁶⁾.

بالعودة إلى أحكام المادة 153 وما يليها من قانون الإجراءات الجبائية يمكن تلخيص أهم النزاعات التي قد تنشأ في هذه المرحلة فيما يلي:

الفرع الأول: الاعتراض على إجراءات المتابعة

قد يكون هذا الاعتراض على سند التحصيل لعدم احترام إدارة الضرائب لإحدى الإجراءات الشكلية كعدم تبليغ المكلف بالإجراء الذي اتخذته، وقد يمس الاعتراض الجانب الموضوعي أو ما يسمى بالتحصيل القسري ويتعلق هذا الاعتراض بموضوع المتابعة وليس بالإجراءات الشكلية، مع الإشارة إلى أنه مهم كانت طبيعة الاعتراض فلا يؤدي ذلك إلى وقف إجراءات المتابعة وإنما تواصل الإدارة الضريبية إجراءاتها بشكل عادي.

أولاً/الاعتراض على سند التحصيل: لقد منح قانون الإجراءات الجبائية للمكلف بالضريبة عدة ضمانات للاعتراض على إجراء التحصيل الذي يقوم به قابض الضرائب، إلا أن هذا الاعتراض لا يكون مقبولاً إلا إذا توفرت فيه الشروط المنصوص عليها في أحكام هذا القانون.

وعملاً بنص المادة 153 مكرر من نفس القانون يجب أن تقدم الشكوى خلال أجل شهر واحد من تاريخ تبليغ الإجراء المحتج به، كما ينبغي أن تتضمن الشكوى كل وسائل الإثبات المفيدة، مع ضرورة تسليم وصل يثبت تقديم الشكوى من طرف المكلف بالضريبة. تعتبر الشكوى من الإجراءات الضرورية لقبول مختلف الدعاوى الضريبية، وقد أكد مجلس الدولة هذا في العديد من قراراته منها القرار رقم 6325 الصادر في سنة 2003 الذي جاء فيه "أن كل نزاع ضريبي يشترط فيه رفع تظلم إداري مسبق وهذا الإجراء يعتبر من النظام العام يتعين على القاضي إثارته تلقائياً"⁽³⁷⁾.

ثانياً/الاعتراض على التحصيل القسري: تمّ النص على هذا الإجراء في نص المادة 154 من قانون الإجراءات الجبائية، يمس هذا الاعتراض موضوع الالتزام ككل أو جزء منه أو بوجوب الوفاء به، إلا أن هذا الاعتراض لا يؤدي إلى توقيف الإجراءات التي شرعت فيها الإدارة الضريبية التي هي موضوع الاعتراض⁽³⁸⁾.

الفرع الثاني: طلب وقف التسديد

كما سبق الإشارة إليه فإن ما يميز التحصيل الضريبي هو ضرورة التسديد ثم الاعتراض حفاظاً على أموال الخزينة العمومية، إلا أن المشرع الجزائري أوجد استثناءً عن هذه القاعدة يتمثل في إمكانية طلب إرجاء الدفع كما نصت عليه المادة 74 من قانون الإجراءات الجبائية⁽³⁹⁾، فمن خلال ما جاء في نص هذه المادة يتّضح أن لقبول طلب وقف التسديد ينبغي على المكلف أن يقدم طلب الاستفادة من هذا الإجراء، أما في حالة عدم طلبه فلا يمكن وقف التسديد رغم وجود نزاع حول إجراءات التحصيل، ويجب على المكلف أن يقدم ضمانات تكفل عدم ضياع حقوق الخزينة العمومية، ومن هذه الضمانات التزامه بأن يدفع 20 % من نسبة الدين.

الفرع الثالث: طلب إلغاء الحجز ورفع اليد على إجراءات غلق المحل أو بيعه

أولاً/ طلب إلغاء الحجز: من أهم الامتيازات الممنوحة لإدارة الضرائب لضمان تحصيل الضرائب المفروضة على المكلف بالضريبة هو إمكانية الحجز على أموال هذا الأخير فيمنع عليه التصرف في هذه الأموال عندما يتضح بأن حق الخزينة العمومية مهدد بالضيق⁽⁴⁰⁾، وحسب نص المادة 147 من قانون الإجراءات الجبائية فإن الحجز ينفذ بعد ثلاثة أيام من الإشعار بالتنبيه، وفي حالة الاستعجال يمكن تنفيذ الحجز في يوم واحد من تاريخ التبليغ، ويمكن للمكلف الذي حجزت أمواله أن يسعى أمام إدارة الضرائب من أجل استرجاع هذه المحجوزات بتقديم طلب إلى المدير الولائي للضرائب خلال أجل شهر من تاريخ الحجز، كما ينبغي على المكلف أن يقدم الوسائل الثبوتية التي على أساسها يمكن للمدير الولائي أن يستجيب لطلبه، أما في حالة عدم قبول الطلب فيحق للمكلف أن يلجأ إلى القضاء الإداري لرفع الدعوى الضريبية ضد المدير الولائي للضرائب الذي رفض الاستجابة لطلبه⁽⁴¹⁾.

ثانياً/ طلب رفع اليد على إجراءات غلق المحل المهني وبيعه: من أخطر السلطات التي منحها القانون لإدارة الضرائب هو اتخاذ إجراءات غلق المحل التجاري وبيعه في حالة رفض المكلف تسديد ما عليه من ديون ضريبية، كما نصت عليه المادة 145 من قانون الإجراءات الجبائية. يتم غلق المحل المهني بعد إعداد تقرير من طرف المفتش المكلف بذلك ويقوم بإرساله إلى المدير الولائي للضرائب الذي يتمتع بهذه السلطة، وفي حالة إصدار القرار يتم تبليغه بصفة رسمية للمكلف بالضريبة وتُمنح له مدة 10 أيام للدفع قبل تنفيذ القرار، أما حالة عدم تسديد ما عليه من ديون يتم تنفيذ القرار بشرط ألا تتجاوز مدة الغلق ستة أشهر كما نصت عليه المادة 146 من قانون الإجراءات الجبائية.

أما فيما يتعلق ببيع المحل المهني فيتم عن طريق قرار يصدره المدير الولائي للضرائب مع ضرورة ترخيص من طرف الوالي للقيام بإجراءات البيع نظراً لخطورة هذا الإجراء تتم عملية البيع بعد 10 أيام من إلصاق إعلان بمقر المحل وبلوحة إعلانات البلدية يتضمن بيان اسم ولقب المكلف المعني وعنوانه، كل المعلومات المتعلقة بالمحل، القابض المباشر للعملية ويوم وساعة القيام بعملية البيع.

ونظراً لخطورة كلا من الإجراءات فأكيد أن المكلف بالضريبة سيقوم برفع تظلم خلال الأجل القانونية، وباعتبار أن الطعن لا يوقف عملية الغلق أو البيع فإن المعني سيقوم برفع دعوى إدارية ضمن شروط الاستعجال من أجل أمر المدير الولائي بوقف تنفيذ قرار الغلق أو البيع إلى حين الفصل في دعوى الموضوع. وفي غالب الحالات فإن القاضي الإداري يأمر بوقف كل الإجراءات نظراً لمساسها المباشر بحقوق المكلف بالضريبة، لأنه في حالة بيع المحل سيؤدي

ذلك إلى وضعيات يصعب تداركها مستقبلا خاصة إذا اتضح من خلال وقائع الملف أنّ أعوان الإدارة الضريبية لم يحترموا إحدى الإجراءات الشكلية الضرورية لبيع المحل التجاري أو المهني. ما يمكن استنتاجه بعد تبين أنواع المنازعات التي قد تُثار في مادة الضرائب أنّ احتمال اللجوء إلى الخبرة القضائية يكون أكثر في منازعات الوعاء على حساب منازعات التحصيل لأنّ موضوع هذه الأخيرة في غالب الأحيان هو الاعتراض على إجراءات التحصيل الجبري التي تشرع فيها إدارة الضرائب، ويتمثل دور القاضي الإداري في مراقبة مدى صحة إجراءات التحصيل ومدى احترام إدارة الضرائب لمختلف الشكليات الضرورية قبل الشروع في عملية التحصيل، أما بالنسبة لمنازعات الوعاء فإنّها تطرح عمليات حسابية معقدة لاسيما في حالة استعمال المكلف لبعض الحيل بهدف إخفاء مداخيله، فهنا تظهر أهمية الخبرة باعتبارها من الوسائل الضرورية التي يلجأ إليها القاضي قبل الفصل في المنازعة الضريبية وفي غالب الأحيان فإنّ الحكم الذي يصدره القاضي يؤسسه على ما توصل إليه الخبير في تقريره.

إلا أنّ ما يُعاب على النصوص المحددة لإجراءات التحقيق الخاصة أنّها حصرت هذه الإجراءات الخاصة بالتحقيق في كلا من منازعات الضرائب المباشرة والرسوم على رقم الأعمال⁽⁴²⁾، مما يُطرح تساؤل حول سبب هذا التحديد ولماذا لم يأتي نص المادة عاما بالنسبة لمختلف أنواع الدعاوى مهما كانت طبيعة الضريبة موضوع النزاع، وإذا كانت الضرائب غير المباشرة لا تطرح إشكال لأنّ قانون الضرائب الغير مباشرة أحالنا إلى مختلف القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجبائية⁽⁴³⁾، فإنّ الإشكال يُطرح بالنسبة للمنازعات الناتجة عن حقوق التسجيل وحقوق الطابع.

إنّ هذا الطرح في محله ويثير استغراب عن سبب حصر إجراءات التحقيق الخاصة فقط من النوعين من الضرائب رغم أن قانون الإجراءات الجبائية يعتبر القاعدة الإجرائية العامة في مجال تسوية المنازعات الضريبية لاسيما وأنّ مختلف النصوص القانونية الواردة في هذا القانون تأتي بصيغة العمومية، أي باستعمال عبارة المنازعة الضريبية أو الدعوى الضريبية دون نوع النزاع أو مجاله، لأنّه في المجال الإجرائي يتم اتّباع نفس الإجراءات تقريبا بغض النظر عن نوع الضريبة أو طبيعتها.

لكن حسب اعتقادنا فإنّ سبب الإشارة فقط إلى النوعين من الضرائب ناتج عن تعقد النزاعات المتعلقة بالنوعين وكثرتها كما أنّ في مثل هذه الضرائب تُثار إمكانية وقوع الإدارة الضريبية في أخطاء أثناء فرض الضريبة أو تحصيلها على خلاف حقوق التسجيل والطابع التي لا تُثار بشأنها نزاعات بحجم وتعقد تلك التي تُثار في مجال الضرائب المباشرة خاصة.

خاتمة

ما يمكن التوصل إليه في الأخير أنّ إجراء الخبرة القضائية يعتبر من إجراءات التحقيق الأساسية التي يمكن للقاضي الإداري الأمر بها عن طريق انتداب خبير مختص في المسائل التقنية والمحاسبة، ورغم أهمية كلا من التحقيق الإضافي ومراجعة التحقيق باعتبارهما من الإجراءات الخاصة فقط بالتحقيق في الدعوى الضريبية، إلا أنّهما وفي غالب الأحيان لا تكون لهما الفعالية اللازمة للوصول إلى الحقيقة و الحفاظ على حقوق المكلف باعتبار أنّ الإدارة الضريبية هي التي تباشر هاذين الإجراءين، خاصة وأنّ القاضي الإداري يكون دوره محدود ولا يمكنه الخوض في المسائل الحسابية البعيدة عن تخصصه.

كما اتضح لنا من خلال ما سبق أنّ إجراء الخبرة من السلطات الممنوحة للقاضي الإداري يستعملها إذا استلزم الأمر ذلك من أجل توضيح المسائل التقنية التي لا يتفقه فيها بالنظر إلى تخصصه القانوني البحث، إلا أنّ هذا لا يعني أنه لا يمكن لأطراف الدعوى تقديم طلب لإجراء الخبرة خاصة بالنسبة للمكلف بالضريبة الذي لا يجد ملجأ للدفاع عن حقوقه سوى اللجوء إلى القضاء، وفي حالة الاستجابة لطلبه بتعيين خبير فإنّ ذلك سيساعده في إثبات ما يدعيه أمام القضاء.

أما بالنسبة للمنازعات التي تعرض على القاضي الإداري فقد تتعلق بالوعاء الضريبية أو عملية التحصيل التي تشترط فيها إدارة الضرائب استناداً إلى مختلف السلطات التي منحها لها المشرع من أجل ضمان تحصيل موارد الخزينة العمومية، وتبين لنا من خلال ما سبق أنّ أهمية الخبرة كوسيلة تحقيق تتجلى أكثر أثناء ظهور منازعات الوعاء الضريبي على حساب منازعات التحصيل.

إلاّ أنّه بالعودة إلى النصوص القانونية المنظمة لإجراء الخبرة نجد أنّ المشرع لم يتوسّع في الأحكام الخاصة بهذا الإجراء، ورغم النص عليه كوسيلة تحقيق في مادة الضرائب، لكن تم الإشارة فقط في نص المادة 1/84، ونص المادة 86 من قانون الإجراءات نجد أنّ المشرع أشار فقط إلى بعض الأحكام التي تتشابه تقريبا مع تلك المنصوص عليها في المادة 125 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من هنا ينبغي إعادة النظر في الأحكام الخاصة بإجراءات التحقيق الخاصة في مادة الضرائب لاسيما إجراء الخبرة القضائية عن طريق:

-التوسّع في تبيان مختلف الإجراءات الواجب اتّباعها أثناء الأمر بانتداب خبير من طرف القاضي الإداري عن طريق النص على إجراءات خاصة بالنظر لخصوصية المنازعة الضريبية دون الاكتفاء بتلك الأحكام العامة.

-ضرورة النص في قانون الإجراءات الجبائية على أهمية هذا الإجراء وإلزام القاضي بالأمر به كلما تضمنت المنازعة عمليات حسابية معقدة، مع وجوب التمييز بين الإجراءات الواجب

تتبعها أثناء اللجوء إلى الخبرة بالنظر إلى طبيعة المنازعة. وفي نفس الإطار ينبغي عدم التوسع في منح السلطة التقديرية للقاضي في الأمر بهذا الإجراء، لأنّ الواقع العملي أثبت أنّ أغلبية القضايا الضريبية تُحال مباشرة على الخبرة، مما يؤثر سلباً في سرعة إجراءات الفصل في الدعوى، كما تُرهق المتقاضي لاسيما المكلف بالضريبة بمصاريف قضائية إضافية.

المهامش:

- (1) عوض علي حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998، ص 6.
- (2) الآية الأولى من سورة سبأ.
- (3) الحديدي علي الشحات، الخبرة في المسائل المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 9.
- (4) زهران همام محمد محمود، الوجيز في إثبات المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، مصر، 2013، ص 357.
- (5) الشنيكات مراد محمود، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 99.
- (6) تختلف الخبرة القضائية بالنظر إلى المرحلة التي يتم الأمر بها، قد تكون أصلية أو الخبرة الأولى عندما يتم الأمر بها لأول مرة وقد تكون تكميلية في حالة وجود نقص في الخبرة الأولى أو وجود ضرورة للتحقيق في مسائل جديدة لم يشير إليها التقرير الأول رغم صحة ما ورد فيه، وقد تكون خبرة مضادة عندما يتضح وجود تناقض بين خبرتين أو أكثر حول نفس الوقائع، مما يستلزم الاستعانة بخبرة أخرى وقد أقرت المحكمة العليا على ضرورة الأمر بخبرة مضادة في حالة عدم التوصل إلى حل للقضية المعروضة على القاضي وذلك في القرار رقم 155373 الذي جاء فيه "إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى وتعذر فض النزاع بين الطرفين وجب الاستعانة بخبرة فاصلة وعدم الاقتصار على خبرة واحدة تماشياً مع متطلبات العدل"، قرار المحكمة العليا رقم 155373 الصادر بتاريخ 1998/11/18، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1998، ص 55.
- (7) قانون رقم 09-08، مؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 21، مؤرخ في 2008/04/23.
- (8) تم إحداث قانون الإجراءات الجبائية بموجب المادة 40 من القانون رقم 01-21، مؤرخ في 2001/12/22، يتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج ر ج ج عدد 79، مؤرخ في 2001/12/23.
- (9) الرحيلي محمد غالب، الخبرة في المسائل الجزائية (دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014، ص 16.
- (10) أنظر: - عجيلة عاصم، تقرير الخبير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 173.
- Guide de l'expert devant des tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel 2010, (mise en application pratique des missions confiées par les juridictions administratives), Conseil national des compagnies d'experts de justice, mise à jours le 02 avril 2011, Paris, p 06.
- (11) واصل محمد، الهلالي حسين بن علي، الخبرة الفنية أمام القضاء، (دراسة مقارنة)، المكتب الفني، عمان، 2004، ص 33.
- (12) BEYNEL Jean, «Expertise et procédure», Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1989, p 33.
- (13) قرار مجلس الدولة، الغرفة الثانية، ملف رقم 32694، الصادر بتاريخ: 2007/02/14، بين (ك ر) ضد مديرية الضرائب لولاية سطيف، (غير منشور)، والذي جاء فيه: "حيث أن طلب المستأنف بإجراء الخبرة للبحث عن مدى قانونية الضريبة المفروضة عليه غير مؤسس بدوره طبقاً للمادة 89 من قانون الإجراءات الجبائية لأن الخبرة تدير من تدابير التحقيق يأمر بها القاضي في مسألة فنية ولا يلجأ إليها في المسائل القانونية كمسألة الإثبات".
- (14) بوصنوبرة خليل، "الخبرة القضائية في المنازعات الضريبية"، من أعمال الملتقى الوطني حول الإجراءات الجبائية، المنظم يومي 21 و22 أفريل 2008، كلية الحقوق والآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، ص 145.

- (15) واصل محمد، الهلالي حسين بن علي، المرجع السابق، ص 32.
- (16) جاء في نص المادة 1/85 من قانون الإجراءات الجبائية، المرجع السابق، "... ويكون التحقيق الإضافي إلزاميا، كلما قدم المكلف بالضريبة وسائل جديدة قبل الحكم. وعندما يحصل بعد إجراء تحقيق إضافي، أن يتذرع مدير الضرائب بالولاية بوقائع أو أسباب لم يسبق للمكلف بالضريبة العلم بها يجب أن يخضع الملف لإيداع جديد طبقا لأحكام الفقرة 2 من المادة 2/84 أعلاه..."
- (17) أنظر: - أغليس بوزيد، التحقيق في المنازعة الضريبية أمام القضاء الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2011، ص 98. - خضراوي الهادي، المنازعة الضريبية في ضوء الإصلاحات الجبائية الجديدة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2008، ص 340.
- (18) أنظر: - أغليس بوزيد، المرجع السابق، ص 101.
- أمقران عبد العزيز، المرحلة القضائية في منازعات الضرائب المباشرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 78.
- TROTABAS Louis et COTTERET Jean, Droit Fiscal, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1980, p 310.
- (19) من الوسائل التي يمكن إثارتها من طرف المكلف بالضريبة المخالفات والكشوف التي تفيد عملية تسديد الضرائب، ومن القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الإداري في مجال الأمر بإجراء التحقيق الإضافي نجد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء غليزان تحت رقم 09/00075 الصادر بتاريخ 2009/03/01، أنظر: - أغليس بوزيد، المرجع السابق، ص 102.
- (20) ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 2/85 أثناء نصها على إجراء التحقيق الإضافي في حالة إثارة المدير الولائي لوسائل جديدة ونصت على أنه يجب أن يخضع الملف لإيداع جديد طبقا لأحكام الفقرة 2 من المادة 2/84 أعلاه، لكن بالعودة إلى نص هذا المادة نجد أنها ملغاة بموجب قانون المالية لسنة 2008، مما يعني أنّ هناك فراغ قانوني فيما يخص الإجراءات الواجب إتباعها.
- (21) أنظر: - أمقران عبد العزيز، المرحلة القضائية في منازعات الضرائب المباشرة، المرجع السابق، ص 39.
- فنيديس أحمد، منازعات الضرائب المباشرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة 2006، ص 133.
- (22) أنظر: - أمزيان عزيز، المنازعات الجبائية في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 79.
- GHANEMI A, « Le contentieux fiscal en Algérie », Revue du conseil d'Etat, Numéro spécial (le contentieux fiscal), 2007, p 48.
- (23) أغليس بوزيد، المرجع السابق، ص 139.
- (24) DENIDENI Yahia, « L'apport fiscal de la loi de finance de 2006 », Revue critique de droit et de sciences politiques , N° 02, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2007, p 35. politiques
- (25) نابتي رحمة، النظام الضريبي بين الفكر المالي المعاصر والفكر المالي الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قسنطينة 2013، ص 23.
- (26) خلاصي رضا، النظام الجبائي الجزائري الحديث (جباية الأشخاص الطبيعيين والمعنويين)، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 16.
- (27) خباية عبد الله، أساسيات في اقتصاد المالية العامة، مؤسسة شباب الجامعة، الجزائر، 2009، ص 137.
- (28) نابتي رحمة، المرجع السابق، ص 23.
- (29) أمزيان عزيز، أخلاقيات القوانين الضريبية الجزائرية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012-2013، ص 231.

(30) لقد أقر مجلس الدولة بصحة عملية إعادة تأسيس الضريبة التي قامت بها مديرية الضرائب لولاية جيجل ضد مكلف بالضريبة تبين وجود فرق غير مبرر بين المخزون والمشتريات، وذلك أثناء نظره في استئناف القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء جيجل وفصل من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس، أنظر: - قرار مجلس الدولة رقم 23580، الصادر بتاريخ 2006/01/24، قضية مديرية الضرائب لولاية جيجل ضد (ب.ر)، نشرة القضاة، العدد 65، ص 402.

(31) يقتضي مبدأ الملائمة في تحصيل الضريبة أن يتم مراعاة ظروف المكلف لتحديد أوقات دفعها حتى لا يتضرر في حالة إلزامه بالتسديد في أوقات غير ملائمة، مع ضرورة عدم الإضرار بحقوق الخزينة العمومية في حالة عدم التسديد في الوقت المحدد لأن ذلك سيؤثر سلباً على حقوق الخزينة العمومية، أنظر: - أمزيان عزيز، أخليقيات القوانين الضريبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 244.

(32) هناك فرق بين تحصيل الضرائب المباشرة والغير مباشرة، فبالنسبة للضرائب المباشرة تكون هناك علاقة مباشرة بين المكلف والإدارة الضريبية ويتم تحديد التحصيل وفق جداول اسمية يدون فيها اسم المكلف والمادة الخاضعة للضريبة وأوقات استحقاقها، أي هناك علاقة مباشرة بين الطرفين، على خلاف الضرائب الغير مباشرة أين يكون هناك اتصال غير مباشرة بين الطرفين ولا يتم جباية الضريبة بواسطة الجداول الاسمية، أنظر: - زغدود علي، المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 195.

(33) أمزيان عزيز، أخليقيات القوانين الضريبية الجزائرية، المرجع السابق، ص 225.

(34) يعتبر الدين الضريبي ديناً ممتازاً استناداً إلى مجموع الضمانات المقررة قانوناً للدين العمومي ذو الطابع الجبائي ويتميز هذا الحق عن غيره من حقوق الامتياز المنصوص عليها في القواعد العامة، وقد حرص المشرع الجزائري على هذه الفكرة في مختلف النصوص الضريبية كما جاء ذلك في نص المادة 380 والمادة 388 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، منشور على موقع المديرية العامة للضرائب، <http://www.mfdgi.gov.dz>

(35) أمزيان عزيز، أخليقيات القوانين الضريبية الجزائرية، المرجع السابق، ص 238.

(36) نفس المرجع، ص 239.

(37) قرار مجلس الدولة رقم 6325، الصادر بتاريخ 2003/02/25، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، 2003، ص 124.

(38) أمزيان عزيز، أخليقيات القوانين الضريبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 247.

(39) نصت المادة 74 من قانون الإجراءات الجبائية "يجوز للمكلف الذي ينازع من خلال شكوى مقدمة ضمن الشروط المحددة في المواد 72، 73، 75، 76 أدناه، في صحة ومقدار الضرائب المفروضة عليه، أن يرجئ دفع الضريبة المتنازع فيه من الضرائب المذكورة من خلال دفع مبلغ يساوي 20 بالمائة من هذه الضرائب لدى قابض الضرائب المختص، إذا طلب الاستفادة من ذلك في شكواه. ويؤجل تحصيل الحقوق الباقية إلى غاية صدور قرار الإدارة الجبائية ضمن الشروط المحددة في المادة 79 من قانون الإجراءات الجبائية...".

(40) أمزيان عزيز، أخليقيات القوانين الضريبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 245.

(41) في حالة عدم وجود نزاع حقيقي في الموضوع حول صحة الضريبة فإن المطالبة برفع الحجز أو إيقاف التسديد يكون غير مقبول بسبب عدم مناقشة الموضوع الأصلي المتعلق بمدى صحة الضريبة، هذا ما أقره مجلس الدولة في قراره رقم 005543 الصادر بتاريخ 2002/10/15، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003، ص 121.

(42) بدايرية يحي، الإطار القانوني لتسوية النزاع الضريبي ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون إدارة وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 171.

(43) كما نصت عليه المادة 498 من قانون الضرائب غير المباشرة، 2016، منشور على موقع المديرية العامة

للضرائب، <http://www.mfdgi.gov.dz>

تطبيق مبدأ الاختصاص العالمي في مجال القانون الدولي الإنساني (دولة بلجيكا نموذجا)*

DRIS Nassima, MA "A",
Département des enseignements de Base en Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

دريس نسيمية، أستاذة مساعدة "أ"،
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

خوّلت بعض الدول قضائها الوطني الاختصاص بمتابعة وطلب تسليم مرتكبي بعض الجرائم الدولية الخطيرة، التي ترتكب خارج نطاق إقليمها من طرف أو على أشخاص أجنب. تمّ تأسيس هذه المتابعة، على مبدأ الاختصاص العالمي المنصوص عليه صراحة في بعض الاتفاقيات التي لها علاقة بقمع الجرائم الدولية الخطيرة، ولاسيما التعذيب والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني.

إلا أنّ هذا المبدأ لم تطبّقه جميع الدول، لأنّ الأمر ما زال يخضع لإرادتها السياسية التي تقرّر سنّ تشريعات وطنية لتطبيقه، بل أنّ الدول النادرة التي طبقتّه -مثل بلجيكا- تعرضت إلى عدّة عراقيل في تطبيقه، و نتيجة لذلك، تدخلت محكمة العدل الدولية في الفصل في مسألة تسليم المجرمين لمحاكمتهم و في مسألة إستبعاد تطبيق مبدأ الاختصاص العالمي بسبب امتياز الحصانة.

الكلمات المفتاحية:

مبدأ الاختصاص العالمي، القانون الدولي الإنساني، الانتهاكات الجسيمة، التعذيب، الإبادة، جرائم ضد الإنسانية، المتابعة، التسليم، بلجيكا، السنيغال، محكمة العدل الدولية، مبادئ برنستون.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2017/03/08 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/04/13 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

**The application of the principle of the universal jurisdiction
In the field of international humanitarian law
(Case study: Belgium)**

Abstracts:

Some States have authorized their national jurisdiction to pursue and request the extradition of perpetrators of serious international crimes committed outside their territory, by and against foreign persons. This prosecution has been established on the basis of the principle of universal jurisdiction, expressly provided and binding in certain conventions relating to the suppression of serious international crimes, in particular torture and serious violations of international humanitarian law.

However, this principle has not been applied by all States, because it is still subject to the political will of States to adopt national legislation that will be adopted and, in fact, the few countries that have applied it, such as Belgium, have encountered several obstacles in its application. As a result of these obstacles, the International Court of Justice intervened in certain points relating to the application of this principle, such as the problem of immunity.

Keys words:

International humanitarian law, Grave breaches, Torture, Genocide, Crimes against humanity, prosecution, extradition, Belgium, Senegal, International Court of Justice, Princeton principles.

**L'application du principe de la compétence universelle
Dans le domaine du droit international humanitaire
(État de la Belgique comme modèle)**

Résumé :

Le système judiciaire de certains Etats s'est autorisé de poursuivre et de demander l'extradition de certains auteurs de crimes graves internationaux commis en dehors de leurs territoires, par ou contre des étrangers de ces Etats. Cette compétence des juridictions nationales a été fondée sur le principe de la compétence universelle, expressément prévu dans certains accords relatifs à la répression des crimes internationaux graves.

Cependant, ce principe n'a pas été appliqué par tous les Etats, car il est encore soumis à la volonté politique des Etats, qui décident d'adopter une législation nationale pour la mise en œuvre de ce principe, et les quelques Etats qui l'ont appliqué, comme la Belgique, ont rencontré des obstacles dans sa bonne application.

Les obstacles sus cités ont été portés devant la CIJ, qui a statué sur les questions liées à l'application du principe de la compétence universelle, comme l'extradition et l'immunité.

Mots clés :

Le principe de la compétence universelle, droit international humanitaire, les violations massives, torture, Génocide, poursuites, l'extradition, la Belgique, le Sénégal, CIJ, les principes de Princeton.

مقدمة

تعتبر الولاية القضائية لمحاكم الدولة على المسائل الجنائية صورة من صور ممارستها لسيادتها⁽¹⁾، فالأصل العام هو إختصاص المحاكم الوطنية بما يرتكب على إقليم الدولة من جرائم طبقاً لمبدأ إقليمية القانون الجنائي⁽²⁾، وبما يرتكب من طرف مواطنيها من جرائم ولو وقعت في الخارج، طبقاً لمبدأ الإختصاص الشخصي للنظر في الجريمة⁽³⁾.

لكن نجد أنّ القضاء الوطني لبعض الدول، اختصّ بالنظر في بعض الجرائم الدولية التي ارتكبت خارج نطاق إقليمه، ومن طرف وعلى أشخاص أجانب عنه، وتمّ تأسيس هذه المسألة

من طرف تلك الدول على أساس مبدأ الإختصاص العالمي⁽⁴⁾، الذي يهدف إلى تفادي الإفلات من العقاب.

فما مدى نجاح تطبيق هذا المبدأ في المتابعة العالمية لمرتكبي الجرائم الخطيرة في مجال القانون الدولي الإنساني؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، لا بد أولاً من التعرف على مبدأ الإختصاص العالمي، وذلك من خلال عرض إطاره النظري، من تعريف هذا المبدأ وتكريسه و مدى إلزامية اعتماده من طرف الدول في تشريعاتها الوطنية(المبحث الأول)، وثمّ البحث عن حالات تطبيقه والعراقيل التي تصادف ذلك، متخذين في ذلك دولة بلجيكا نموذجاً لهذا التطبيق(المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار النظري لمبدأ الإختصاص العالمي

لم يتطرق القانون الدولي إلى مسألة تعريف مبدأ الإختصاص العالمي، حيث تم فقط صياغته بشكل عام في مختلف قواعده المتعلقة بمكافحة الجرائم الدولية، وهو ما دفع الفقه الدولي إلى تحديد المقصود به (المطلب الأول).

بناءً على ذلك، كرّست تشريعات بعض الدول هذا المبدأ، على غرار التشريع البلجيكي، الذي يبين مختلف الأحكام التي تنظمه، وهي الأحكام التي قامت بإقتباسها من قواعد القانون الدولي الإتفاقي والفقه الدولي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف مبدأ الإختصاص العالمي وتكريسه في القوانين الوطنية

يعدّ مبدأ الإختصاص العالمي حديث النشأة في القوانين الداخلية للدول، حيث قامت تلك القوانين بصياغة ذلك المبدأ وفقاً لمفهوم محدّد (الفرع الأول)، وإستندت في ذلك إلى أحكام القانون الدولي الإنساني والقانون الجنائي الدولي كأساس قانوني لهذا التكريس(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مبدأ الإختصاص العالمي

يعتبر مبدأ الإختصاص العالمي إستثناءً على مبدأ الإقليمية في القانون الجنائي⁽⁵⁾، فيعرّف البعض هذا المبدأ بأنه صلاحية تقرّرت للقضاء الوطني في ملاحقة ومحاكمة ومعاقبة مرتكب أنواع معيّنة من الجرائم التي يحددها التشريع الوطني دون النظر لمكان إرتكابها ودون اشتراط توافر رابطة معيّنة تجمع بين الدولة وبين مرتكب الجريمة أو الضحية؛ أي مهما كانت جنسية مرتكبها أو جنسية الضحية⁽⁶⁾.

يعبّر آخرون عن هذا المبدأ بقاعدة "التحويل للقضاء الدولي أو المتابعة والمحاكمة" أو بما أصطلح عليه حديثاً "التسليم أو المتابعة"⁽⁷⁾، ويقتضي على الدولة التي تعتمده، أن تتخذ إجراءات تشريعية تتضمن إجراءات متابعة ضد أشخاص مرتكبين لجرائم معيّنة -لاسيما الدولية والخطيرة منها- لجئوا إلى إقليم دولة معيّنة من أجل تفادي العقاب⁽⁸⁾.

تکمن أهمیة هذا المبدأ فی کونه یشکل وسیلة ضد الإفلات من العقاب، حیث یرسم للدول من متابعة مرتکبی الجرائم الدولية أمام قضاةها الوطني مهما كانت جنسیتهم ودون النظر إلى مکان وقوع هذه الجرائم⁽⁹⁾.

الفرع الثاني: تکریر مبدأ الإختصاص العالمي فی القوانين الوطنية (دولة بلجیکا كنموذج) من أشهر الدول الرائدة فی مجال اعتماد وتطبیق مبدأ الإختصاص العالمي فی مجال القانون الدولي الإنساني دولة بلجیکا⁽¹⁰⁾، حیث إعتمدت هذا المبدأ فی تشریعها الداخلي بموجب القانون الصادر بتاريخ 16 جوان 1993، والمتعلق بـ"قمع الإنتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الصادرة بتاريخ 12 أوت 1949، والبرتوكولين الإضافین الأول و الثاني الملحقین بها والصادرین بتاريخ 8 جوان 1977"، وطبّق علی جرائم الحرب المرتکبة خلال نزاعات مسلحة، سواء الدولية أو غیر الدولية⁽¹¹⁾.

ففي البداية، منح القانون المذكور أعلاه، الإختصاص للقضاء البلجیکی بالنظر فقط فی جرائم الحرب، وبعدها تمّ إضافة قانون 10 فيفري 1999 المكمل لقانون 16 جوان 1993، والمتعلق بامتداد الإختصاص القضائي العالمي للقضاء البلجیکی بالنظر فی الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة.

سمحت هذه القوانين للقضاة البلجیکیين بالنظر فی جرائم ارتکبت خارج الإقليم البلجیکی، من طرف أشخاص، وعلی ضحايا أجانب عن دولة بلجیکا، كما لم تعتد تلك القوانين بالصفة الرسمية للشخص المرتکب للجريمة المصنّفة بالخطيرة، كما لم تعتد تلك القوانين بمبدأ الحصانة التي يتمتع بها بعض الأشخاص السامية فی الدولة، تلك الحصانة التي تعتبر سببا فی عدم اتخاذ أو توقيف إجراءات المتابعة.

وعليه، تفتح هذه القوانين للقضاء البلجیکی المجال لمتابعة رؤساء الدول أو الحكومات أو وزراء أجانب فی حالة إرتکابهم لجرائم دولية شديدة الخطورة، كما سنوضح ذلك من خلال الأمثلة التطبيقية التي سنعرضها.

المطلب الثاني: أسس اعتماد الدول لمبدأ الإختصاص العالمي

تلتزم الدول بتکریر مبدأ الإختصاص العالمي إستناد لأسس عملية مرتبطة بإلتزامها بمكافحة الجرائم الدولية الأكثر خطورة فی القانون الدولي (الفرع الأول)، وكذلك إعمالا بأحكام القانون الدولي التي تنص علی هذا المبدأ، وذلك بصفتهما مصدر قانوني لهذا المبدأ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسس العملية لإلتزام الدول بتکریر مبدأ الإختصاص العالمي

یرسم أن يكون الإختصاص العالمي للمحاكم المحلية لدولة معينة إلتزاما عليها، كما یرسم أن يكون اعتماد الدولة هذا المبدأ فی تشریعاتها الوطنية إختیاريا⁽¹²⁾، حیث يكون إلتزاما

في حالة تصديق هذه الأخيرة على واحدة أو عدّة معاهدات دولية تضمّنت هذا المبدأ، فلا تلزم تلك القواعد إلاّ الموقعين عليها، وهذا هو حال الاتفاقيات التي تقرّر الحماية الدبلوماسية⁽¹³⁾.
 إلاّ أنه يمكن أن ينتج هذا الإلتزام باعتماد وتطبيق مبدأ الإختصاص العالمي عن اتفاق تكون قواعده أمرّة وتكرّس مبدأ الإختصاص العالمي، ويؤدي انتهاك هذه القواعد الأمرّة إلى فتح المجال لأيّة دولة بالنظر في هذه الإنتهاكات؛ أي حتّى ولو لم تكن لها أية علاقة بالجريمة⁽¹⁴⁾.
 تلتزم الدولة، حسب رأينا، في هذه الحالة باعتماد وتطبيق مبدأ الإختصاص العالمي -من الناحية القانونية والنظرية- حتى وإن لم تكن مصادقة على الإتفاقية المكرّسة لهذا المبدأ، مادام أنّ أحكام هذه الإتفاقية موجّه تنفيذها اتجاه الكافة.

الفرع الثاني: مصدر الإلتزام الدول بإعتماد مبدأ الإختصاص العالمي

يعتبر غالبية الفقه أنّ هناك عرفاً دولياً تشكّل كقاعدة أمرّة يكرّس الطابع الإلزامي لمبدأ الإختصاص العالمي عن الإنتهاكات الجسيمة لقواعد هذا القانون⁽¹⁵⁾.
 تمّ التعبير صراحة عن هذا المبدأ في اتفاقيات غالبية قواعدها أمرّة، مثل تلك المتعلقة بقمع الجرائم المتعلقة بالقرصنة في أعالي البحار⁽¹⁶⁾، وبالتمييز العنصري⁽¹⁷⁾، وبالتعذيب⁽¹⁸⁾، وبالرقّ⁽¹⁹⁾، و المعاقبة على جرائم الحرب⁽²⁰⁾، والتي من بينها الانتهاكات الجسيمة لنصوص إتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 وبرتوكولها الإضافيين⁽²¹⁾.
 ذكر هذا المبدأ بصريح العبارة في اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949⁽²²⁾، وفي البرتوكول الإضافي الأول لها والمتعلّق بالنزاعات المسلّحة الدولية⁽²³⁾، كما تم توسيع هذا الإختصاص العالمي الإلزامي على جرائم الإبادة بفضل الأحكام الصادرة من طرف المحكمتين الدوليتين الجنائيتين لكل من يوغوسلافيا سابقاً وروندا⁽²⁴⁾.
 نصت كذلك على مبدأ الإختصاص العالمي الجنائي، المادة السادسة من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وكذلك المادة الرابعة من معاهدة "نيويورك"، المعتمدة بتاريخ 27 جانفي 1977 من أجل قمع الإرهاب.
 يبدو من خلال ذلك، أنّ جلّ الإتفاقيات الدولية المتعلقة بقمع الجرائم الدولية الخطيرة كرسّت مبدأ الإختصاص العالمي والتي تتميز قواعدها بكونها أمرّة⁽²⁵⁾، ولكن تنفيذه يستلزم نشرها على المستوى الداخلي من أجل تطبيقها على مستوى المحاكم الداخلية للدول⁽²⁶⁾.
 والجدير بالذكر كذلك في هذا المقام، أنّ قضاء بعض الدول، مثل القضاء الفرنسي رفض الإعتراف بالتطبيق المباشر لإتفاقيات جنيف الأربعة على الرغم من كون قواعدها هي ملزمة للكافة⁽²⁷⁾.

المبحث الثاني: بعض مظاهر الإشكالات التطبيقية لمبدأ الاختصاص العالمي

ظلت بلجيكا مخبرا للكثير من الأمثلة التطبيقية لمبدأ الاختصاص الجنائي العالمي، حيث صدرت عنها عدّة قوانين تكرّس هذا المبدأ، كما أشارنا إليه سابقا، وساهم قضائها الوطني في تطبيقه على حالات متعدّدة (المطلب الأول).

لكن أحدث تطبيق هذا المبدأ إشكالات قانونية بين بلجيكا وبعض الدول التي لها علاقة بالقضايا التي طبقت فيها هذا المبدأ، الأمر الذي استدعى تدخّل محكمة العدل الدولية للفصل في تلك النزاعات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيق مبدأ الاختصاص العالمي أمام القضاء الوطني البلجيكي

طبّق القضاء البلجيكي مبدأ الاختصاص العالمي، عن طريق إصدار عدّة مذكرات توقيف ضدّ مرتكبي الجرائم الدولية، وأهمّها مذكرة التوقيف ضدّ وزير خارجية الكونغو (الفرع الأول) وأخرى ضدّ الرئيس السابق للتشاد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صدور مذكرة توقيف ضد وزير خارجية الكونغو

أصدر القضاء البلجيكي مذكرة التوقيف ضدّ (Abdoulay Yérodia Ndombasi) وزير خارجية الكونغو، اثر رفع شكوى من طرف ضحايا أجنب عن بلجيكا عن تهمة ارتكاب جرائم ضد الإنسانية في الكونغو.

لكن اعترضت الكونغو ضد هذه المذكرة، التي اعتبرتها انتهاكا لمبدأ الحصانة الذي يتمتع به وزير خارجيتها، و نتيجة ذلك قامت برفع القضية إلى محكمة العدل الدولية التي أصدرت حكما بتاريخ 11 أبريل 2000، قضت بموجبه أن وزير الخارجية يتمتع بحصانة تحميه من كل متابعة قضائية في الخارج، هذه الحصانة التي يتمتع بها أثناء كامل فترة مهامه⁽²⁸⁾.

حيث ذكرت محكمة العدل الدولية، أنّه من غير الممكن التمييز بين الأعمال المرتكبة من طرف وزير الخارجية بصفته الرسمية، وبين أعماله المرتكبة بصفته الخاصة، أثناء فترة تأدية مهامه لمساءلته⁽²⁹⁾.

لكن بالمقابل اعترفت المحكمة بموجب الحكم الصادر عنها في سنة 2002 حول هذه القضية، أنّه، من الممكن مساءلة وزير خارجية أمام قضاء وطني، بتوافر شروط من بينها وقوع أفعال مرتكبة قبل وبعد أداء الوزير لمهامه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ذكرت المحكمة أنّه، لا يمكن مساءلة وزير دولة بعد إنتهاء مهامه، عن الأفعال التي ارتكبها أثناء تأدية مهامه كوزير- أي بصفته الرسمية-، لكن تكون المساءلة فقط عن الأفعال المرتكبة بصفته الخاصة⁽³⁰⁾.

يبدو من هذا الحكم أنّ المحكمة فصلت في اطلاق استحالة مساءلة وزير دولة أثناء تأدية مهامه عن الأفعال المرتكبة بصفته الخاصة، مادام أنّ المحكمة صرّحت باستحالة التمييز بين

الأعمال المرتكبة من طرف وزير الخارجية بصفته الرسمية، وبين أعماله المرتكبة بصفته الخاصة.

لكن قضاء بعض الدول كان له رأي آخر فيما يخص مسألة مدى إمكانية الإختصاص العالمي للمحاكم الجنائية الداخلية في توقيف شخص يتمتع بحصانة جرّاء منصبه في دولة معينة، لارتكابه لجرائم خطيرة كالتعذيب مثلاً.

فالقرار أعلاه يتناقض مع حكم محكمة مجلس اللوردات البريطاني⁽³¹⁾، الذي نظر في قضية من نفس الطبيعة، وقرّر إمكانية المتابعة "في قضية الرئيس السابق للشيلي "PINOCHET Augusto".

الفرع الثاني: طلب القضاء البلجيكي من دولة السنغال تسليم الرئيس السابق لدولة تشاد (حسين حبري)

في سنة 2001 تمّ رفع شكوى أمام القضاء البلجيكي ضد الرئيس التشادي الأسبق حسين حبري من طرف واحد وعشرون ضحية، بعدما أصدر القضاء السنغالي حكماً قضى بعدم إختصاصه في النظر في نفس موضوع القضية⁽³²⁾.

على اثر تلك الشكوى، أصدرت المحكمة البلجيكية أمراً قضى غيابياً بإيداع الرئيس حبري بعد فرار هذا الأخير إلى السنغال، و نتيجة لذلك طالبت بلجيكا من السنغال بتسليمه إلى قضائها الوطني من أجل محاكمته، مادام أنّ دولة السنغال لم تحاكمه، ولكن هذا الطلب لم يكن له أي ردّ من هذه الأخيرة.

على إثر ذلك، و في سنة 2009، رفعت بلجيكا النزاع الذي يجمعها مع السنغال بخصوص تسليم الرئيس حبري أمام محكمة العدل الدولية⁽³³⁾.

أسّست بلجيكا دعواها القضائية على أساس إخلال السنغال بالتزاماتها الدولية المترتبة عن اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والتي كرّست في الفقرة الأولى من المادة (7) منها مبدأ الإختصاص العالمي، ولاسيما قاعدة "المتابعة أو التسليم".

كما ادّعت بلجيكا أمام المحكمة أنّ السنغال أوت شخصاً ارتكب جرائم دولية، ولم تقم السنغال لا بمتابعته قضائياً أمام محاكمها، و لا بتسليمه إلى بلجيكا، وبذلك تكون قد أخلّت بالتزامها المتعلّق بمتابعة الأشخاص مرتكبي الجرائم الموصوفة بجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، والتعذيب، كما ادّعت بلجيكا أنّ السنغال لم تتخذ حتى ما يلزم من الإجراءات لإقامة ولايتها القضائية على هذه الجرائم⁽³⁴⁾.

على اثر هذه الدعوى، أصدرت محكمة العدل الدولية، في سنة 2012 حكماً قضى بطلب من دولة السنغال أن تحاكم الرئيس حبري أو تسليمه إلى بلجيكا⁽³⁵⁾، وتعدّ هذه القضية من

أهم القضايا التي تمّ بموجها تكريس مبدأ الإختصاص العالمي والتي انتهت بإدانة الرئيس حبري.

لكن نتصوّر في هذا المقام أنّه لو تعلق الأمر برئيس دولة أوروبية أو أمريكية، فحتمًا سيتم تغيير مجرى القضية بإستنادها للأجهزة القضائية لهذه الدول وبإستبعاد محاكمته على أساس تمتعه بحصانة دبلوماسية تمنع تسليمه إلى دولة أجنبية.

المطلب الثاني: عراقيل تطبيق بلجيكا لمبدأ الإختصاص العالمي

تعرّضت بلجيكا على إثر تطبيقها لمبدأ الإختصاص العالمي إلى ضغوطات دبلوماسية من قبل العديد من الدول (الفرع الأول)، وهو ما أجبرها على تعديل قانونها الوطني وتضييق مجال إعمال هذا المبدأ (الفرع الثاني)، وهي من بين العراقيل العملية التي تعترض التطبيق الفعلي لهذا المبدأ.

الفرع الأول: التعرّض لضغوطات الدبلوماسية

على اثر اعتماد مبدأ الإختصاص العالمي من طرف بلجيكا والنظر في جرائم ارتكها كبار مسؤولي دول أجنبية، تعرّضت بلجيكا إلى مضايقات وتهديدات من تلك الدول الأجنبية، ومن بينها التهديد بالثار الدبلوماسي والإقتصادي ضد الحكومة البلجيكية من طرف الولايات المتحدة الأمريكية خاصة بعد المبادرة القضائية البلجيكية ضد الرئيس الأمريكي "بوش" بسبب الحرب ضد العراق في سنة 2003.

كذلك على اثر شكوى ضد جرائم ضد الإنسانية ضد قائد القوات الأمريكية في العراق في سنة 2003 بسبب: "استعمال القذائف العنقودية -المحرم استعمالها دوليا-، الهجوم المتكرر ضد مدنيين، و قصف القوات الأمريكية لمأوى والذي خلف 401 قتلى في بغداد في فيفري 1991، و شكوى بسبب تدمير منشآت للبنية التحتية التي كانت ضرورية للصحة العامة وكذا بسبب عدم التدخل أثناء نهب المستشفيات".

كما تعرّضت بلجيكا اثر جرائمها في النظر في الجرائم المرتكبة من بعض قادة الدول ولاسيما الكبرى، إلى التهديد بنقل مشروع حلف الشمال الأطلسي من بروكسيل إلى وارسو.

تعرّضت كذلك بلجيكا إلى التهديد من طرف إسرائيل التي استدعت سفيرها الإسرائيلي من بروكسيل في فيفري 2003 اثر شكوى رفعت ضد أرييل شارون رئيس الوزراء الإسرائيلي الأسبق، بتهمة قتل ما لا يقلّ عن تسعة آلاف من الأطفال والنساء الفلسطينيين في مخيمات صبرى وشتيلا في ضواحي بيروت علم 1982⁽³⁶⁾.

الفرع الثاني: تضييق مجال تطبيق مبدأ الإختصاص العالمي

نتيجة للضغوطات التي تعرّضت لها بلجيكا بسبب تطبيقها لمبدأ الإختصاص العالمي، قامت بلجيكا بتضييق مجال تطبيق هذا المبدأ، حيث ألغت في سنة 2003 كل من قانوني 1993

و1999 المشار إليهما سابقاً، وقامت باستبداله بقانون 05 أوت 2003 المتعلق بالانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، وبموجبه استبدل الاختصاص العالمي المطلق للمحاكم البلجيكية بالاختصاص المشروط، إذ أصبح يتوقف تفعيل الاختصاص العالمي في كل من جرائم الحرب أو جرائم الإبادة أو جرائم ضد الإنسانية على توفر الشروط التالية:

— إذا كان المشتبه فيه الذي ارتكب الجرائم المذكورة أعلاه، بلجيكي الجنسية أو يقيم في بلجيكا أو إذا كانت الضحية بلجيكية، أو إذا كانت تعيش في بلجيكا على الأقل منذ ثلاثة سنوات، فإنه سيتم قبول شكوى⁽³⁷⁾، ويمكن القول في هذا التعديل أنه ربط تفعيل الاختصاص العالمي الجنائي بجنسية المتهم أو الضحية وهذا ما يعني العودة إلى مبدأ الاختصاص الشخصي في قانون العقوبات.

— شرط الإقامة أو العيش في بلجيكا منذ ثلاثة سنوات، ويعني ذلك أن انعدام الإقامة لمرتكب الجريمة في بلجيكا لا يسمح للقضاء البلجيكي من متابعته، وهو ما يضمن لمرتكبي الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني التنقل إلى بلجيكا دون التعرض لمتابعات قضائية.

كذلك يمكن للأشخاص الذين يحملون جنسية بعض الدول مثل الجنسية الأمريكية أن يتنقلوا بدون تأشيرة لبلجيكا والمكوث بها لفترة اقل من ثلاثة سنوات دون الإقامة.

إن هذا التحديد لمبدأ الاختصاص العالمي يقوّض من هدف مبدأ الاختصاص العالمي وهو تفادي اللاعقاب، وكذلك من الأسباب الأخرى التي دفعت ببلجيكا لتحديد هذا الاختصاص لمحاكمها الوطنية في حالة الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني: التخلص من الشكاوي المرفوعة ولاسيما من تلك التي تزج أكثر الدبلوماسية البلجيكية⁽³⁸⁾.

خاتمة

نستنتج من خلال دراستنا لهذا الموضوع أنه على الرغم من تكريس مبدأ الاختصاص العالمي في اتفاقيات دولية إلا أن تطبيقه، ولاسيما ما يتعلق بتسليم المجرمين، مازال يخضع للسلطة التقديرية للدولة التي فرّ إليها المتهم⁽³⁹⁾، حيث أن تطبيقه مازال يخضع للإرادة السياسية للدول في اعتماد واتخاذ إجراءات المتابعة ضدّ المرتكبين للجرائم الدولية.

من جهة أخرى، نلاحظ أن مبدأ الاختصاص العالمي تشوبه إختلافات فيما يخص تطبيقه على المستوى الداخلي، وهذا طبيعي بما أنّ التشريعات الوطنية تخضع إلى المجال المحفوظ لسيادة الدولة، فكل دولة تختلف عن أخرى فيما يخص هذه التشريعات المطبقة في مجال تطبيق مبدأ الاختصاص العالمي، ولاسيما في تقرير العقوبات.

كذلك وفي صدد العراقيل الناتجة عن تطبيق مبدأ الاختصاص العالمي، نجد أن هناك دول لم تصادق حتى بعد على الاتفاقيات التي كرسّت مبدأ الاختصاص العالمي بصفة إلزامية كاتفاقيات جنيف التي لم تصادق عليها بعد بعض الدول.

أدت هذه الاختلافات والعراقيل فيما يخص تطبيق مبدأ الاختصاص العالمي، ببعض الخبراء الدوليين والجامعيين إلى اعتماد مشروع صياغة بعض المبادئ القانونية التي تهدف إلى تنسيق وتوحيد التشريعات المختلفة فيما يخص تطبيق الاختصاص العالمي وسميت هذه الوثيقة بـ "مبادئ برنستون".

من بين أهم هذه المبادئ، الإقرار بمبدأ الاختصاص العالمي، الذي عرفته الوثيقة بأنه الإختصاص الجنائي المؤسس فقط بالنظر إلى طبيعة الجريمة وبدون أن يعتد بمكان ارتكاب الجريمة ولا جنسية المتهم أو الضحية، كما لا يؤخذ بعين الاعتبار أي علاقة مع الدولة التي تطبق هذا المبدأ.

أما المبدأ الثاني، فأقر أنّ الإختصاص العالمي يمكن أن يمارسه جهاز قضائي وطني لمحاكمة أشخاص متهمين بإرتكاب جرائم خطيرة في نظر القانون الدولي، بشرط أن يكون المتهم حاضرا أمام الجهاز القضائي، وتتمثل هذه الجرائم الخطيرة في القرصنة، والرق، وجرائم الحرب، والجرائم ضد السلم، والجرائم ضد الإنسانية، وجريمة الإبادة الجماعية والتعذيب.

أما المبدأ الثالث، فتم النصّ بموجبه على أنه يمكن تطبيق مبدأ الاختصاص العالمي من طرف الأجهزة القضائية الوطنية حتى في حالة عدم النص صراحة على مبدأ الاختصاص العالمي في التشريعات الوطنية.

يبدو أنّ هذا المبدأ الأخير صعب التصوّر، لأن القاضي الوطني ولاسيما في الدول التي تنتهي إلى دائرة القانون اللاتيني، يستند القاضي فيها في حكمه إلى قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فإذا كان من اليسير تصوّر محاكمة متهم لإرتكابه جرم دولي استنادا إلى نص دولي، فنتساءل عن ماهية العقوبة التي تطبق هنا في حالة إدانة المتهم، مادام أنه لم يتم النص صراحة على هذا المبدأ في تشريعات تلك الدول.

كما تم الإقرار بموجب وثيقة "برنستون" بحصانة مؤقتة لمسؤولي الدولة أثناء توليهم لمناصبهم، تلك الحصانة التي تنتهي بانتهاء فترة عملهم، إضافة إلى إمكانية متابعة المتهم حتى وإن استفاد من إجراءات العفو في دولته⁽⁴⁰⁾

الهوامش :

⁽⁴⁰⁾ FARCHAKH FOURET Loubna, La compétence universelle comme instrument de lutte contre l'impunité, 2005. source :

<http://survie.org/bpem/dossiers-thematiques/justice-penale-internationale/contributions-287/article/la-competence-universelle-comme..> 20/09/2016

⁽²⁾ كرس مثلا المشرع الجزائري هذا المبدأ بموجب المادة 586 من الأمر 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية رقم 48 الصادرة في 10 جوان 1966، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 11-02 المؤرخ في 23 فيفري 2011، الجريدة الرسمية رقم 12 الصادرة في 23 فيفري 2011. وبموجب والفقرة الثالثة من المادة الأولى من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فيفري 2014، الجريدة الرسمية رقم 07 الصادرة في 16 فيفري 2014.

(3) المادة 582 والمادة 583 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

(4) ملخص لمحاضرات الدورة التدريبية حول العدالة الجنائية الدولية، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية بالتعاون مع المركز القانوني الجنائي والعدالة الجنائية بجامعة درهام بالمملكة المتحدة، الفترة 2-4 ديسمبر 2006، 18:20 2016/07/23، مصدر:

http://www.kijs.gov.kw/ar/ItemGroupDetails.aspx?item_ID=183&Lang_ID=1

(5) Belanger Michel, droit international humanitaire, Gualino, Paris, 2007, P 122

(6) Ph.COPPENS, compétence universelle et justice globale, in la compétence universelle, R.U.D.H, Vol 64, 2004, N °1-2, ANGEL VERLAG, France, P16

(7) « Obligation d'extrader ou de punir », Rapport final 2014, Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante- sixième session (A /69/10 , par.65). ONU.. Source : http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/reports/7_6_2014.pdf

علمنا أن هذا المبدأ معترف به منذ على الأقل في عصر Hugo GROTIUS، الذي كان تحت تسمية extradere ou punire (Aut dedere aut punire)، وبعدها تم إستبدال مصطلح punire (معاقبة) بمصطلح poursuivre (متابعة)، نفس المرجع. (8) لقد تم اعتماد الإختصاص العالمي لأول مرة بموجب قانون 1884 للجمهورية الأرجنتينية، ثم بموجب قانون العقوبات الإيطالي في سنة 1889، ثم قانون العقوبات النرويجي في سنة 1902، ثم قانون العقوبات الروسي في سنة 1903

(9) FARCHAKH FOURET Loubna, Op.Cit

(10) بداية نشير إلى أن هناك اتجاه معارض لتطبيق مبدأ الإختصاص العالمي، لأنه يرى أن القاعدة المستقرة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، هي أنه لا يجوز للقضاء الداخلي في دولة ما، أن تتدخل للفصل في قضايا تخص دولة أخرى، خاصة في مجال القانون الجنائي، فلا يحق للدولة متابعة ومعاقبة مواطني هذه الدولة الأجنبية أو ملاحقتهم إلا إذا كان هناك إتفاق ثنائي بهذا الخصوص.

فيعتبر هذا الرأي أن تدخل بعض الدول بإختصاص قضائها في مطاردة ومعاقبة بعض الأشخاص المتهمين بإرتكاب جرائم إبادة أو جرائم ضد الإنسانية في دولهم، هو إختراق لهذه القاعدة..انظر مسعد عبد الرحمان زيدان بلقاسم، تدّخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير دات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص 106.

هكذا عارض أصحاب هذا الإتجاه تطبيق مبدأ الإختصاص الجنائي العالمي، بل اعتبره، تدّخلا في الشؤون الداخلية للدول، استنادا إلى أن جواز امتداد الإختصاص الجنائي الوطني إلى الجرائم المرتكبة خارج الحدود الإقليمية للدولة، يعني بسط السيادة القضائية الوطنية بمباشرة إختصاصات سيادتها على الجرائم التي ترتكب في دولة أخرى وهذا يعد تعديا على سيادتها.. مشار إليه في نجاته نجاته أحمد ابراهيم، المسؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 253.

(11) الجدير بالذكر أنّ الدول لا تتفق في أسلوب إعمالها لمبدأ الإختصاص الجنائي العالمي، فهناك دول اعتمدت منهج إدخال نصوص في تشريعات قائمة، أين تمّ إدراج القواعد الموضوعية لمبدأ العالمية في قانون العقوبات، والقواعد الإجرائية للمبدأ في قانون الإجراءات الجزائية.

أما في القانون البلجيكي تم تكريس هذا المبدأ عن طريق اعتماد قانون خاص هو " قانون الإختصاص العالمي"، الصادر في 16 جوان 1993، والخاص بقمع الإنتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني

(12) FARCHAKH FOURET Loubna, Op.Cit

(13) Ibidem

(14) Ibidem

(15) Belanger Michel, droit international humanitaire, Gualino, Paris, 2007, P 122

(16) l'article 19 de la convention de sur la haute mer de 1958, stipule que : « Tout Etat peut saisir un navire ou un aéronef pirate, ou un navire capturé à la suite d'actes de piraterie et qui est au pouvoir de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord du dit navire ou aéronef, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat. Les tribunaux de l'Etat qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger, ainsi que sur les mesures à prendre en ce qui concerne les navires, les aéronefs ou les biens, réserve faite des droits de tierces personnes de bonne foi », la convention sur la haute

mer faite à Genève le 29 avril 1958, entrée en vigueur le 30 septembre 1962, Nations Unies, Recueil de Traités, vol.450, P82. Source :

<http://www2.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/TRE/Full/Fr/TRE-000144.pdf>

(17) Art 4 de Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheids stipule que : « Les Etats parties à la présente Convention s'engagent: prendre des mesures législatives, judiciaires et administratives pour poursuivre, faire juger et punir conformément à leur juridiction les personnes responsables ou accusées des actes définis à l'article II de la présente Convention, qu'elles résident ou non sur le territoire de l'Etat dans lequel ces actes ont été perpétrés, et qu'il s'agisse de ressortissants de cet Etat ou d'un autre Etat ou de personnes apatrides » Adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 3068(XXVIII) du 30 novembre 1973, entrée en vigueur : le 18 juillet 1976, conformément aux dispositions de l'article XV

(30 novembre 1973), source :

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201015/volume-1015-I-14861-French.pdf>

(18) تنص المادة الخامسة / الفقرة الثانية من اتفاقية " مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة " على مايلي: " تتخذ كل دولة بالمثل ما يلزم من الإجراءات لإقامة ولايتها القضائية على هذه الجرائم (جميع أعمال التعذيب) في الحالات التي يكون فيها مرتكب الجريمة المزعوم موجودا في إي إقليم خاضع لولايتها القضائية ولم تقم بتسليمه عملا بنص المادة 8 من أية دولة من الدول التي ورد ذكرها في الفقرة أ من هذه المادة " تم اعتماد الإتفاقية من طرف الجمعية العامة وفتحت باب التوقيع و التصديق عليها والإتضمام إليها في القرار 46/39، تاريخ بدء النفاذ 26 يونيه 1987..مصدر

http://www.unicef.org/arabic/crc/files/C_Against_torture.arabic.pdf

(19) La Convention relative à la traite des esclaves et à l'importation en Afrique d'armes à feu, munitions et alcools spiritueux, de 1890, in, FARCHAKH FOURET Loubna, Op.Cit

(20) Belanger Michel, Op.Cit, 2007, P 122

(21) المادة الثامنة الفقرة الثانية / أ من معاهدة روما المتعلقة بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة والمعتمدة بتاريخ 17 يولييه 1998، والتي دخل حيز النفاذ بتاريخ 1 يولييه 2002.

(22) في المادة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 وهي على التوالي 49، 50، 129، 146، و في المادة 1/85 من البرتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف والمتعلقة بالإختصاص العالمي الجنائي في جرائم الحرب.

(23) المادة 1/85 من البرتوكول.

(24) FARCHAKH FOURET Loubna, Op.Cit.

(25) دخلافي سفيان، مبدأ الإختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007-2008، ص 113.

(26) المرجع نفسه، ص 115

(27) برزت فرنسا رفضها للنظر في جريمة الإبادة الجماعية، على أساس أنها لم تعتمد بعد نص خاص يتعلق بمتابعة ومعاينة تلك الجريمة. ففي تلك الأثناء النص المتعلق بمتابعة ومعاينة تلك الجريمة، مازال مجرد مشروعا طرح للمصادقة عليه...لأكثر تفصيل راجع

L'arrêt de la cour de cassation du 6 janvier 1998 96-82.491, publié au bulletin criminel 1998, N2, p3 qui à casser et annuler l'arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Nîmes, en date du 20 mars 1996 ; et l'arrêt de la même chambre d'accusation, en date du 1er avril 1996 source :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007069907>

(28) Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique),/ 2002 C.I.J. par. 54 " « La Cour en conclut que les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger. Cette immunité et cette Inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre Etat qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonction .Source : <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8125.pdf>.

(29) Ibid , par 55

(30) Ibid , par 61

(31) FICHET Isabelle ,BOYLE Davide : « le jugement de la chambre des LORDS dans l'affaire PINOCHET, Un commentaire, » Revue d'analyse juridique de l'actualité international, Décembre 1998, source : <http://www.ridi.org/adi/199812a1.html#n4> .

⁽³²⁾ Ibidem

⁽³³⁾ HAMIDOU Anne, Hissène Habré : « dernier tour de piste d'un vieil autocrate, le Monde Afrique, », le Monde, 06 /06/2016... 12 :55...source : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/06/06/hissene-habre-dernier-tour-de-piste-d-un-vieil-autocrate_4938840_3212.html

⁽³⁴⁾ هذا الإلتزام المكرس بموجب المادة 2/5 من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

⁽³⁵⁾ L'arrêt du 20 juillet 2012, sur la questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader Belgique contre Sénégal), Cour Internationale De Justice, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, p 13 ...source : <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>

⁽³⁶⁾ Belanger Michel, Op.Cit, P 123.

انظر كذلك البنا ماهر، "مبدأ الإختصاص العالمي وإفلات الدول الكبرى من العقاب"، سودانيل، 06-09-2010، مصدر:

<http://www.sudaress.com/sudanile/18452>:

⁽³⁷⁾ Ibidem

⁽³⁸⁾ ERIC David, « Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003 ? », jura falconis, jg 40, 2003-2004, nr 1, p. 55-72, source : <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/40n1/david.html>, 08/08/2016 19 :30, Amnesty, « L'arrestation du général Pinochet : un événement qui a changé le sens de la justice », Op.Cit

⁽³⁹⁾ رغم أن مجلس الأمن نصّ في إحدى قراراته على أن " الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف ملتزمة بالبحث عن الأشخاص المدعى بأنهم ارتكبوا أو أمروا بارتكاب خرق جسيم لهذه الإتفاقيات، وأنها ملتزمة بمحاكمتهم في محاكمها الخاصة بها بصرف النظر عن جنسيتهم أو تسليمهم للمحاكمة بدولة أخرى معينة، شريطة أن تكون هذه الدولة قد أعطت دليلاً أولياً..الفقرة السابعة من القرار 1738 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2006.

⁽⁴⁰⁾ Les principes de Princeton sur la compétence universelle, Note verbale datée du 27 novembre 2001, adressée au Secrétaire général par les Missions permanentes du Canada et des Pays-Bas auprès de l'Organisation des Nations Unies ,source : <http://www.derechos.org/nizkor/icc/princeton2.html#Introduction>

النظام القانوني لنشاط خبراء التأمين في التشريع الجزائري*

HELAL Laid, M A "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

هلال العيد، أستاذ مساعد"أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

حدّد الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، الإطار القانوني لخبراء التأمين، تماشياً مع مختلف التشريعات الأخرى، فخبراء التأمين حسب التشريع الجزائري هم خبراء التأمين، ومحافظي العواريات، والخبير المكلف بمحاسبة شركات التأمين ومراقبة مدى قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية، ومن هذا الوجه فالقانون والتنظيم وضعا إطاراً قانونياً لهذه الفئة، وحدد مهام الخبراء وفقاً لطبيعة النشاط.

في إطار المهام المستندة لخبراء البحث عن الأسباب وطبيعة وامتداد الأضرار المؤمن عليها مهما كانت طبيعتها، وتقدير الأضرار، والتحقيق من وجود ضمان التأمين، وكذا تقديم التوصيات اللازمة للمؤمن من أجل الوقاية من الأضرار، فالخبير يساهم بشكل كبير في حل الخلافات التي تنشأ بين المؤمن والمؤمن له، عندما يتعلق الأمر بمسألة تقدير الأضرار المادية، المشمولة بالتغطية في عقد التأمين.

الكلمات المفتاحية:

عقد التأمين، المؤمن، المؤمن له، تقييم الأضرار المادية، خبير المحاسبة التأمينية، محافظ العواريات، خبير التأمين، شركة الخبرة، نشاط التأمين، الخبرة المضادة، التأمين البحري، التأمين البري، التأمين الجوي، إعادة التأمين، تعويض الضرر.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/07/03 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/09/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

The legal regime of the activity of the insurance adjuster in Algeria

Abstract:

The order n° 95-07 dated on: 25-01-1995 concerning the insurances modified and completed, determine the legal statute of the insurance adjusters, in parallel with other compared legislations, according to the Algerian legislation, these jobs are insurance adjusters, commissioners of damage, and actuaries in charge of the control of insurance companies regarding the financial capacity, to guarantee rights for the customers, in this side law of the insurances organize this category, and determines the nature of the activity of the insurance adjusters.

On the other hand the activity of the insurance adjusters following the case, the possible search (research) for the cause, the nature and the area (extent) of the damage insures whatever is the object, the role of the insurance adjuster also the check of the existence of the guarantee, and the evaluation of the damage to property of the objects of insurance, and then the insurance adjuster gives necessary directives for the insurers to avoid damages, thus the insurance adjuster with his activity plays an important role in the regulation (payment) of the conflicts which are born between the insurers and the victims of the damage of the properties covered by the insurance contract.

Keywords:

insurance contract, the insurer, the insurant, the evaluation of damage to property, actuary, commissioner of damage, insurance adjuster, company of expertise, the activity of insurance, second opinion, the marine insurance, the ground insurance, the Air insurance, the reinsurance, the compensation of the damage.

Le régime juridique de l'activité de l'expert d'assurance en droit algérien

Résumé :

L'ordonnance n° 95-07 du 25-01-1995 relative aux assurances modifiée et complétée, détermine le cadre juridique des experts d'assurances. Cette profession regroupe les experts d'assurances, des commissaires d'avaries et des actuaires chargée de contrôle des entreprises d'assurances en matière de capacité financière.

L'activité des experts consiste en la recherche de causes, la nature et l'étendue des dommages couverts par l'assurance, l'estimation des dommages matériels, il vérifie également l'existence de garantie, il donne des directives nécessaires aux assureurs pour éviter des dégâts... Il joue un rôle important dans le règlement des conflits qui naissent entre les assureurs et les victimes des dommages des biens couverts par le contrat d'assurance.

Mots clés :

Contrat d'assurance, l'assureur, l'assuré, l'évaluation des dégâts matériels, l'actuaire, commissaire d'avarie, expert d'assurance, société d'expertise, l'activité d'assurance, contre-expertise, l'assurance maritime, l'assurance terrestre, l'assurance aérienne, réassurance, l'indemnisation des dommages.

مقدمة

تنحصر مهمة خبراء التأمين أساساً، في البحث عن أسباب والظروف التي وقع فيها الحادث المؤمن عليه وتقييم الأضرار المشمولة بالضمان في عقد التأمين، لكن عندما يتعلق الأمر ببعض الخسائر البسيطة، تسوى في أغلب الحالات عن طريق التراضي بين المؤمن والمؤمن له، دون حاجة للخبرة، وعندما تكون الأضرار المادية المرتبطة بالحادث معتبرة تصبح الخبرة ضرورية، والخبرة قد تكون خاصة، وهي التي يستعين بها المؤمن له من أجل الكشف عن بعض

المسائل الغامضة، وقد تكون الخبرة قضائية والتي تمتاز بمبدأ الوجاهية، وهي وسيلة إثبات يأمر بها القاضي الخبير المختص في المسائل الفنية ذات الطابع التقني⁽¹⁾.

قد تكون الخبرة رضائية تتعلق بالتأمين، وهي التي يأمر بها المؤمن عند وقوع الخطر المؤمن منه، وهي التي تنجز عادة في مواجهة المؤمن له، ويستطيع هذا الأخير مناقشتها بواسطة خبرة مضادة ويجوز له في نفس السياق رفض نتائجها، وتعدّ بمثابة عقد بين المؤمن والمؤمن له، من أجل تكليف خبير للقيام بمهام تقدير الخسائر المترتبة عن الحادث المؤمن منه، وعندما يستمر الخلاف بين الطرفين حول مسألة تقدير الأضرار يتم الاتفاق على خبرة تحكيمية، ويقوم الخبير بواسطتها عن بحث الأسباب المباشرة للحادث، وتقدير الخسائر المتعلقة بالشيء المؤمن له، وقد تكون الخبرة ودية، حيث يمكن لأطراف النزاع الاتفاق فيما بينهم حول إمكانية الاستعانة بخبير عندما يتعلق الأمر بالمسائل الفنية، كما هو الحال في موضوع التأمين، بحيث يتفق المؤمن والمؤمن له في العقد على إمكانية الرجوع في المستقبل للخبرة لتحديد مبلغ التعويض⁽²⁾.

كما أنّ خبير التأمين، يعتبر رجل فن والذي يمتلك المعارف التقنية المعقدة، وهو على دراية بالقواعد القانونية المنظمة لعقد التأمين، وآليات تعويض الأضرار⁽³⁾، ومن هذه الزاوية فإنّ خبير التأمين يتمتع بمهارة عالية في مجال البحث عن أسباب الحادث، وتقييم الأضرار الناتجة عن السرقة أو الحريق، أو البناء، وحوادث السير، والأضرار التي تسبب فيها المياه والأضرار الأخرى التي تسببها الأشياء.

يخضع نشاط التأمين في كل دولة لرقابة، بحيث تكلف بهذه المهام عدة أجهزة في الدولة ابتداء من وزير المالية، والمجلس الوطني للتأمين، ولجنة الإشراف على التأمينات المحدثة بموجب القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20-02-2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات⁽⁴⁾، وكذا جمعية شركات التأمين وإعادة التأمين UAR، ومن خلال هذه الأجهزة تبسط الدولة رقابتها على نشاط التأمين، وذلك لضمان شرعية عملية التأمين، وحماية حقوق المؤمن لهم، والمستفيدين الآخرين، والمساهمة في نمو نشاط القطاع المالي في الدولة، فالخبرة إذن هي جزء من هذا الهدف، وبالتالي فهي تخضع لأحكام قانونية وتنظيمية.

بالرجوع إلى الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات في الفصل الثاني من الباب الثالث، من الكتاب الثالث، تحت عنوان خبراء ومحافظو العوريات، أضاف القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20-02-2006 المعدل والمتمم للأمر المشار إليه أعلاه، نوع آخر يسمى الإكتواريون، Les actuaires، وخبراء التأمين، تنحصر مهامهم في تقديم خدمات فنية تقنية تتمثل أساسا في البحث عن الأسباب، وطبيعة وامتداد الأضرار المؤمن عليها مهما كانت طبيعتها، وتقدير

الأضرار، والتحقيق من ضمان التأمين، وكذا تقديم التوصيات اللازمة من أجل الوقاية من الأضرار.

في الحقيقة أنّ خبراء التأمين بالوصف المحدد سابقا، هم الخبراء ومحافظو العواريات والإكتواريون، ومن هذه الزاوية ما هو الإطار القانوني الذي يحدد نشاط الخبراء في الجزائر وفي القانون المقارن؟

وخلال هذا الإشكال، نرى من الأهمية بالمكان تحديد الإطار القانوني لخبراء التأمين في المطلب الأول، ودور خبراء التأمين في تقدير الأضرار المادية المشمولة بالتغطية في عقد التأمين في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الإطار القانوني والتنظيمي لخبراء التأمين

الخبرة في اللغة هي العلم بالشيء، ومعرفته على حقيقته، والخبر بالشيء هو العلم به، كما وردت كلمت الخبرة في الذكر الحكيم مصداقا لقوله تعالى " فسئل به خبيرا " (5)، وللخبرة عدة أنواع قد تكون ودية أو استشارية، وهي التي يحكمها العقد وتتحدد آثارها بإرادة الخصوم (6)، والتي يطلق عليها كذلك خبرة غير رسمية والتي عادة ما يلجأ إليها الفرقاء بعيدا عن النزاع، أو توقعا لنشوب النزاع (7)، فالخبرة الاستشارية أو الودية هي الأقرب للخبرة التأمينية، بما أنّها اتفاق على الاستعانة بالخبير وديا عند وجود مسائل ذات طابع فني (8).

تكون الخبرة كذلك قضائية، إذا وجد القاضي أثناء نظره للنزاع مسألة فنية تستلزم معرفة متخصصة، فالخبير وفقا لهذا النمط يعين من طرف القاضي، و يحدد مهامه في منطوق الحكم أو القرار، ولقد نظم تقنين الإجراءات المدنية والإدارية (9)، الخبرة القضائية ضمن القسم الثامن من الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الأول، بعنوان الخبرة، وتعدّ من وسائل التحقيق من المادة 125 إلى 145 في خمس فروع، ولم يحدد هذا القانون شروط أهلية الخبير وترك الأمر لمجال التنظيم (10).

فخبير التأمين يسمه البعض خبير التسوية، وهو الذي يتولى دراسة التعويض وتقدير مدى مسؤولية المؤمن عند تحقق الخطر المؤمن عليه، عن طريق إجراء المعاينة والكشف وتقدير ما إذا كان الضرر المحقق من الأضرار التي يمكن إصلاحها أم يجب التعويض عنه نقدا، كما يقوم كذلك بالثبوت من أنّ الضرر تم عن تحقق الحادث المرتبط بالخطر المؤمن عليه (11)، والخبير يلعب دورا هاما في تحجيم مقدار الخسارة، والتي كثيرا ما يبالغ المؤمن له في تقديرها.

وفي نفس الصورة، جاء في نص المادة 269 من الأمر رقم 95-07 يعدّ خبيرا كل شخص مؤهل لتقديم الخدمة في مجال البحث عن الأسباب، و طبيعة وامتداد الأضرار وتقييمها والتحقيق من ضمان التأمين.

أما المادة 270 من نفس الأمر ف جاء فيها كذلك، يعتبر محافظ عواريات كل شخص مؤهل لتقديم الخدمة في مجال المعاينة، و البحث عن أسباب وقوع الأضرار والخسائر والعواريات اللاحقة بالسفن والبضائع المؤمن عليها، و تقديم التوصيات بشأن الإجراءات التحفظية والوقاية من الأضرار، وعليه فإن دراسة هذا المطلب تقتضي منا البحث عن الإطار القانوني لخبراء التأمين في الفرع الأول، والجانب التنظيمي لخبراء التأمين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تحديد الإطار القانوني لخبراء التأمين

تجدر الإشارة إلى أنّ قانون التأمين يميز بين الخبير ومحافظ العوار والإكتوريون، و عليه فإنّ هؤلاء مكلفون خاصة بالبحث عن أسباب الحادث والتحقق من وجود الضمان، وتقدير الأضرار موضوع التغطية في عقد التأمين، وإلى جانب هذه الفئة أنظمة أخرى للخبراء يتعلق الأمر بالمهندس الخبير العقاري⁽¹²⁾، ويوجد كذلك الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد⁽¹³⁾.

إذا فالأمر المتعلق بالتأمينات عرّف لنا كل من هو الخبير ومحافظ العوار والإكتوريون، وذلك من حيث المهام المسندة إليهم فقط، ولم يعرف لنا خبير التأمين، وهناك من حاول تعريف الخبراء على أنه كل شخص يختص في مجال محدد، يقوم بمعاينة وتقدير الأضرار بموضوعية، ويكلف من السلطة، بناء على معارفه التقنية، وتجاربه التطبيقية،

L'expert en général est défini comme étant (toute personne qui, dans le domaine déterminé, est en mesure de procéder à des examens, des constatations, des appréciations en les revêtant sinon d'un sceau de la vérité, mais tout en moins d'une valeur d'une autorité supérieur tirée de ses connaissances techniques, de son expérience et de sa pratique)

يعتبر الخبير عند مباشرة مهامه مساعد المؤمن قبل وبعد الحادث⁽¹⁴⁾، ويتمتع الخبير بالاستقلالية في أداء مهامه عن المؤمن، عندما يسير مكتبه لحسابه الخاص، لكن يبقى يخضع من حيث التنظيم لهيئات الرقابة الخاصة بالتأمينات المحددة بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية، وعليه فإنّ الخبير لا يخضع للاستقلالية في كثير من الحالات.

يبقى خبراء التأمين محل تبعية اقتصادية للمؤمن، فمن حيث المبدأ الخبير حيادي ليس له أية تبعية، وهو ينتمي إلى تجمع مهني مستقل عن المؤمن، لكن يخضع للمؤمن من حيث أوامر القيام بالمهمة، ودفع أتعابه مقابل الخدمات التي يقدمها، كما أنّ أغلب شركات الخبرة تسير عادة من طرف شركات التأمين مباشرة أو بطريقة غير مباشرة.

فالخبرة إذا هي وسيلة تسوية الأضرار اللاحقة بالشيء المؤمن عليه، وهي كذلك إجراء حل الخلاف بين المؤمن والمؤمن له، بحيث يقوم الخبير بتقدير الأضرار، ويحدد مسؤولية شركة التأمين، بعد الحادث على حساب المؤمن، باعتماد العناصر التقنية لتقدير الضرر⁽¹⁵⁾.

لم يحدد القانون رقم 07-80 المؤرخ في 09-08-1980 المتعلق بالتأمينات الذي ألغي⁽¹⁶⁾، الإطار الخاص بخبراء التأمين، وجعل هذا الإطار من حيز التنظيم⁽¹⁷⁾، لكن في نطاق التعويض

عن الأضرار المادية الناتجة عن حوادث السير، فإنّ نص المادة 21 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المعدل والمتمم⁽¹⁸⁾، تنص على أنه لا يسدد أي ضرر مادي مسبب لمركبة، إذا لم تكن المركبة المتضررة موضوع خبرة مستقلة.

في نفس السياق جاء في نص المادة 22 من الأمر رقم 74-15، أنّ شروط ممارسة مهنة الخبراء السيارات لدى شركات التأمين، والمكلفين بتقدير الأضرار المادية المسببة لمركبة من جراء حادث سير، يكون موضوع مرسوم بناء على تقرير وزير المالية، وجاء في نص المادة 23 من الأمر السابق، أنّه يتعين على الخبراء ليمكثهم ممارسة مهامهم لدى شركات التأمين، أن يكونوا مسجلين في جدول ترخيص المقرر من وزير المالية.

أما بالنسبة للأضرار الأخرى وتقييمها، فإنّ الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالتأمينات، نظمها في الفصل الثاني من الباب الثالث، من الكتاب الثالث، تحت عنوان خبراء ومحافظو العوريات الإكتواريون، نجد أنّ القانون وضع إطارا قانونيا لخبراء التأمين، كما حدد مهام كل واحد منهم، وشروط اعتمادهم، ومن هذه الزاوية نرى من الضروري تعريف هؤلاء الخبراء.

أولا/خبير التأمين: وهو خبير ذو مؤهلات علمية، يكلف من طرف المؤمن بخدمة، تتعلق بالبحث عن الأسباب وطبيعة وامتداد الأضرار وتقييمها والتحقق من ضمان التأمين، وفقا لما نصت عليه المادة 269 من الأمر رقم: 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، والتي حددت مهام خبير التأمين.

يتضح أنّ الخبير في سبيل تقديم خدمة للمؤمن له يجب أن يكون صاحب المؤهل، قد يكون مهندسا في المناجم أو في الإلكترونيك، أو في الكيمياء، أو في البيولوجيا، أو في الإعلام الألي، أو في البناء، أو في الأشغال العمومية، أو في جيولوجية الأرض، أو في الأرصاد الجوية إلى غير ذلك من التخصصات العلمية والفنية، تزامنا مع التطور التكنولوجي والعلمي، وبالموازاة مع طبيعة الأخطار محل تغطية بعقد التأمين، هذا هو التأهيل، والمقياس الوحيد هو الشهادة المتحصل عليها من الجامعة، أو من المعاهد المتخصصة.

لثبوت هذه الصفة، يجب على الخبير أن يتحصل على اعتماد من طرف الجهة المؤهلة لذلك، حتى يتمكن من القيام بمهامه وفقا للشروط المحددة، بحيث يستفيد من الرخصة التي تسمح له بتقديم الخدمة المشار إليها، كما يجب أن يتلقى من المؤمن أمرا للقيام بالمهمة.

ويجب على خبير التأمين، وفقا لمقتضى أحكام المادة 271 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، أن يتحصل على الاعتماد من طرف جمعية شركات التأمين، وأن يكون مسجلا في قائمة مفتوحة لهذا الغرض.

ثانيا/محافظة العوار Commissaire d'avarie: وهو كل شخص صاحب تأهيل لتقديم خدمة في مجال المعاينة، والبحث عن أسباب وقوع الأضرار والخسائر والعواريات اللاحقة بالسفن والبضائع المؤمن عليها، وتقديم التوصيات بشأن الإجراءات التحفظية والوقاية من الأضرار. ولقد حددت مهام محافظ العوار في المادة 270 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، ويتضح من خلال هذه المادة أنّ محافظ العوار هو خبير تأمين، يجب أن يكون قد تابع دراسته، وتحصل على شهادة جامعية، قد يكون مهندسا أو تقنيا ساميا، في مكنيك السفن البحرية بمختلف أنواعها، أو يكون مخصصا في أمن السفن، أو كهربائي مختص في السفن، سبق له أن تحصل على خبرة طويلة في المجال.

وقد يكون محافظ العوار مهندس في بناء وتصميم السفن البحرية، أو يكون تلقى تخصصا عاما في تقدير الأضرار التي تصيب السفن البحرية وتسبب لها الهلاك أو التلف أثناء الرحلة البحرية، وفي كل الأحوال يكون المحافظ قد تلقى تكوينا وتدريبيا ميدانيا يؤهله للقيام بالمهام السالفة الذكر.

يجب على محافظي العواريات لممارسة نشاطهم لدى شركات التأمين، أن يتحصلوا على اعتماد من طرف جمعيات شركات التأمين، كما أنّ محافظي العواريات يكلف من طرف المؤمن، عند إصابة البضاعة موضوع التأمين بضرر، أو تكون السفينة محل ضرر، وعليه فإنّ محافظ العوار هو خبير تأمين.

ثالثا/الإكتواريون Les actuaires : هو خبير يختص بالمحاسبة والإحصاء، ورياضيات التأمين، ويكلف بتدقيق الاحتياطي الحسابي لشركات التأمين كل سنة ومدى قدرتها على تحمل التزاماتها⁽¹⁹⁾، وذلك من أجل ضمان استمرارية نشاط المؤمن، ودفع الثقة في المؤمن لهم، والإقبال على سوق التأمين.

للتذكير فإنّ مصطلح الإكتواريون جاء ضمن التعديل الأمر رقم 95-07 بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالتأمينات، تجدر الإشارة إلى أنّ اللغة العربية لم تعرف هذا المصطلح إطلاقا، وأنّه مأخوذ مباشرة من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، ويعني في اللغة

L'actuaire spécialiste dote d'une haute culture mathématique dans le Domain des calculs, et des statistique applique aux phénomènes aléatoire, généralement diplômé d'une école d'actuariat, et dont le rôle consiste à réaliser pour le compte des assurances tous calculs concernant les divers valeurs attachées au contrat d'assurance vie mais également au contrat relevant d'autres branches, primes capitaux, valeurs de réduction de rachats de transformation d'un contrat en un autres contrat, montant des avances possibles, calcul d'annuités, certains, annuités général, évacuation des provisions mathématique et réserve et toutes statistique concernant la probabilité de survenance des sinistre, la fréquence enregistrée, et la fréquence prévisible, les coûts respectif comparés des sinistre des même catégorie en fonction de leur condition de survenance.⁽²⁰⁾

وبمفهوم المادة 270 مكرر من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، يعتبر إكتواريا كل شخص يقوم بدراسات اقتصادية ومالية وإحصائية بهدف إعداد أو تغيير عقود التأمين، ويقوم بتقييم أضرار وتكاليف المؤمن والمؤمن له، وتحديد أسعار الاشتراك بالسهر على مردودية الشركة ويتابع النتائج والاستغلال ويراقب الاحتياطات المالية للشركة. يتضح جليا أنّ الإكتواري هو مراقب يكلف بإعداد دراسات اقتصادية ومالية وإحصائية، بهدف إعداد أو تغيير عقود التأمين، ويكلف بهذا الصفة كذلك بتقييم الأضرار وتكاليف المؤمن والمؤمن له، ويحدد أسعار الاشتراك بالسهر على مردودية الشركة، ويتابع نتائج الاستغلال ويراقب الاحتياطات المالية للشركة.

وعليه فإنّ مهام الإكتواريين، تتمثل في الرقابة المحاسبية لشركات التأمين ومدى قدرتها على استمرار نشاطها في مواجهة التزاماتها تجاه المؤمن لهم، ويكلف بهذا المهام مندوبون من طرف الدولة، ويستند الإكتواريون في دراستهم على الظروف الاقتصادية التي تجتازها الدولة، ومدى الإقبال على سوق التأمين.

وتسند هذه المهمة على الخصوص لأهل الاختصاص وحاملي الشهادات العليا في المالية والمحاسبة التحليلية والمعمقة، في الاقتصاد والتسيير من خريجي الجامعات والمدارس العليا المتخصصة في الشؤون المالية، للقيام بمهامهم لدى شركة التأمين، يجب أن يكون الإكتواريون معتمدين من طرف جمعية شركات التأمين وإعادة التأمين، ومسجلين في قائمة مفتوحة لهذا الغرض، وبعد استعراض الإطار القانوني لخبراء التأمين، ننتقل إلى الإطار التنظيمي لخبراء التأمين.

الفرع الثاني: الإطار التنظيمي لخبراء التأمين

حدد الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الثالث من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالتأمينات، في المواد 269 و270 و270 مكرر من قانون التأمينات خبراء التأمين، ومحافظي العواريات، وكذا الإكتواريون، وجاء في المادة 271 المعدلة في سنة 2006، للقيام بمهامهم في شركة التأمين، يجب أن يكون الخبراء ومحافظو العواريات والإكتواريون معتمدين من طرف جمعية شركات التأمين ومسجلين في قائمة مفتوحة لهذا الغرض.

جاء في نص المادة 272 من نفس القانون تحدد شروط اعتماد وممارسة وشطب الخبراء ومحافظي العواريات والإكتواريون عن طريق التنظيم، وتطبيقا لهذا النص صدر مرسوم تنفيذي رقم 07-220 المؤرخ في 14 جويلية 2007 الذي يحدد شروط اعتماد خبراء التأمين لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبهم⁽²¹⁾، وبناء على هذا المرسوم فإنّ خبراء التأمين إما أن يتخذوا لممارسة مهامهم شكل شخص طبيعي أو شخص معنوي، بعد توفر

الشروط القانونية المطلوبة، ويتم اعتمادهم من الجهة المختصة، ومنه فإننا نستعرض ذلك فيما يلي :

أولا/الإطار التنظيمي للممارسة مهنة الخبير في التأمين: بالرجوع إلى نص المادة 271 المعدلة في سنة 2006، والتي تشترط للقيام الخبراء بمهامهم لدى شركة التأمين، أن يكون الخبراء ومحافظو العواريات والإكتوريون معتمدين من طرف جمعية شركات التأمين ومسجلين في قائمة مفتوحة لهذا الغرض، وقد يكون الخبير شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، وفي هذا الجانب يمكن أن نستعرض الأشخاص الطبيعيين وبعدها الأشخاص المعنويين.

1- الأشخاص الطبيعيين: هم المؤهلين في تخصص معين قد يكون في الميكانيك أو الإلكترونيك، أو في الإعلام الآلي أو في الصحة أو في الطاقة والمناجم، أو في الكيمياء إلى غير ذلك من التخصصات التي تنحصر عادة في نشاط التأمين، يقدم الخبراء خدمة لشركة التأمين وتندرج مهامهم خاصة في البحث وتحديد طبيعة الأضرار وحجمها وتقديرها، واقتراح تعويض عادل لمختلف الأضرار اللاحقة بالشيء المؤمن عليه.

يمارس هؤلاء الخبراء مهامهم عادة في مكاتب خاصة، تدير لحسابهم الخاص، كما يمكن أن تكون في مكاتب متجمعة تضم عدة خبراء من نفس التخصص، أو في مختلف التخصصات، ويسجل الخبراء في سجل خاص لهذا الغرض، بعد استيفاء الشروط القانونية المطلوبة، وقد يمارس الخبراء نشاطهم في شكل شركة.

2-الأشخاص المعنويين : يجب أن يكون الأشخاص المعنويون المكلفون بمهام الخبرة لدى شركات التأمين خاضعين للقانون الجزائري⁽²²⁾، ويكون هؤلاء الخبراء مجتمعين في شركات تجارية تخضع للقانون الخاص، إما في شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، أو شركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، ويقوم الشخص المعنوي بنشاط يتعلق بتحديد طبيعة الأضرار المادية التي تلحق بالشيء المؤمن له وتقديره نقدا، وهذه الشركات عبارة عن شخص معنوي تضم مستخدمين وهم خبراء من مختلف التخصصات، يخضعون للهيئة المستخدمة ورقابة السلطة السلمية.

فهذه الشركات تجارية المنشأة لهذا الغرض تخضع للقانون الخاص في علاقاتها مع الغير، وتخضع لقواعد المحاسبة التجارية⁽²³⁾، والقضاء التجاري عند كل نزاع يثور بشأن نشاطها، هذا النوع من الشركات تخضع وتلتزم بالقيود في السجل التجاري، وتنشأ بموجب عقد تأسيسي، وذلك وفقا لأحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 07-220 المؤرخ في 14 جويلية 2007 الذي يحدد شروط اعتماد خبراء التأمين لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبهم، تخضع هذه الشركات للأحكام العامة في القانون المدني الخاصة بالشركات، الأحكام

الخاصة بالشركات المنصوص عليها في القانون التجاري، بعد تحديد الإطار التنظيمي الذي يمارس فيه الخبراء نشاطهم ننتقل إلى شروط اعتماد خبراء التأمين.

ثانيا/شروط اعتماد خبراء التأمين : تميز المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 07-220 المؤرخ في 14 جويلية 2007 الذي يحدد شروط اعتماد خبراء التأمين لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبتهم، بين الخبراء الذين يمارسون مهامهم كشخص طبيعي، والخبراء الذين يمارسون نشاطهم كأشخاص معنوية.

فيما يخص الخبراء الذين يمارسون نشاطهم كأشخاص طبيعيين، يجب تقديم طلب خطي يحدد فيه الخبير مجال التخصص المطلوب، شهادة جامعية أو شهادات جامعية تتعلق بالتخصص المطلوب، وخبرة مهنية مدتها (5) سنوات، ويجب على الطالب تقديم وثيقة تثبت توفر محل مهني لمزاولة نشاطه، وممارسة المهنة، ويستوجب كذلك من الطالب تقديم شهادة ميلاد، وشهادة الجنسية الجزائرية، ومستخرج من صحيفة السوابق القضائية رقم 03، هذا يتعلق الأمر بالشخص الطبيعي الذي يرغب في ممارسة مهنة الخبير في التأمين، وفي إطار ممارسة مهامهم لم يؤدوا اليمين القانونية.

عندما يتعلق الأمر بالشخص المعنوي، فإنّ الفقرة الثانية من المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 07-220 المنوه إليه أعلاه، تشترط خضوع الأشخاص المعنويين للقانون الجزائري، وتشترط كذلك تقديم طلب خطي من المسير الرئيسي للشركة يحدد التخصص أو التخصصات المطلوبة، وكما يتطلب كذلك تقديم نسخة من العقد الأساسي للشركة، وكذا وصل تسجيل في السجل التجاري، ويشترط كذلك للحصول على الاعتماد حيازة الشركاء على شهادة أو شهادات جامعية للمتدخلين تتعلق بالتخصص المطلوب⁽²⁴⁾.

يجب على خبراء التأمين وفقا للمواد 8، 9، 10 من المرسوم السالف الذكر، الالتزام بمهامهم بعناية طبقا لأعراف وتقاليد المهنة، التمتع بالسلوك الحسن، كما يلتزم الخبير بكتمان السر المهني، واحترام قواعد المهنة⁽²⁵⁾، كما يمكن لجمعية شركات التأمين أن توقف أو تشطب خبيرا، بناء على تقرير معلل تتقدم به شركة التأمين أو المؤمن له، ويترتب على مقرر الشطب تلقائيا سحب اعتماد الخبير.

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 07-220 المؤرخ في 14 جويلية 2007 الذي يحدد شروط اعتماد خبراء التأمين لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبتهم، نجد أنه يتعلق بتنفيذ أحكام المادة 272 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالتأمينات، لكن أحكام المرسوم لم تشر إطلاقا للإكتواريين، ولا بشروط المطلوبة لاعتمادهم، ويبقى السؤال مطروحا هنا هل الإكتوريون خبيرا أم هو مفتشا يكلف برقابة شركات التأمين من حيث القدرة على الوفاء بالتزاماتها ؟ وفي رأينا

فبالرجوع إلى نص المادة 270 مكرر المعدلة في سنة 2006، فإنّ الإكتواريون بمفهوم هذا النص هو مفتشا بحكم الوظيفة، وليس خبيرا يحتاج لاعتماد، بما أنّ المهام المكلف بها تنحصر في القيام بدراسات اقتصادية ومالية وإحصائية، فإنّ الوظيفة المسندة إليه تتمثل في الرقابة والتفتيش، وليس لها أية صلة بالخبرة، وعليه ننتقل إلى الجهة المختصة في اعتماد خبراء التأمين.

ثالثا/الجهة المختصة في اعتماد خبراء التأمين : جاء في نص المادة 271 من الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالتأمينات، يجب أن يكون الخبراء ومحافظو العواريات والإكتواريون معتمدين من طرف جمعية شركات التأمين ومسجلين في قائمة مفتوحة لهذا الغرض، وعليه فإنّ خبراء التأمين يتم اعتمادهم من طرف جمعية شركات التأمين، فهذه الأخيرة هي تجمع مهني للمؤمنين تخضع للقانون الجزائري، تعتمد من طرف وزير المالية، وتضم شركات التأمين وإعادة التأمين وفروع الشركات الأجنبية المعتمدة⁽²⁶⁾، و من بين المهام المنوطة بهذه الجمعية اعتماد خبراء التأمين ومحافظي العواريات.

فالجهة المختصة في اعتماد الخبراء ومحافظي العواريات، هي جمعية شركات التأمين بمفهوم المادة 271 المعدلة في سنة 2006، وهذه الجمعية تخضع للقانون الجمعيات من حيث الهدف، وكذا الحقوق والواجبات⁽²⁷⁾، في حين أنّها من حيث الترخيص للقيام بنشاطها يتم اعتمادها من طرف الوزير المكلف بالمالية، وفعلا تم اعتماد هذه الجمعية تحت إسم اتحاد المؤمنين ومعيدي التأمين، Union des assureurs et des réassureurs وبالمختصر U A R وهي جمعية مهنية، اعتمدت هذه الجمعية من طرف وزير المالية في سنة 2008 تحت هذا الإسم، وبأشرت نشاطها، وتوجد إلى جانب هذه الجمعية جمعيات أخرى ذات طابع مهني⁽²⁸⁾.

إضافة إلى المهام التي تقوم بها الجمعية والمحددة في المادة 114 من الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالتأمينات، تقوم هذه الجمعية، تقوم بتسجيل وشطب الخبراء، وبعد هذا العرض المفصل للإطار التشريعي والتنظيمي لخبراء التأمين، ننتقل للمطلب الثاني الذي نتناول فيه نشاط خبراء التأمين.

المطلب الثاني : المهام التي يقوم بها خبراء التأمين

أشرنا سابقا، أنّ الخبير يقوم بتحديد مسؤولية المؤمن، و ذلك عن طريق إجراء معاينة في سبيل الكشف وتقرير ما إذا كان الضرر المحقق مشمول بالضمان أم لا، والتأكد من الخطر، وعن هذا الوجه تحديد السبب المباشر في إحداث الضرر للشيء المؤمن عليه، وبيان نطاق الظروف التي تحقق فيها الضرر، والتأكد من أنّ الضرر المؤمن عليه غير مشمول بالاستثناءات التي تتضمنها وثيقة التأمين⁽²⁹⁾.

جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 13 من الأمر رقم 95-07، يجب أن يأمر المؤمن بإجراء الخبرة عندما تكون ضرورية في أجل أقصاه (07) أيام ابتداء من يوم استلام التصريح بالحادث، وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة يجب على المؤمن أن يعمل على إيداع تقرير الخبرة في الأجل المحددة في عقد التأمين.

يقع على المؤمن له عبء إثبات الضرر للشيء المؤمن له، خاصة وأنّ المؤمن له هو الذي يبادر بإخطار المؤمن بتحقق الخطر، وإذا وقعت الكارثة تحقق التزام المؤمن بأن يؤدي مبلغ التأمين المستحق، وهو ما يعني أنّ العبء النهائي يقع على عاتقه، ومن هنا تظهر مصلحة المؤمن له في إحاطة المؤمن بوقوع الخطر، كما أنّ القانون أوجب الإخطار بوقوع الكارثة في أسرع وقت ممكن⁽³⁰⁾.

عندما يقوم المؤمن له بإخطار المؤمن في الأجل المحددة، يستطيع المؤمن أن ينتقل على وجه السرعة إلى مكان الحادث، ليجري تحقيقاته بشأنها لمعرفة أسباب الحادث وظروف وقوعه، حتى يتمكن من معرفة الأضرار الناجمة عنها، والتأكد من أنّ الخطر مشمول بالضمان، وإذا كان كذلك يبادر مباشرة ودون تمهل بتعيين خبير لتقييم الأضرار.

فموضوع تقدير التعويض عن الأضرار المشمولة بالضمان في عقد التأمين، يكون إما بناء على الضرر الكلي أو الجزئي، ففي الحالة الأولى يصل التعويض إلى تغطية الخسارة كلها، بشرط أن لا تتجاوز مبلغ التأمين المنصوص عليه في العقد، وعند تجاوز مبلغ قيمة الشيء فلم يعرض المؤمن له إلا عن قيمة الشيء.

لكن عندما يتعلق الأمر بالضرر الجزئي، فيجب التمييز بين ما إذا كانت الخسارة جسيمة أم يسيرة، فإذا كانت الخسارة جسيمة كانت في حكم الهلاك الكلي، وأعتدّ بقيمة الشيء، أما إذا كان الهلاك يسيرا فيعتدّ بتقدير قيمة الضرر بتكاليف إصلاح التلف، بشرط أن لا تتعدى قيمة هذه التكاليف قيمة الشيء نفسه أي المبلغ المتفق عليه في العقد، وهذا تطبيقاً للمبدأ التعويضي⁽³¹⁾، وعليه فمن الأهمية بالمكان تحديد مهام الخبير في تقدير الأضرار، وذلك عن طريق المعاينة وإثبات أسباب الحادث في الفرع الأول، تقدير الأضرار وتحجيمها والوقاية منها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إثبات أسباب الحادث ومعاينته

بعد الاطلاع على نص المادة 269 من الأمر رقم 95-07، فإنّ خبير التأمين هو كل شخص مؤهل لتقديم الخدمة في مجال البحث عن الأسباب وطبيعة وامتداد الأضرار وتقييمها والتحقيق من ضمان التأمين.

أما المادة 270 من نفس الأمر، فجاء فيها يعتبر محافظ عواريات كل شخص مؤهل لتقديم الخدمة في مجال المعاينة، و البحث عن أسباب وقوع الأضرار والخسائر والعواريات

اللاحقة بالسفن والبضائع المؤمن عليها، و تقديم التوصيات بشأن الإجراءات التحفظية والوقاية من الأضرار.

وفي نفس السياق، فإنّ الإكتوريين وفقا لنص المادة 270 مكرر من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 20-02-2006، يعتبر إكتوريا كل شخص يقوم بدراسات اقتصادية ومالية وإحصائية بهدف إعداد أو تغير عقود التأمين، ويقوم بتقييم أضرار وتكاليف المؤمن والمؤمن له، وتحديد أسعار الاشتراك بالسهر على مردودية الشركة ويتابع نتائج ولاستغلال ويراقب الاحتياطات المالية للشركة.

وبناء على الأحكام السابقة، فإنّ المؤمن له يقع عليه إثبات الضرر، وهو من يسعى في إبلاغ المؤمن بحدوث الكارثة، والمؤمن يقوم مباشرة بتكليف خبير لمعاينة الأضرار المشمولة بالضمان، ولتنفيذ مهامه إثبات أسباب الحادث، والقيام بالمعاينة، ونستعرض ذلك فيما يلي:
أولا/إثبات أسباب الحادث: إثبات الضرر المؤمن عليه، يكون بكل الوسائل، فهذا الموجب يقع على عاتق المؤمن له، وذلك عن طريق تقديم كل الوثائق الضرورية في إثبات الضرر، ويتم إثبات ذلك عن طريق الكتابات، والفواتير، والوثائق المنزلية، والسندات الجمركية، والجبائية، وكل العقود المرتبطة بالشيء المؤمن عليه، وكافة العقود القضائية وغير القضائية، والصور والأشرطة، والرسوم،.... والتي تثبت معاينة الحادث، والأجزاء التي لحقها الضرر، حتى على فرض أنّ الوثائق تؤكد خروج الشيء المؤمن له من حيازته وقت الحادث⁽³²⁾.

كما أنّ الخبير يجوز له إثبات الحادث والذي يترتب عليه الضرر الحاصل للشيء المؤمن عليه، بعد الاطلاع على الوثائق التي يقدمها المؤمن له، كما يجوز للخبير الاستعانة بالشهود، الذين حضروا الواقعة، ويجوز لهم وصف الضرر، عندما يتعلق الأمر بحادثة الحريق أو السرقة، أو الأضرار المترتبة عن تسربات المياه، وهذه المرحلة قبل حضور الخبير إلى مكان وجود الأشياء محل الضرر.

وبالرجوع إلى نص المادة 05 المرسوم التنفيذي رقم 07-220 المؤرخ في 14 جويلية 2007، الذي يحدد شروط اعتماد خبراء التأمين لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطهم، نجد أنّ خبير التأمين يقوم بمهامه في مجال البحث عن أسباب الحادث وإثبات وقوعه المادي، والقيام بالمعاينات وتدوينها في تقرير، هذا بالنسبة لخبير التأمين.

فيما يخص محافظ العواريات، فإنّه مؤهل للقيام بالمهام التي يقوم بها خبير التأمين والمحددة في نص المادة 5 المشار إليها أعلاه، كما يقدم اقتراح الإجراءات التحفظية في صالح ملاك حمولة البضائع والمؤمن، والقيام بأي نشاط يرمي إلى الوقاية من الأخطار التي تلحق البضائع، وإلى جانب هذه المهام يقوم خبراء التأمين بإثبات قيمة الأضرار، إضافة إلى هذه المهام فخبير التأمين ومحافظ العواريات يقومون بمعاينة الأضرار.

ثانيا/معاينة الأضرار: لم يقتصر دور خبير التأمين في إثبات الضرر، بل يقوم بإجراءات المعاينات، وينتقل عند تلقيه الأمر بالقيام بالمهمة، فالمعاينة على هذا النحو هي إطلاع الخبير على الشيء المؤمن عليه قبل وبعد الحادث، والتأكد من حالته، فبعد الحادث فإنّ المؤمن يلجأ إلى هذا الإجراء لتفادي تحايل المؤمن له في التصريح بقيمة الشيء، أما المعاينة التي يقوم بها الخبير بعد الكارثة، فالهدف منها هو التأكد فعلا من وجود حادث، والأثار المترتبة عنه.

بواسطة المعاينة يثبت الخبير وجود الخسارة للشيء المؤمن عليه، ويتأكد من تحقق الحادث المرتبط بالخطر المؤمن عليه، ويتأكد من الخطر ويقوم بتحديد السبب المباشر في إحداث الضرر، ويبين جميع الظروف التي تحقق في ظلها الضرر، كما يطلع على جميع الوثائق التي يقدمها المؤمن له، ويتحقق من أنّ الخطر محل التأمين غير مشمول بالاستثناءات التي تضمنها وثيقة التأمين، ويقوم الخبير بأخذ الصور عن الشيء موضوع الضرر، ويحرر محضرا عن ذلك.

وجاء في نص المادة 05 المرسوم التنفيذي رقم 220-07 المشار إليه أعلاه، أنّ خبير التأمين يقوم بتدوين جميع المعاينات في تقرير، كما أنّ محافظ العواريات يقوم كذلك بالمعاينة، ويقم كذلك الخبير بمهام أخرى، تتمثل في تقدير الأضرار والوقاية من الأخطار، وهذا ما نستعرضه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: تقدير الأضرار والوقاية منها

إضافة للمهام السابقة التي يقوم بها خبير التأمين والمتمثلة في إثبات أسباب الحادث، والقيام بمعاينة الشيء المؤمن عليه سواء قبل أو بعد الحادث، فإنّ خبير التأمين ومحافظ العوار يقومان بتقدير الأضرار اللاحقة بالشيء المؤمن عليه، كما يقدم توصيات تتعلق بالوقاية من الأخطار، ونستعرض ذلك فيما يلي:

أولا/تقدير الأضرار: فالخبير يقوم بمعاينة الشيء المؤمن عليه قبل وبعد الحادث، ويظهر ذلك قبل إبرام عقد التأمين، بحيث يقوم الخبير بالمعاينة الأولية عن طريق الخبرة للشيء المؤمن عليه، وذلك لتفادي تحايل المؤمن له في تصريح خيالي للشيء المؤمن عليه، عندما يتعلق الأمر بالألات الصناعية، والبنيات، مثلا، وإعداد تقييم لذلك، كما يجوز للمؤمن له بعد الحادث دعوة الخبير لتقييم الأضرار عندما يجد صعوبة في ذلك⁽³³⁾.

مسألة تقييم الخسائر والأضرار المشمولة بالضمان في عقد التأمين، وتقدير حجمها هي مجموعة القواعد التطبيقية⁽³⁴⁾، التي اعتاد الخبراء على إتباعها، وموضوع معاينة الأضرار يشمل إثبات الأضرار المؤمن عليها، وذلك بإثبات قيمة الأضرار المترتبة عن الخطر المؤمن عليه.

ويأمر المؤمن الخبير للقيام بالخبرة وإيداعها، قد يكون الخبير شخصا طبيعيا، وقد يكون شخصا معنويا، وعندما يتعلق الأمر بهذا الأخير، فإنّ المؤمن يجب أن يحدد بدقة الطبيعة

القانونية لشركة الخبرة، غالبا ما يتم التعاقد مسبقا بين شركة التأمين والخبراء، كما يجوز من جهة أخرى للمؤمن أن يتعاقد مع عدة خبراء، أشخاص طبيعية أو معنوية.

ويتعين على خبير التأمين فور إعداد تقرير الخبرة، أن يقدم نسخة منها للمؤمن والمؤمن له خلال الآجال المقررة في الشروط العامة المنصوص عليها في عقد التأمين، وذلك وفقا لمقتضيات المادة 10 من المرسوم رقم 07-220 المذكور أعلاه.

وللخبير دور أساسي في تقدير الأضرار المؤمن عليها، خاصة وأن المؤمن لهم يبالغون في تقديرها، كما أنّ خبراء التسوية بقدر ما يقدموا خدمات للمؤمن، يحرصوا على أن يكون المؤمن له منتفعا لكون هذه الهيئات محايدة، وبعيدة عن الانحياز إلى جانب طرف على حساب طرف أو مصلحة الطرف الأخر⁽³⁵⁾.

وعلى هذا الأساس، فإنّ خبير التأمين يقدم خدمة في مجال البحث عن الأسباب وطبيعة وامتداد الأضرار وتقييمها، و التحقق من ضمان التأمين، كما يقوم محافظ العوار بتقديم خدمة في مجال المعاينة والبحث، والخسائر المادية المتعلقة بالبضائع موضوع النقل البحري، عندما تصل إلى المرسل إليه أو المستفيد عندما تكون البضاعة متضررة من جراء عملية الشحن أو التفريغ، إذا كانت هذه البضائع مشمولة بالتغطية بعقد التأمين، فيقوم المحافظ بناء على طلب المؤمن له أو المؤمن، بمعاينة البضاعة موضوع النقل البحري، وتحديد أسباب وقوع الأضرار وتقدير الضرر المستحق التعويض.

ويقتصر كذلك دور محافظي العواريات على المعاينة والبحث عن أسباب وقوع الأضرار اللاحقة بالسفينة، عندما تتعرض للأضرار، بناء على طلب المؤمن عندما تكون السفينة مؤمن عليها، ويقوم محافظ العوار بتقدير الخسائر المادية التي تصيب السفينة وهي في عرض البحر أو في الشاطئ.

ومهام خبير التأمين ومحافظ العوار محددة في المادة 05 المرسوم التنفيذي رقم 07-220 المؤرخ في 14 جويلية 2007، الذي يحدد شروط اعتماد خبراء التأمين لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطهم، والتي تنص على أنّ خبير التأمين يقوم بتحديد طبيعة الأضرار وحجمها، ويقوم كذلك بتقدير وأو تقييم الأضرار، كما يقوم محافظو العواريات بنفس المهام.

وفي سبيل تقييم الأضرار، فإنّ الخبير يعتمد أساسا على قيمة الشيء موضوع الضرر، ويحدد القيمة الحقيقية يوم الحادث، فهذه القيمة يحددها السوق بالنظر لطبيعة الشيء ومواصفاته، وبعد معاينة الشيء المؤمن عليه، يحدّد الخبير قيمة الشيء قبل الحادث، وقيمة الشيء بعد الحادث، ويحدد قيمة الضرر، مع الأخذ بعين الاعتبار كافة أوجه الضرر فيما إذا كان الشيء محل الضرر هو وسيلة العيش، أم مصنع يترتب عليه تعطيل العمل، وينبغي على

الخبير أن يتقيد بهذه القيود⁽³⁶⁾، ولا يقتصر دور الخبير في تحديد طبيعة الأضرار وتحجيمها، بل يقوم كذلك بتقديم توصيات للمؤمن في مجال الوقاية.

مسألة تقييم الخسائر والأضرار المشمولة بالضمان في عقد التأمين، وتقدير حجمها هي مجموعة القواعد التطبيقية، التي اعتاد الخبراء على إتباعها، وموضوع معاينة الأضرار يشمل إثبات الأضرار المؤمن عليها، وذلك بإثبات قيمة الأضرار المترتبة عن الخطر المؤمن عليه.

ثانيا/ دور الخبير التأمين في تقديم التوصيات : وهذه المهام يكلف بها محافظ العوار على الخصوص بتقديم التوصيات بشأن الإجراءات التحفظية والوقاية من الأضرار، نظرا للخطورة المحفوفة بعملية النقل البحري، وما يصاحبه من مخاطر خاصة عند التقلبات الجوية، فكثيرا ما تتعرض السفن للأضرار نتيجة سوء الأحوال الجوية، فمن مهام محافظي العواريات تقديم إرشادات خاصة قبل الإبحار، ومنح تعليمات خاصة بالشحن أو التفريغ أو النقل على السطح ومن يحمله من مخاطر.

ويجوز كذلك لمحافظ العوار، أن يأمر الناقل البحري أو المجهز أو المصالح المكلفة بالشحن أو التفريغ أو بالقطر حافظا على البضاعة، أو السفينة، كما يجوز له أمر الناقل باتخاذ الوسائل الضرورية للمحافظة على البضاعة وسلامتها، أو نقل البضاعة داخل الحاويات عندما يكون النقل عبر هذه الوسائل أكثر حماية للبضاعة، وتجنب نقل البضائع سريعة التلف خارج السفن المبردة، كل هذه التوصيات التي ترمي إلى الوقاية والأمن من مهام محافظي العواريات.

وفي الأخير فإنّ مهام الخبير تنحصر أساسا في معاينة المال موضوع التغطية بواسطة العقد، قبل أو بعد الحادث، كما أنّ الخبير يبحث عن أسباب الحادث، ويقوم كذلك بتقدير الأضرار المترتبة عن الحادث، ويقوم كذلك بتقديم توصيات للمؤمن من أجل الوقاية من الحادث، تلك هي المهام المسندة لخبير التأمين وفقا للحكام التشريعية والتنظيمية.

خاتمة

يلاحظ بعد الاطلاع على النصوص القانونية المشار إليها، أنّ الخبير يواجه العديد من الصعوبات في أداء مهامه، وتتمثل خاصة في غياب نصوص قانونية التي تحدد بدقة طبيعة النشاط، وضبط قواعد المهنة حتى يقوم الخبير بمهامه على أكمل وجه، كما أنّ ممارسة المهنة يتم دون الحصول على شهادة، وخبرة مهنية في تخصص محدد، غياب الشفافية في اعتماد الخبراء، انعدام الإطار التكويني للخبير بعد اعتمادها، غياب آليات الرقابة على نشاط الخبير عند القيام بمهامه، فهذه الأوضاع تسمح للخبير بالانحراف عن مهامه، كما أنّ النظام القانوني الحالي لا يتوفر على أنماط تقدير الأضرار المادية، والذي يترتب عنه الأضرار للخبير، وشركات التأمين، والمؤمن لهم.

وترتيباً على ذلك، فإن مهنة خبير التأمين تقتضي إصلاحاً عميقاً، لكون الخبير يساهم بشكل مباشر في تطوير قطاع التأمين، كما أنّ خبير التأمين يلعب دوراً هاماً قبل وبعد الحادث، إضافة إلى ذلك فإنّ خبير التأمين يقوم بتسوية الخسائر اللاحقة بالشيء المؤمن عليه. لكن خبراء التأمين يفتقدون إلى هيكل تنظيمي يحدد حقوقهم وواجباتهم المهنية والأخلاقية، مما يجعل هذا النشاط في حاجة إلى إصلاح عميق، لبعث هذا النشاط وتزويده بمختلف الآليات القانونية من أجل ضمان استمرارية وحياد الجهاز.

فعملية الإصلاح تقتضي تسليط الرقابة المستمرة على نشاط الخبير من طرف السلطات العمومية، وكذا إعداد نظام التسجيل عن طريق الحيازة على شهادة في التخصص، مع توفر الخبرة المهنية في المجال التأمين، مع تزويد جمعية التأمين وإعادة التأمين بوسائل التكوين، وإدراج ضمانات حياد الخبير عن الشركاء، المؤمن والمؤمن له، وضع آليات التنسيق بين جمعية شركات التأمين، والمجلس الوطني للتأمين، والغرفة الوطنية للتجارة، من أجل تعزيز مبدأ حياد الخبير.

وفي نفس الإطار الذي يهدف إلى إصلاح مهنة الخبير أضحى من الضروري، وذلك عن طريق وضع منظومة مستقلة في شكل نقابة تجمع خبراء التأمين مدعومة بمدونة أخلاقيات المهنة وأجهزة الانضباط، من خلاله يستجيب الخبير للقيام بمهامه وفقاً لهذه القواعد، كما أنّ عملية الإصلاح تستوجب كذلك تحديد مهام الخبير، وكذا دوره في تحديد الأضرار المادية، عن طريق وضع إطار نموذجي لتحديد الأضرار يعتمد كمرجع موحد لعمل الخبير، في نطاق المهام المسندة إليه، حتى تكون مهنة الخبير تستجيب للأوضاع الاقتصادية السائدة، وضمان الوجاهية، وذلك من أجل توازن حقوق المؤمن والمؤمن له، عند إصابة المال المؤمن له بالأضرار.

الهوامش:

(1) Yvonne Lambert –Faivre, *Droit des assurances*, 11^e édition Dalloz, Paris, 2011, 357.

(2) علي الشحاب الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل على دراجة دكتوراه في الحقوق، نوقشت بجامعة القاهرة كلية الحقوق، دون ذكر سنة المناقشة، صفحة 8، 9.

(3) L'expertise d'assurance dans le monde, quatre statuts possibles pour les experts en assurance, article réalisé par FATIHA AID publier à la revue de l'assurance, périodique trimestriel, éditée par le Conseil national des assurances en Algérie, n°7 décembre 2014 page 20.

(4) الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25-01-1995 المتعلق بالتأمينات، منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 13 لسنة 1995، وهذا الأمر معدل و متمم بموجب القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20-02-2006 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 15 لسنة 2006.

(5) سورة الفرقان، الآية 59.

(6) -على الشحات الحديدي، دور الخبير الفني في الخصومة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في قانون المرافعات، نوقشت بجامعة القاهرة، كلية الحقوق، صفحة 10.

(7) معتصم خالد محمود حيف، الخبرة القضائية في القضايا الحقوقية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014 صفحة 34، 35، 36، 37.

(8) على الشحاب الحديدي، المرجع السابق، صفحة 9.

(9) تقنين الإجراءات المدنية والإدارية صدر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في: 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21 سنة 2008.

(10) لقد حددت هذه الشروط المرسوم التنفيذي رقم 95-310 المؤرخ في: 10-10-1995 الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية، كما يحدد حقوقهم وواجباتهم، المرسوم نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 60 سنة 1995، وبالرجوع إلى نص المادة 2 منه، فإن الخبراء القضائيين يتم اختيارهم من بين القوائم التي يوافق عليها وزير العدل في دائرة اختصاص المجلس القضائي، ويمكن اختيارهم إستثناء ممارسة مهامهم خارج دائرة اختصاص المجلس القضائي، كما يجوز للجهة القضائية تعيين خبير غير مسجل بالقائمة عند الضرورة، ويجوز كذلك تسجيل في الجدول كل شخص طبيعي أو معنوي في إحدى قوائم الخبراء بعد توفر الشروط المحددة في المرسوم، ومن بينها، الجنسية الجزائرية، الشهادة الجامعية، أن لا يكون المترشح قد تعرض لعقوبة جزائية مخلة بالأداب العامة أو الشرف، أن لا يكون قد تعرض للإفلاس أو التسوية القضائية، يشترط كذلك الخبرة المهنية التي لا تقل عن 7 سنوات في التخصص، أن لا يكون ضابطا عموميا، أو محاميا، أو موظفا عاما، تم عزله بسبب تأديبي، أن لا يكون قد منع من ممارسة المهنة بقرار قضائي، ونفس الشروط يجب أن تتوفر في الشخص المعنوي، يقدم طلب الاعتماد إلى النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يختار فيه الخبير مقر إقامته بدائرة اختصاصه، ويؤدي الخبير اليمين القانونية، ويؤدي الخبير مهامه تحت إشراف القاضي الذي عينه تحت مراقبة النائب العام، كما حدد هذا المرسوم الإجراءات التأديبية للخبير، عند إخلال الخبير بواجباته المهنية.

(11) بهاء مهيح شكري، التأمين في التطبيق والقانون القضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، صفحة 35.

(12) مهنة المهندس الخبير العقاري، أنشأها الأمر رقم 95-08 المؤرخ في 1 فبراير 1995 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، والذي يقوم بوضع المخططات الطبوغرافية والوثائق التقنية التي تلحق بالعقود الرسمية، المتعلقة بنقل الملكية العقارية، والخبير يتولى كذلك وضع الرسوم الطبوغرافية لسطح الأملاك العقارية، وتحديد لها ووضع معالم حدودها، ويمكن أن يقيّمها من حيث القيمة التجارية والإيجارية، ويقوم كذلك بالتحريات العقارية المرتبطة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وفقا للأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا الإطار، ويجوز للخبراء العقاريين بعد استيفائهم الشروط القانونية التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين، وفقا للمرسوم رقم 95-310 المشار إليه أعلاه، الأمر رقم 95-08 نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 20 سنة 1995.

(13) إلى جانب خبير التأمين يوجد كذلك الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات، والمحاسب المعتمد، المؤسسين بموجب القانون رقم 10-01 المؤرخ في: 19-06-2010 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب، ومحافظ الحسابات، والمحاسب المعتمد، الذي ألغي القانون رقم 91-08 المؤرخ في: 27-04-1991 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب، ومحافظ الحسابات، والمحاسب المعتمد، وبالرجوع إلى القانون رقم: 10-01 نجد أنّ المهنة يجوز أن يمارسها الشخص الطبيعي والمعنوي مؤهل قانونا، ويجب على الخبير المحاسب أو محافظ الحسابات وكذا المحاسب المعتمد الالتزام بالأحكام القانونية المعمول بها التي تحكم المحاسبة، والسجلات المحاسبية وكذا مراقبتها، وممارسة مهنتهم بكل استقلالية، ونزاهة، ويعدّ تنظيمها مهنيا يسير عن طريق أجهزة وهي المجلس الوطني للمحاسبة، تحت سلطة وزير المالية، كما تتضمن الأجهزة أختري وهي المصنف الوطني للخبراء المحاسبين، والمنظمة الوطنية لمحافظي الحسابات، والغرفة الوطنية للمحاسبين العموميين، هذه الفئة يجب لممارسة مهامها أن تؤدي اليمين القانونية، لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع الرجوع للقانون رقم 10-01 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 42 سنة 2010.

(14) La réforme de la profession d'experts techniques en assurance, étude réalisée par FATIMI MOUHMED, publié à la revue de l'assurance, périodique trimestriel, éditée par le conseil national des assurances en Algérie, n°6 Mais à Aout 2014 page 60.

(15) Indemnisation des sinistres, les étapes d'une expertise et les voies de recours possibles, étude réalisée par, KARIMA SEDDAK, publier à la revue de l'assurance, périodique trimestriel, éditée par le conseil national des assurances en Algérie, n°7 septembre à Décembre 2014 page 19.

(16) القانون رقم 07-80 المؤرخ في 09-08-1980 المتعلق بالتأمينات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بإلزامية التأمين عن المركبات وبنظام التعويض عن الأضرار، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد، 15 سنة 1974.

(17) ولكن جاء في نص المادة: 188، 189 تحدد شروط ممارسة الخبراء وكيفية تدخلهم، وتعيينهم وكذا جدول أجورهم، بمرسوم يصدر بناء على تقرير من وزير المالية ووزير العدل، ويتم تعويض الأضرار على أساس اتفاق بالتراضي بين المؤمن والمؤسسة الاشتراكية محل الضرر، وإذا لم يحصل الاتفاق بالتراضي تطبق إجراءات التحكيم طبقاً للتشريع المعمول به، وتحدد شروط اللجوء إلى الخبرة بمرسوم يتخذ بناء على تقرير وزير المالية.

(18) الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بإلزامية التأمين عن المركبات وبنظام التعويض عن الأضرار، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد، 15 سنة 1974.

(19) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد السابع، العقود الواردة على العمل منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 1998، صفحة 1498.

(20) Dictionnaire général de l'assurance, Christian Sainrapt, édition Arcature, 1996 Page 42.

(21) المرسوم التنفيذي رقم 07-220 المؤرخ في 14 جويلية 2007 الذي يحدد شروط اعتماد خبراء التأمين لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبتهم، صدر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46 سنة 2007، الذي ألغى بدوره المرسوم التنفيذي رقم 96-46 المؤرخ في: 17 جانفي 1996 الذي يحدد شروط اعتماد الخبراء ومحافظين في العواريات لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبتهم، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 5 سنة 1996.

(22) أنشئت لهذا الغرض شركتان تجاريتان تخضعان للقانون الخاص، الأولى تسمى " الشركة الجزائرية للخبرة والمراقبة التقنية للسيارات"، بالمختصر " S A E C T A" وهي شركة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة، برأس مال تأسيسي يقدر بـ 540 مليون دينار جزائري، ارتفع رأسمالها في سنة 2013 إلى 750 مليون دينار جزائري، أنشئت في سنة 1998 والشركة تقدم خدمات خاصة بالخبرة الفنية في جميع التخصصات، وليس في مجال المراقبة التقنية للسيارات، فمعظم الأشخاص الذين يشتغلون فيها هم خبراء مؤهلين في جميع التخصصات، وهي منتشرة بكثافة عبر مختلف نقاط من الوطن، ولها فروع مختلفة، ويتكون رأس مالها من أسهم موزعة، وتحوز الشركة الجزائرية للتأمين S A A على 100% من أسهمها، وهي التي تنفرد بتسييرها، يشتغل لديها حوالي 400 مستخدم، من بينهم 3/4 من بين مستخدميها خبراء، ولمزيد من التفاصيل راجع المقابلة التي أجراها سعيد منصور مع الرئيس المدير العام للشركة الجزائرية للخبرة والمراقبة التقنية للسيارات، تمنجري مصطفى، المنشور بمجلة التأمين العدد 7 لشهر ديسمبر 2015 صفحة 8، 9.

كما توجد شركة أخرى تخضع للقانون التجاري تنحصر مهمتها في تقديم خدمات هامة في مجال الخبرة والمراقبة، تدعى " الجزائرية للخبرة " Expertise Algérie" باختصار EXAL وهي شركة ذات أسهم تخضع للقانون التجاري أنشئت بتاريخ: 08-07-1997 بدأت في نشاطها في نفس السنة، يتشكل رأسمالها من أسهم تملكها عدة شركات التأمين، وهي شركة التأمين وإعادة التأمين CAAR والشركة الجزائرية للتأمينات النقل CAAT والشركة المركزية لإعادة التأمين، C C R، تضم من بين مستخدميها 3/2 من خبراء وتقنيين في جميع التخصصات، في السيارات، والأشغال العمومية، والبناء، ويرتكز مهامها في تقديم خدمات لشركات التأمين في المسائل التقنية المرتبطة بتحديد طبيعة الأضرار وتقديرها، ويتمثل نشاطها في معاينة الأضرار المرتبطة بالأشغال العمومية، وتركيب المصانع، وتخزين المواد، بعد وقبل تحويلها، نقل البضائع والتجهيزات، هياكل السفن البحرية، السيارات، ومعدات النقل، وتقوم كذلك بنشاطات أخرى في معاينة الأخطار، تقييم أسعار العقارات، وتقييم الأموال المنقولة والعقارية، دراسات ذات الصلة بالأخطار، تقديم النصائح والإرشادات والمساعدة، وهذه الشركة لها 4 فروع على مستوى الشرق بقسنطينة وعنابة، على مستوى الوسط الجزائري، على

مستوى الغرب بوهران، وتشمل على فرع متخصص في العوار، يختص بالجانب المرتبط بالأضرار البحرية، ولها مكاتب منتشرة عبر القطر الوطني على مستوى 48 ولاية، وفي هذا الشأن راجع المقابلة التي أجراها سعيد منصور مع رئيس المدير العام للجزائرية للخبرة، عنو عيسى المنشور بمجلة التأمين العدد 7 لشهر ديسمبر 2015 صفحة 10، 11.

(23) يوجد في كل دولة، نظامان قانونيان للمحاسبة، يوجد نظام المحاسبة العمومي والذي تخضع له الدولة وفروعها، والذي ينظمه القانون رقم 90-21 المؤرخ في: 15-08-1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 35 سنة 1990، ويوجد إلى جانب هذا النظام نموذج آخر هو نظام المحاسب التجاري، والذي تخضع له الشركات التجارية، ومختلف فروعها، والذي نظمته القانون رقم 07-11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 المتعلق بالنظام المحاسبي والمالي، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 74 سنة 2007 الذي ألغى القانون رقم 87-76 المتعلق بالمخطط الوطني للمحاسبي والمالي.

(24) تجدر الإشارة إلى أنّ الشروط المطلوبة في ممارسة مهنة خبير التأمين المحددة في نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 07-220 المؤرخ في 14 جويلية 2007 الذي يحدد شروط اعتماد خبراء التأمين لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبهم، لا تختلف عن الشروط المحددة في المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 96-46 المؤرخ في: 17 جانفي 1996 الذي يحدد شروط اعتماد الخبراء ومحافظين في العواريات لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبهم، لا تختلف عن الشروط المحددة في المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 96-46 المؤرخ في: 17 جانفي 1996 الذي يحدد شروط اعتماد الخبراء ومحافظين في العواريات لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبهم، باستثناء التزام عدم القيام بأي نشاط يتنافى مع المهنة أو المهمة الموكلة إليهم.

(25) نفس الالتزامات جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 96-46 المؤرخ في: 17 جانفي 1996 الذي يحدد شروط اعتماد الخبراء ومحافظين في العواريات لدى شركات التأمين وشروط ممارسة مهامهم وشطبهم، باستثناء التزام عدم القيام بأي نشاط يتنافى مع المهنة أو المهمة الموكلة إليهم.

(26) بالرجوع إلى نص المادة 214 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالتأمينات يعتمد وزير المالية جمعية مهنية للمؤمنين تخضع للقانون الجزائري، ويجب على شركات التأمين وإعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية أن تنضم لهذه الجمعية، يتمثل أهداف هذه الجمعية في تمثيل وتسير المصالح الجماعية لأعضائها، وإعلام وتحسيس منخرطها والجمهور، تدرس هذه الجمعية المسائل المتعلقة بممارسة المهنة، ولا سيما التأمين الاقتراني، والوقاية من الأخطار ومحاربة كل عوائق المنافسة والعلاقات مع ممثلي الموظفين، يمكن أن تستشار الجمعية من طرف الوزير المكلف بالمالية بخصوص كل المسائل ذات الصلة بالمهنة، دون الأخلال بأحكام هذا القانون يمكن للجمعية أن تقترح في إطار قواعد أخلاقيات المهنة، على لجنة الإشراف على التأمينات، عقوبات ضد عضو أو أكثر من أعضائها، يعتمد كذلك الوزير المكلف بالمالية جمعية مهنية لكل من الوكلاء العاميين والسماصرة وفقا الأشكال المنصوص عليها في هذه المادة، توافق لجنة الإشراف على التأمينات على القانون الأساسي لهذه الجمعية وعلى كل تعديل يطرأ على هذه الأخيرة، وإلى جانب هذه الجمعية توجد جمعية ذات أبعاد مهنية تتشابه هذه الجمعية ويتعلق الأمر بالجمعية البنوك والمؤسسات المالية، وهي الجمعية التي يتم اعتمادها من طرف وزير المالية، ويتمثل نشاطها في

(27) تنحصر أهداف الجمعيات بشكل عام في اشتراك الأشخاص سواء كانت طبيعية أو معنوية في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، لا سيما في المجال المهني والإجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني، يجب أن يحدد موضوع الجمعية بدقة وتعتبر تسميتها عن علاقة بهذا الموضوع، للإشارة فإن الجمعيات مهما كان هدفها، حسب نشاطها الإقليمي، يتم اعتمادها من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، عندما يكون نشاطها منحصر في إقليم البلدية، وتكون معتمدة من طرف الوالي، عندما يمتد نشاطها عبر الولاية، وعندما يكون نشاط الجمعية وطنيا يتم اعتمادها من طرف وزير الداخلية، ولمزيد من التفاصيل حول الموضوع راجع القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02 سنة 2012.

(28) يتعلق الأمر هنا بجمعية الوكلاء العاميين، والسماصرة، وهي جمعية مهنية يتم إعتماها من طرف وزير المالية، وإلى جانب هذه الجمعيات، توجد جمعية البنوك والمؤسسات المالية، A B A F المنشأة بموجب المادة 96 من الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 26-08-2003 المتعلق بالنقد والقرض، وتبعاً لهذا النص يؤسس بنك الجزائر جمعية مصرفيين جزائريين وهي جمعية مهنية تدرس المسائل المتعلقة بالبنوك والقروض وتحفيز المنافسة، ومحاربة كافة العراقيل التي تعترض المنافسة، وتنظيم خدمات الصالح العام وتسييرها وتكوين المستخدمين، ويوافق على قانونها الأساسي مجلس النقد والقرض، ويمكن لوزير المالية أو محافظ البنك أن يستثمر الجمعية في المسائل التي تهم المهنة، ولمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع، راجع المادة 96 من قانون النقد والقرض، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 52 سنة 2003.

(29) بهاء بهيج شكري، المرجع السابق، صفحة 35.

(30) جلال محمد إبراهيم، التأمين دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1994 صفحة 731.

(31) عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية، مطبعة حيرد، 1998، صفحة 243، 244.

(32) Serge Peinguet, *Les experts et l'expertise d'assurances*, Edition d'assurance Française, 1993 Page,420.

(33) Karima Seddak, *op.cit.*, Page 19.

(34) Serge Peinguet, *op.cit.*, Page 420.

(35) بهاء بهيج شكري، المرجع السابق، صفحة 35.

(36) Serge Peinguet, *op.cit.*, Page, 420, 421, 422.

الخدمة الشاملة للمواصلات السلكية واللاسلكية في الجزائر*

MAKHLOUF Bahia, M A "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

مخلوف باهية، أستاذة مساعدة "أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

إنّ تحرير قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية على المنافسة بموجب القانون رقم 03-2000 المتضمن القواعد العامة للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، نجم عنه التزام مفروض على عاتق المتعاملين الإقتصاديين المتدخلين في هذا القطاع بتوفير خدمة شاملة، وذلك عن طريق الضمان لكل المواطنين حدّ أدنى من الخدمة ذات نوعية خاصة وبأسعار معقولة، مع احترام مبادئ المساواة، الاستمرارية، الشمولية والقابلية للتكيف.

تشكّل الخدمة الشاملة حجر الزاوية ضمن أحكام ضبط قطاع الاتصالات، فهي تسمح بالتوفيق بين متناقضين وهما مبدأ المنافسة الحرة والمصلحة العامة. هذه الغاية المزدوجة للخدمة الشاملة تبرر تقاسم مسؤولية ضمانها وحمايتها، بين الدولة الممثلة بوزير البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وسلطة الضبط القطاعية.

الكلمات المفتاحية:

الخدمة الشاملة، المواصلات السلكية واللاسلكية، المنافسة، المرفق العام، خدمة أساسية، سعر معقول.

Universal service of telecommunications in Algeria

Abstract:

The opening of the sector of telecommunications to competition under the terms of the law 2000-03 relating to the rules applicable to the post office and telecommunications was accompanied by the obligation for the economic operators intervening in this sector to provide an universal service, by guaranteeing all to the inhabitants a minimum of services of a quality specific to a moderate price and this, in the respect of the principles of equality, continuity, universality and adaptability.

The universal service is a showpiece of the devices of the regulation of the sector of telecommunications, because it makes it possible to reconcile between the principle of free competition and that of the general interest. This double objective of the universal service justifies the responsibility for its implementation shared between the State, represented by the Minister for the posts and telecommunications, and the sectorial regulatory authority.

Key words:

Universal service, telecommunications, competition, public service, reduced service, affordable price.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/16 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/20 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Le service universel des télécommunications en Algérie

Résumé :

L'ouverture du secteur des télécommunications à la concurrence en vertu de la loi 2000-03 fixant les règles applicables à la poste et aux télécommunications s'est accompagnée de l'obligation pour les opérateurs économiques intervenant dans ce secteur de fournir un service universel, en garantissant à tous les habitants un minimum de service d'une qualité spécifique à un prix abordable et ce, dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité.

Le service universel est une pièce maîtresse des dispositifs de la régulation du secteur des télécommunications, car il permet de concilier entre le principe de libre concurrence et celui de l'intérêt général. Ce double objectif du service universel justifie la responsabilité de sa mise en œuvre partagée entre l'État, représenté par le ministre des postes et des télécommunications et l'autorité de régulation sectorielle.

Mots clés :

Service universel, télécommunications, concurrence, service public, service minimum, prix abordable.

مقدمة

لقد ظل قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية في معظم الدول ولفترة طويلة خاضعا لنظام الاحتكار الطبيعي، أين كانت الدولة هي الوحيدة التي لها حق حصري لاستغلال هذا النشاط⁽¹⁾، واستمر الوضع إلى غاية سنة 1980 وتحت تأثير التطورات التكنولوجية بدأت رياح التغيير تهب، والبداية كانت في الولايات المتحدة الأمريكية التي باشرت عملية تحرير القطاعات الشبكية، ثم انتقلت هذه الموجة إلى المملكة البريطانية المتحدة واليابان ثم المجموعة الأوروبية وبعدها طالت كل دول العالم⁽²⁾.

إنّ الدولة الجزائرية لم تكن بمنأى عن التغيرات الجذرية الحاصلة في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية، فوعياً منها بالتحديات التي يفرضها هذا التطور وتحت تأثير عولمة الاقتصاد التي جعلت من العالم سوقا واحدة، بادرت إلى إصلاح قطاع الاتصالات منذ سنة 2000 وهي السنة التي أصدرت فيها قانونا جديدا⁽³⁾ يضع حداً للتسيير الإداري لهذا القطاع والاحتكار الممارس عليه من جهة، ويكرّس مبدأ الفصل بين مهمة التنظيم التي كُلفت بها سلطة إدارية مستقلة، وهي سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ومهمة الاستغلال المتروكة للمتعامل التاريخي بالتنافس مع المتعاملين الخواص من جهة أخرى.

إنّ فتح قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية على المنافسة لا يعني إطلاقا زوال فكرة المرفق العام منه، ولكن هذا الانفتاح حتما تكون له انعكاسات على تنظيم هذا النشاط المرفقي وقد يكون له تأثير أيضا على المستعملين من خلال معاملتهم بصفة مختلفة باختلاف موقعهم الجغرافي أو / والمالي⁽⁴⁾، لهذا السبب قام المشرع الجزائري بتكريس ما يسمى بالخدمة الشاملة service universel في القانون رقم 03-2000 المتضمن القواعد العامة للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، والتي تُعدّ كصمام أمان ضد الممارسات غير القانونية للمتعاملين الاقتصاديين الناشطين في هذا القطاع في مواجهة المستعملين.

إنّ الخدمة الشاملة كمفهوم حديث في القانون الجزائري يستوجب الأمر التوقف للبحث في نشأته وتطوره في القانون المقارن (I)، من أجل الوصول إلى ضبط نظامه القانوني وفق قانون البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية (II).

I- مفهوم الخدمة الشاملة للاتصالات السلكية واللاسلكية

لقد أصبح مصطلح الخدمة الشاملة كثير الاستعمال في اللغة القانونية منذ أكثر من 20 سنة⁽⁵⁾، ويُعدّ قطاع الاتصالات الأوّل الذي كُرس فيه مثل هذا المصطلح ثم انتقل إلى قطاع البريد ثم قطاع الكهرباء والغاز، ليشيع استعماله بعد ذلك في باقي القطاعات الشبكية الأخرى.

من أجل ضبط مفهوم الخدمة الشاملة لابد من تتبع التطور التاريخي لها (1)، والبحث في مقارنة تعريفية لهذا المصطلح (2)، ومن ثمّ الوقوف عند خصائصها والتي من خلالها يمكن لنا التمييز بينها وبين المرفق العام (3).

1- ظهور الخدمة الشاملة : تعدّ الولايات المتحدة الأمريكية موطن فكرة الخدمة الشاملة واستعملت لأوّل مرّة في قطاع الاتصالات، فعلى إثر انتهاء صلاحية براءة بـ brevet Bell المملوكة من طرف الشركة الأمريكية للهاتف والتلغراف (ATT)، شهدت السوق الأمريكية للاتصالات منافسة شرسة بدخول عدّة منافسين جدد إلى جانب المتعامل التاريخي الذي كان يحتكر هذا النشاط (و هي المؤسسة الأمريكية للهاتف والتلغراف ATT)، وقام هؤلاء المنافسين بإنشاء شبكات موازية دون إقامة روابط فيما بينها، وبهذه الصورة بدأ المتعامل التاريخي يفقد مكانته الاحتكارية في السوق، وسعيًا منه لاسترجاع هذه المكانة أكّد رئيس الشركة الأمريكية للهاتف والتلغراف ATT "تيودور ويل" "Théodore WAIL" أمام الكونغرس الأمريكي سنة 1907 في تصريح له أنّ تحقيق الفعالية في سوق الاتصالات يستوجب توحيد الشبكات والربط فيما بينها وجعلها شاملة، ومن بين ما جاء في تصريحاته العبارة التالية: "نظام واحد، سياسة واحدة، خدمة شاملة". وعليه، فالمعنى الأوّل للخدمة الشاملة استعملته الشركة الأمريكية للهاتف والتلغراف ATT من أجل تبرير توحيد شبكات المتعاملين المنافسين في نظام احتكاري تتولى هي كمتعامل تاريخي تسييرها، وعلى هذا النحو بالرغم من تراجع هذه الشركة في السوق كمتنافس، فإنّها بقيت تُسيطر على مهمة تنظيم وتسيير المنشآت الأساسية والبنية التحتية للقطاع.

ولقد تمّ تكريس مبادئ الخدمة الشاملة قانونيًا دون استعمال المصطلح بحدّ ذاته في سنة 1934 بموجب قانون الاتصالات "Communications Act"، أمّا التكريس الصريح للمصطلح فكان في سنة 1996 في قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية "Télécommunications Act".

أما في أوروبا فقد استعمل مصطلح الخدمة الشاملة لأول مرة في سنة 1987 في الكتاب الأخضر حول تحرير قطاع الاتصالات، حيث أُلزمت من خلاله الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي على توفير خدمة شاملة تمكّن كل المواطنين الاستفادة من الدخول إلى قطاع الاتصالات. بعدها عرفت الخدمة الشاملة تطورا تدريجيا إلى أن تمّ تعريفها في سنة 1994 من خلال قرار مجلس الوزراء للمجموعة الأوروبية الصادر في 16 فيفري 1994، وفي سنة 2009 جاءت تعليمة اللجنة الأوروبية التي حدّدت من خلالها مضمون الخدمة الشاملة والتي تم تعديلها بتعليمة جديدة صدرت في 2011، والتي أقصت من خلالها اللجنة الأوروبية خدمات الهاتف النقال من مضمون الخدمة الشاملة، وأكّدت في هذه التعليمة بأنّ السوق هي التي تضمن للمستهلكين خدمات هاتف نقال ذات نوعية عالية وبأسعار معقولة ومقبولة وتضمن لهم الدخول العادل إليها⁽⁶⁾.

بينما في الجزائر وفي إطار الإصلاحات التي حملتها الدولة على عاتقها من أجل تحرير وتطوير قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية، فلقد تبنت الحكومة بتاريخ 25 جويلية 2000 "إعلان بالسياسة القطاعية"، محدّدة البرامج والأهداف ذات الأولوية التي ينبغي تحقيقها مستقبلا، وعلى رأسها تحقيق خدمة شاملة موجّهة أساسا للتدخل وتوفير الخدمات في المناطق غير المغطاة من قبل المتعاملين الاقتصاديين الناشطين في القطاع، و الملزمين بتطبيق بنود دفا تر الشروط الخاص بهم⁽⁷⁾. ولقد جاء القانون رقم 03-2000 المتضمّن القواعد العامة للبريد والاتصالات مكرّسا للخدمة الشاملة للاتصالات، والذي قام بتعريفها في المادة 18/8 منه كما صدر نص تنظيمي يحدّد مضمون هذه الخدمة⁽⁸⁾.

2-مقاربة تعريفية للخدمة الشاملة: الخدمة الشاملة هي خدمة أساسية يمكن لأيّ شخص الوصول إليها وبسعر معقول، فهي تنطوي في نفس الوقت على جانب جغرافي من خلال السعي نحو إيصال خدمة الاتصالات إلى كل التراب الوطني، وجانب اجتماعي من خلال اعتماد أسعار معقولة ومقبولة⁽⁹⁾.

بالنسبة للمشرّع الجزائري، فقد كرّس الخدمة الشاملة للاتصالات في نص المادة 18/08 من القانون رقم 03-2000 المتضمّن القواعد العامة للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، والتي جاءت كما يلي: "الخدمة العامة للاتصالات هو جعل تحت تصرف الجميع القدر الأدنى من الخدمة تتمثل في خدمة هاتفية ذات نوعية خاصة، وكذا بث وإرسال المكالمات المستعجلة وتقديم خدمات إستعلاماتية ودليل هاتفي للمشاركين، في شكل مطبوع أو إلكتروني وتزويد كامل التراب الوطني بالغرف الهاتفية المركبة في الأملاك العمومية، وهذا في احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والعمومية والقابلية للتكيف". - أول ملاحظة يمكن تسجيلها على نص المادة 18/08 هو الاستعمال الخاطئ للمصطلحات، فالمشرّع الجزائري استعمل مصطلح

الخدمة العامة والصحيح هو استعمال مصطلح الخدمة الشاملة، لأنه هو المصطلح الذي يعبر عن الترجمة الصحيحة للمصطلح الإنجليزي universal service.

- الملاحظة الثانية هي عدم قيام المشرع بتعريف الخدمة الشاملة وإنما اكتفى بتحديد مضمونها والمبادئ التي تقوم عليها، وهي نفس مبادئ المرفق العام وفق النظرة الفرنسية. بالرجوع إلى القانون المغربي، يتبين لنا أن المشرع المغربي كرّس أيضا الخدمة الشاملة بموجب القانون رقم 24-96 المتعلق بالبريد والاتصالات⁽¹⁰⁾ دون تعريفها، فتتص المادة الأولى الفقرة 21 من هذا القانون على أن الخدمة الأساسية هي: "الخدمة الهاتفية الدنيا الواجب توفيرها للعموم بجودة معينة وسعر مقبول وكذا تمرير نداءات الاستغاثة وتقديم خدمة الإرشادات ودليل المشتركين في صورته المطبوعة أو الالكترونية وتأمين مخادع الهاتف العمومية في الملك العام في مجموع التراب الوطني، وكل ذلك في إطار احترام مبادئ المساواة واستمرارية الخدمة وتعميمها وتكليفها مع الحاجيات". نفس الأسلوب نجده معتمدا من قبل المشرع الفرنسي، عندما اكتفى بتحديد مضمون الخدمة الشاملة للاتصالات الالكترونية في نص المادة 1-35 L من قانون البريد والاتصالات الالكترونية⁽¹¹⁾ دون تعريفها.

3- مبادئ الخدمة الشاملة: من خلال مضمون نص المادة 18/08 من القانون رقم 03-2000 يتبين بأن المبادئ التي تقوم عليها الخدمة الشاملة للاتصالات هي نفسها مبادئ المرفق العام وهي على النحو التالي: الاستمرارية، المساواة، العمومية (الشمولية) والقابلية للتطور والتغير.

أ- مبدأ الاستمرارية: تتولى المرافق العامة تقديم خدمات للأفراد وتسعى إلى إشباع حاجات عامة وجوهرية في حياتهم اليومية، ويترب عن انقطاع هذه الخدمات حصول خلل واضطراب في حياتهم اليومية، لذا من الضروري أن لا تكتفي الدولة بإنشاء المرافق العمومية بل تضمن استمراريتهما في تقديم الخدمات للجمهور. ويترب على تكريس هذا المبدأ عدّة نتائج قانونية منها: منع الإضراب، تنظيم استقالة الموظفين، تكريس نظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة، وعدم جواز الحجز على أموال المرفق العام⁽¹²⁾.

ب- مبدأ المساواة: يُعدّ مبدأ المساواة أمام المرفق العام ذو قيمة دستورية، فهو من تطبيقات المبدأ العام المكرس في الدستور والذي يقضي بمساواة الجميع أمام القانون⁽¹³⁾، ويقوم هذا المبدأ على أساس التزام الشخص من القانون العام أو القانون الخاص المكلف بتسيير واستغلال المرفق العام بتأدية الخدمات لكل من يطلبها من الجمهور، ممن تتوافر فيهم الشروط القانونية للاستفادة منها دون التمييز بينهم على أساس الجنس أو الدين أو اللون أو اللغة أو لأي سبب مهما كان مصدره، والجدير بالإشارة إلى أن المساواة المقصودة هنا هي المساواة القانونية وليست المساواة المطلقة.

ج- مبدأ الشمولية: إنّ الخدمة الشاملة للاتصالات وفق ما جاء في نص المادة 18/08 من القانون رقم 03-2000 تأخذ بعين الاعتبار جانبين مختلفين، جانب جغرافي من خلال شمولية الخدمة لكلّ التراب الوطني حتى الأقاليم الريفية والنائية. وجانب إجتماعي من خلال إقامة أسعار معقولة ومقبولة خاصة من جانب الفئات ذات الدّخل المحدود. إذا قمنا بدراسة الوضع بالنسبة للجزائر نجدها بعيدة عن تحقيق خدمة شاملة للاتصالات في جو عادل ومتساوي، بسبب عدم تغطية العديد من المناطق الريفية بشبكات الإتصالات .

د- مبدأ التطور والتكيف: إذا كان المرفق العام يهدف إلى إشباع الحاجيات العامة للمواطنين، وكون هذه الحاجيات تتغير من زمن إلى آخر، فيجب على هذه المرافق مواكبة هذا التغير. إنّ مبدأ التطور والتكيف يفرض على الأشخاص المكلفة بتسيير واستغلال الشبكات العمومية للاتصالات تطوير منشآتهم، لتتماشى من جهة مع التطورات التكنولوجية الحاصلة والتي تستوجب تحديث دائم للشبكات، وتتماشى من جهة أخرى مع مبادئ التوصيل البيئي الدولية السارية المفعول، وكذا القواعد التي تضعها اتفاقيات وأنظمة الاتحاد الدولي للاتصالات⁽¹⁴⁾ .

4- التمييز بين الخدمة الشاملة service universel والمرفق العام service public يعرّف المرفق العام بالاعتماد على معيارين مختلفين وهما المعيار الوظيفي بحيث يتمثل في كلّ نشاط أو مشروع يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال إشباع حاجيات الجمهور، ومعيار عضوي يرتبط بوجود شخص من القانون العام يتولى استغلال وتسيير هذا المشروع بنفسه، أو يقوم بتفويضه إلى شخص آخر من القانون الخاص ليقوم بهذه المهمة تحت رقابة الشخص من القانون العام⁽¹⁵⁾ . أمّا الخدمة الشاملة فهي الخدمة الأساسية التي يمكن لأيّ شخص الوصول إليها وبسعر معقول ومقبول .

يختلف المرفق العام عن الخدمة الشاملة في العديد من الجوانب منها :

- المرفق العام مفهوم قانوني فرنسي المنشأ، بينما الخدمة الشاملة مصطلح أنجلوساكسوني حديث الظهور بالمقارنة مع الأوّل ارتبط ظهوره بتحرير قطاع الاتصالات في الولايات المتحدة الأمريكية.

- استعملت الدولة المرفق العام كوسيلة للتدخل في النشاطات التي يعجز القطاع الخاص الاستثمار فيها، لأنّها عادة ما تكون نشاطات تحتاج إلى أموال كبيرة، بينما الخدمة الشاملة تعدّ وسيلة لتكريس سياسة تحرير المرافق العمومية⁽¹⁶⁾ ، من جهة أخرى إذا كان الهدف من المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة، فإنّ الخدمة الشاملة تهدف إلى حماية حقوق المستعملين والمستهلكين من المعركة التنافسية القائمة بين المتعاملين المكلفين باستغلال هذه المرافق، وذلك من خلال فرض عليهم جملة من الإلتزامات التي تضمن حدّا أدنى من الخدمات الأساسية بأسعار مقبولة.

- يعدّ المرفق العام مفهوما ذو نطاق أوسع من الخدمة الشاملة، كونه يشمل كل نشاط تقرر السلطة العامة ضرورة ضمانه لأنه يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة، في حين يقتصر نطاق الخدمة الشاملة على النشاطات الشبكية فقط، لأنّها القطاعات التي تشهد منافسة كبيرة بين الأعوان المتدخلين فيها مقارنة مع القطاعات المرفقية الأخرى، من جهة أخرى تُعدّ الخدمة الشاملة جزء من المرفق العام، وهذا ما يظهر مثلا من نص المادة 35 L من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي⁽¹⁷⁾، عندما نصت على أنه من بين ما يتضمّن المرفق العام للاتصالات الالكترونية الخدمة الشاملة. فعلى هذا النحو يعدّ المرفق العام أوسع نطاقا من الخدمة الشاملة.

II- النظام القانوني للخدمة الشاملة للاتصالات في الجزائر

يضع قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية الجزائري مجموعة من القواعد القانونية التي تحدّد مضمون الخدمة الشاملة(1)، وتبيّن كيفية اختبار المتعامل المكلف بضمانها(2)، وأسلوب تمويلها(3)، والسلطة التي تسهر على ضمانها(4).

1-مضمون الخدمة الشاملة :حدّدت المادة 18/08 من القانون رقم 03-2000 المتعلّق بالقواعد العامة للبريد والاتصالات محتوى الخدمة الشاملة للاتصالات السلكية واللاسلكية، وأكّدت عليه المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232⁽¹⁸⁾ والذي يتمثل في:

- خدمة هاتفية ذات نوعية؛

- بث وإرسال المكالمات المستعجلة؛

- تقديم خدمات إستعلاماتية ودليل هاتفي للمشاركين في شكل مطبوع أو الكتروني⁽¹⁹⁾؛

- تزويد كامل التراب الوطني بالغرف الهاتفية المركبة على الأملاك العمومية.

غير أنّه وبسبب التطورات التكنولوجية التي يشهدها عالم الاتصالات السلكية واللاسلكية، تمّ التوسيع من محتوى الخدمة الشاملة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-310، فبالإضافة إلى الخدمات المذكورة أعلاه، يعدّ أيضا من محتوى الخدمة الشاملة للاتصالات توفير خدمات الانترنت والنفاز إلى خدمات الانترنت بسرعة دنيا قدرها 512 كيلوبيت⁽²⁰⁾.

2-كيفية اختيار المتعاملين المكلفين بضمان الخدمة الشاملة: يضمن الخدمة الشاملة للاتصالات المتعاملين الحائزين على رخصة لاستغلال و/أو إنشاء شبكات عمومية للاتصالات السلكية واللاسلكية⁽²¹⁾، أما المتعاملين الحائزين على التراخيص فهم غير معنيين بهذه الخدمة. ويتم اختيار هؤلاء المتعاملين على إثر الإعلان عن المنافسة والذي تقوم به سلطة ضبط البريد والاتصالات، ويكون الإجراء المطبق على المزايدة بالإعلان عن المنافسة موضوعيا وغير تمييزي وشفاف ويضمن المساواة بين كل المترشحين⁽²²⁾.

غير أنه في حالة ما إذا اقتضت الظروف ذلك، يمكن لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وبناء على تقرير الوزير المعني بالقطاع وبعد موافقة الحكومة، أن يعهد بأداء الخدمة الشاملة في مناطق خاصة لمعامل عمومي⁽²³⁾، فهذا يعني أنه في حالة فشل إجراء المنافسة يتم تكليف معامل عمومي بصورة مباشرة لأداء الخدمة العمومية في هذه المناطق، والجدير بالإشارة إلى أن هذه الحالة لم يتم الإشارة إليها في المرسوم التنفيذي رقم 03-232 ولا في النص المعدل له لسنة 2009، وتم استدراك الوضع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 16-188. وتتم الموافقة بمنح رخصة تقديم الخدمة الشاملة للاتصالات السلكية واللاسلكية عن طريق قرار يصدر من وزير البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

في هذا الإطار أطلقت سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية دعوة للمنافسة من أجل اختيار المتعامل أو المتعاملين الذين سيكلفون بتوفير الخدمة الشاملة للاتصالات، ولقد حدد القرار المؤرخ في 24 مارس 2015 والصادر عن وزيرة البريد والاتصالات يوم 31 مارس 2015 كتاريخ للإعلان عن الدعوة للمنافسة⁽²⁴⁾، ولقد أسفرت نتائج المنافسة عن قبول عروض ثلاث متعاملين وهم الجزائرية للاتصالات Algérie télécom، الجزائرية للاتصالات فرع الهاتف النقال Mobilis وأوبتيموم تيليكوم الجزائر Djezzy، وسوف يحمل هؤلاء المتعاملين مهمة توفير الخدمة الشاملة لحوالي 97 منطقة معزولة معظمها موجودة في الجنوب والهضاب العليا والشريط الحدودي للدولة، وذلك لفائدة 220.000 مواطن⁽²⁵⁾.

3- تمويل الخدمة الشاملة للاتصالات: إن تعويض المتعامل أو المتعاملين المكلفين بأداء الخدمة الشاملة أمر ضروري حتى يتمكنوا من الاستمرار في المنافسة، على اعتبار أن هذه الخدمة تُعدّ نشاطا غير ربحي. فالمبدأ هو تقاسم أعباء الخدمة الشاملة بين كل المتعاملين المتدخلين في قطاع الاتصالات حتى وإن لم يكلفوا بتوفيرها. بالرجوع إلى القانون الجزائري المتعلق بالمواصلات السلكية واللاسلكية نجده يكرّس أسلوبين في سبيل تمويل الخدمة الشاملة وهما:

- التمويل المحتمل للدولة المحددة مبالغه في قانون المالية؛

- المساهمات المحتملة من متعاملي المواصلات السلكية واللاسلكية، وتحدد هذه المساهمة بنسبة ثلاثة بالمائة من رقم أعمالهم⁽²⁶⁾.

بالنسبة للأسلوب الأول أي التمويل المحتمل من قبل الدولة، أسلوب يثير عدّة إشكالات، فمن جهة أولى لم يتم تحديد الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى التمويل من قبل الدولة. من جهة ثانية في الوضعية التي يكون فيها المتعامل التاريخي العمومي هو المكلف بأداء الخدمة الشاملة، فإذا قامت الدولة بتمويلها فإن ذلك قد يمس بسير المنافسة في القطاع، لأنّ مثل هذا التمويل قد يخبي تحت طياته إعانات مالية إلى جانب التعويضات المالية التي تقدمها

تحت عنوان تغطية نفقات الخدمة الشاملة، بعبارة أخرى قد تستعمل الدولة هذه الوسيلة لإخفاء مبالغ مالية تقدمها للمتعامل العمومي في شكل إعانات، وهذا ما قد يمنح له فرصة الهيمنة على السوق⁽²⁷⁾.

لهذا السبب ينبغي إعادة النظر في هذا الأسلوب المعتمد لتمويل الخدمة الشاملة، من خلال تبيان الحالات الاستثنائية التي يمكن اللجوء فيها للتمويل من قبل الدولة، بالإضافة إلى جعله طريقاً احتياطياً لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالة وجود عجز في مساهمات المتعاملين الاقتصاديين.

أما الأسلوب الثاني والمتمثل في مساهمات المتعاملين في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، فهو أسلوب يتماشى مع المحيط التنافسي للقطاع كونه يكرّس فكرة تقاسم أعباء الخدمة العامة بينهم، وهذا ما يعزّز مبدأ المساواة التي تعدّ أساس كل نشاط تنافسي والذي يستوجب عدم التمييز بين المتنافسين الاقتصاديين، سواء عند الدخول إلى السوق أو أثناء تواجدهم في السوق. والجدير بالإشارة إلى أنّ الموارد المالية المرصودة للخدمة الشاملة تدمج ضمن ميزانية سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وتوجه هذه الموارد خصيصاً لتمويل الخدمة الشاملة دون سواها.

4- دور سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية في مجال الخدمة الشاملة للاتصالات: تكريماً لمبدأ الفصل بين مهمة التنظيم والاستغلال، استحدث المشرع الجزائري بموجب نص المادة 10 من القانون رقم 03-2000 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية سلطة إدارية مستقلة، وُكّلت لها مهمة ضبط نشاط الاتصالات وترقية المنافسة فيه وضمان الخدمة الشاملة.

تتدخل سلطة ضبط البريد والاتصالات في مجال الخدمة الشاملة على مستويين مختلفين، على مستوى اختيار المتعامل أو المتعاملين المكلفين بهذه الخدمة وهذا ما يشكل إحدى عمليات الضبط القبلي (أ)، ومن ثم تقوم بمراقبة المتعامل عند أداء الخدمة من حيث مدى احترامه للالتزامات المحددة في دفتر الشروط وتسمى بالضبط البعدي (ب).

أ- الضبط القبلي: يبدأ دور سلطة الضبط في مجال الخدمة الشاملة من مرحلة تقديم رأي استشاري حول إستراتيجية تنمية الخدمة الشاملة، في إطار السياسة القطاعية التي يحددها الوزير المكلف بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁽²⁸⁾، وكذا من خلال تقديم رأيها حول دفتر الشروط المتضمن تحديد بصورة تفصيلية شروط توفير الخدمة الشاملة للاتصالات. ومن أجل اختيار المتعامل أو المتعاملين الذين يحملون التزام توفير الخدمة الشاملة، تقوم سلطة ضبط البريد والاتصالات بالإعلان عن إجراء المنافسة، وتقوم بتحديد الملف والوثائق الضرورية للمشاركة، وما على الراغبين في الدخول سوى سحب ملف الإعلان عن المنافسة من

مقر سلطة الضبط مقابل دفع تكاليف تحددها هذه الأخيرة. وتقوم بتحديد الأجل القانونية لتقديم العروض لتتولى بعض ذلك بدراسة العطاءات المقدمة من المتعاملين الحاصلين في وقت سابق عن رخص لاستغلال و/ أو إنشاء شبكات المواصلات السلكية واللاسلكية، وتفتح الأظرف في جلسة علنية بالتاريخ والمكان المحددين في الإعلان عن المنافسة، ليتم بعد ذلك الإعلان عن المترشح أو المترشحين الذين اعتبرت عروضهم الأحسن⁽²⁹⁾. وهذا تقوم سلطة الضبط بالمنح المؤقت لرخصة توفير الخدمة الشاملة على أن يتم المنح النهائي بموجب قرار يصدر عن الوزير المعني بالقطاع. والجدير بالإشارة إلى أنه في حالة فشل الدعوة إلى المنافسة لأي سبب من الأسباب، كعدم جدوى العطاءات المقدمة من المترشحين تقوم سلطة الضبط بتكليف المتعامل العمومي بضمان الخدمة الشاملة في المنطقة المعنية، وذلك بناء على تقرير وزير البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وبعد موافقة الحكومة⁽³⁰⁾.

ب- الضبط البعدي: يقع على عاتق المتعاملين المكلفين بتوفير الخدمة الشاملة احترام الالتزامات المحددة في دفتر الشروط، وتؤكد سلطة الضبط من ذلك من خلال التقارير التي يرفعها هؤلاء المتعاملين بصفة دورية، وحسب المادة 09/13 من القانون رقم 03-2000 المتضمن القواعد العامة للبريد والاتصالات: يلتزم المتعاملون بتقديم كل المعلومات الضرورية والوثائق اللازمة لكي تتمكن سلطة الضبط من ممارسة مهامها.

في حالة ثبوت إخلال المتعامل المكلف بتوفير الخدمة الشاملة لالتزاماته المحددة في دفتر الشروط، توجه له إعدارا للامتنال لها والرجوع إلى الطريق الصحيح، وتمنح له مهلة 30 يوم للقيام بذلك. وفي حالة عدم امتثال المتعامل لفحوى الإعدار تتخذ سلطة الضبط ضده وبموجب قرار مسبب إحدى العقوبتين:

- عقوبة مالية يجب أن يكون مبلغها الثابت متناسبا مع خطورة التقصير ومع المزايا المجنية من هذا التقصير أو مساويا لمبلغ الفائدة المحققة، على ألا تتجاوز 5 % من مبلغ رقم الأعمال خارج الرسوم للسنة المالية الأخيرة المختمة. ويمكن أن تصل النسبة إلى 10 % في حالة خرق نفس الواجب من جديد. وإذا لم يوجد نشاط مسبق يسمح بتحديد مبلغ العقوبة، فإنه لا يمكن أن تتجاوز العقوبة المالية 15.000.000 دج، ويصل هذا المبلغ كحد أقصى إلى 30.000.000 دج في حالة خرق نفس الواجب من جديد.

- عقوبة مالية بمبلغ أقصاه 1.000.000 دج ضد المتعاملين الذين يقدمون عمدا أو تهاونا معلومات غير دقيقة، ردا على طلب يوجه إليهم تنفيذ أحكام هذا القانون ونصوصه التطبيقية. وتطبق هذه العقوبة أيضا في حالات التأخر في تقديم معلومات أو في دفع مختلف الأتاوى والمساهمات والمكافآت مقابل الخدمات المقدمة. ويمكن، في كل الحالات، أن تفرض سلطة الضبط غرامة تهديديه لا يمكن أن تقل عن 10.000 دج أو تزيد عن 100.000 دج عن

كل يوم من التأخر. وفي حالة استمرار المتعامل في عدم الامتثال للإعذار بالرغم من العقوبات المالية المطبقة عليه، يتخذ الوزير المكلف بالقطاع وبقرار مسبب وبناء على اقتراح سلطة الضبط إحدى العقوبتين التاليتين: التعليق الكلي أو الجزئي للرخصة لمدة لا تتجاوز 30 يوم، أو التعليق المؤقت للرخصة لمدة تتراوح بين شهر إلى ثلاثة أشهر أو يتم تخفيض مدتها في حدود سنة⁽³¹⁾.

والجدير بالإشارة إلى أنّ سلطة ضبط البريد والاتصالات في إطار علاقتها بالسلطة التنفيذية وفي مجال تطوير الخدمة الشاملة، ترفع تقريرا سنويا للوزير المكلف بالقطاع يتضمن:

- مخطط متعدد السنوات لنشر الخدمة الشاملة، وبرنامج سنوي بالعمليات المسجلة بعنوان الخدمة الشاملة؛

- طلب إتمادات تكميلية عند الضرورة⁽³²⁾.

كما تعدّ سلطة الضبط تقريرا آخر كل نهاية السداسي الأول، تحدد فيه العمليات والبرامج التي تم تنفيذها بعنوان الخدمة الشاملة، كما تقدّم في ملحق لهذا التقرير الحصيلة المالية مرفوقة بتعاليق مفصّلة، ويرفع هذا التقرير إلى كل من وزير البريد والاتصالات والوزير المكلف بالمالية⁽³³⁾.

خاتمة

تعدّ الخدمة الشاملة للاتصالات نتيجة حتمية لتحرير هذا القطاع وانفتاحه على الاستثمار الخاص، وتشكّل صمام أمان من خلاله يسعى المشرع إلى حماية مستعملي هذا القطاع المرفقي بوضع إطار قانوني، يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في ظل معركة تنافسية يسعى فيها كل متعامل إلى تحقيق المصلحة الخاصة.

من جهة أخرى فإنّ الخدمة الشاملة للاتصالات في الجزائر بالرغم من حداثة التجسيد إلاّ أنها تحظى باهتمامات السلطات العامة، فتتقاسم كل من سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إلى جانب الوزارة المعنية بالقطاع إستراتيجية تنمية الخدمة الشاملة في ظل السياسة المعتمدة في القطاع، إنّ هذا الاهتمام الكبير للخدمة الشاملة والتأطير المحكم لها، إذا كان يدلّ على شيّ إنّما يعبر عن تخوف السلطة العامة الجزائرية إزاء تحرير قطاع الاتصالات وفقدان السيطرة عليه.

الهوامش:

(1) إذا كان الاحتكار الطبيعي لقطاع الاتصالات في معظم دول العالم ممنوح لمعامل عمومي فإنّ الوضع مختلف تماما في الولايات المتحدة الأمريكية التي كانت تمنح الاحتكار لمعامل خاص و هي الشركة الأمريكية للهاتف و التلغراف American telephone and Telegraph company

(2) انظر في هذه النقطة:

-LAGET- ANNMAYER Aurore, *La régulation des service publics en réseaux : télécommunications et électricité*, LGDJ, Paris, 2002, p. 31 & CHEROT Jean-Yves , *Droit public économique*, éd Economica, Paris, 2002, p.567-574

(3) قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 5 أوت 2000 يحدد القواعد العامة المطبقة على البريد و المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 48 صادر في 6 أوت 2000، معدل و متمم بموجب القانون رقم 06-24 مؤرخ في 26 ديسمبر 2006 يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج ر عدد 85 صادر في 27 ديسمبر 2006، معدل و متمم بالقانون رقم 14-10 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014 يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78 صادر في 31 ديسمبر 2014. هناك من الخبراء في مجال تكنولوجيا الاتصال من يرى بأنّ القانون رقم 03-2000 تجاوزه الزمن و لم يعد يصلح لتنظيم قطاع الاتصالات في الوقت الحالي، فحسبهم هذا القانون لا يواكب التطور التكنولوجي الحاصل في هذا المجال بدليل أنّ العديد من المواضيع المستحدثة في عالم الاتصالات يتجاهلها هذا النص القانوني، و يضيف أحد هؤلاء الخبراء أنّ الجزائر الدولة الوحيدة التي لا تملك قانون للتدفق السريع للانترنت:

انظر:

-عبد الوهاب بكروح، "قوانين الاتصالات السلكية واللاسلكية تجاوزها الزمن"، الأربعاء 28 سبتمبر 2016، www.echorokonline.dz.

(4) BERRI Noureddine, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse pour le doctorat en sciences, filière droit, faculté de droit et des sciences politiques, université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, , 2014, p 175.

(5) GUGLIELMI Gilles J., « Un service public universel? », Communication à la journée d'étude de la promotion "Doctrine/s" sur le thème "Objets et sujets universels" , lundi 30 octobre 2006, www.guglielmi.fr

(6) انظر في هذه النقطة:

CAMANI Pierre et VERDIER Fabrice, « Le service universel des communications électroniques au regard des nouveaux usages technologiques :enjeux et perspectives d'évolution », Rapport parlementaire, 17 octobre 2014, Paris , p 07-08.

(7) ARPT , « Le Service Universel des Télécommunications » , www.arpt.dz

(8) مرسوم تنفيذي رقم 03-232 مؤرخ في 24 جوان 2003، يحدّد مضمون الخدمة العامة للبريد و الاتصالات و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، ج ر عدد 39 مؤرخ في 29 جوان 2003 ، معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-310 مؤرخ في 23 سبتمبر 2009، ج ر عدد 55 مؤرخ في 27 سبتمبر 2009؛ معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 16-188 مؤرخ في 22 جوان 2016، ج ر عدد 39 مؤرخ في 29 جوان 2016.

(9) FLACHER David, « Ouverture à la concurrence et service universel : avancée ou recul du service public ? », *Regards croisés sur l'économie, (la découverte)*, n° 2, 2007, p.78

(10) قانون مغربي رقم 24-96 المؤرخ في 07 أوت 1997 ، يتعلّق بالبريد و الاتصالات ، معدل و متمم، الذي تم تنفيذه بموجب الظهير الشريف رقم 162.97.1 المؤرخ في 07 أوت 1997. www.légismaroc.ma

(11) Code des postes et des communications électroniques français, www.legisfrance.fr

(12) مازن ليليوراضي، الوجيز في القانون الإداري، www.ao-academy.org

(13) انظر المادة 32 من دستور 1996 للجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996؛ معدل و متمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25 مؤرخ في 14 أبريل 2002 ؛ و بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج

ر عدد 63 مؤرخ في 16 نوفمبر 2008 ؛ و بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14 مؤرخ في 7 مارس 2016.

(14) CHEHAIBOU Damia, « Les services publics en réseau : entre garanties de l'intérêt général et la concurrence loyale », *Revue de la jurisprudence et de droit*, 31 Octobre 2010, p 06, www.majalah.new.ma

(15) حول تعريف المرفق العام انظر :

ZOUAIMIA Rachid et ROUAULT Marie Christine, *Droit administratif*, Berti éditions, Alger, 2009, p 211-213.

(16) TOURBE Maxime, « Service public versus service universel : une controverse infondée ? », *Critique internationale*, N 24, 2004/3, p22

(17) Code des postes et des communications électroniques français, op.cit.

(18) مرسوم تنفيذي رقم 03-232 مؤرخ في 24 جوان 2003، يحدد محتوى الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، مرجع سابق.

(19) حدد القرار رقم 1425 المؤرخ في 03 نوفمبر 2004 الخصائص الضرورية لتنفيذ الدليل الهاتفي من قبل متعاملي شبكة المواصلات السلكية و اللاسلكية، www.arpt.dz.

(20) انظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 09-310 المؤرخ في 23 سبتمبر 2009، المتضمن تعديل و تميم المرسوم رقم 03-232 المتضمن تحديد محتوى الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، مرجع سابق ،

(21) المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-188 المؤرخ في 22 جوان 2016 و المعدلة للمادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232 المتضمن تحديد محتوى الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، مرجع سابق

(22) انظر المادة 32 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 5 أوت 2000، المتضمن القواعد العامة للبريد و الاتصالات، مرجع سابق، و قد صدر نص تنظيمي يبين إجراءات الإعلان عن المنافسة و هو المرسوم التنفيذي رقم 01-124 مؤرخ في 09 ماي 2001، يتضمن تحديد الإجراءات المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 27، مؤرخ في 13 ماي 2001.

(23) انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-188 المؤرخ في 22 جوان 2016 و المعدلة للمادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232 المتضمن تحديد محتوى الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، مرجع سابق

(24) قرار مؤرخ في 24 مارس 2015، يحدد تاريخ الإعلان عن المنافسة لتقديم الخدمة العامة للمواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 17 مؤرخ في 25 مارس 2015.

(25) « Service Universel des télécommunications- : Algérie télécom, Mobilis et Djazzy »

www.huffpostmaghreb.com, N 9047582, 2016/01/22 .

(26) انظر المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232 المؤرخ في 23 سبتمبر 2009، المتضمن تحديد محتوى الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، معدّل و متمم، مرجع سابق

(27) Voir BERRI Noureddine, op.cit., p 191-192

(28) انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232 المؤرخ في 23 سبتمبر 2009، المتضمن تحديد مضمون الخدمة الشاملة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، مرجع سابق.

(29) انظر المرسوم التنفيذي رقم 01-124 مؤرخ في 09 ماي 2001، يتضمن تحديد الإجراءات المطبق على المزايدة بالإعلان عن المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 27 مؤرخ في 07 ماي 2001 .

(30) المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-188 المؤرخ في 22 جوان 2016، المعدلة للمادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232 المتضمن تحديد محتوى الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، مرجع سابق.

- (31) انظر المادة 35 المعدلة و المتممة بموجب المادة 81 من القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78 مؤرخ في 31 ديسمبر 2014.
- (32) انظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 03-232، المتضمن تحديد مضمون الخدمة الشاملة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبقة عليها و كيفية تمويلها، مرجع سابق.
- (33) انظر المادة 12 من المرجع نفسه.

بين قضاء وإدارة قاضية: الاختصاص التنازعي للسلطات الإدارية المستقلة*

MEZARI Sabrina, M A "B",
Département de Droit Public,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

مزاري صبرينة، أستاذة مساعدة "ب"،
قسم القانون العام،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

جسد تكريس الوظيفة التنازعية للسلطات الإدارية المستقلة رؤيا تجديدية لمفهوم الإدارة الفاعلة، فالانتقال من دولة الرفاهية إلى الدولة الضابطة أفرز تحوُّلاً نحو نموذج تفاوضي تعاقدية في القطاعات الاقتصادية، بيد أن مزاحمة القاضي في مجال اختصاصه الأصيل من سلطة زجر إلى تسوية النزاعات أضفى بنوع من المقاربة بين القضاء والإدارة ممثلة في السلطات الإدارية المستقلة، ذلك ما اقتضى التساؤل حول طبيعة الاختصاص المخوّل وإعادة النظر في التمييز التقليدي للمفهومين فكلاهما يستحوز على عاملي الوظيفة التنازعية: وجود نزاع و تقديم حل مؤسس على قاعدة قانونية، إلا أن حدود استقلالية سلطات الضبط وقوة قراراتها تحول مانعا لترسيخ التماثل، فما المقاربة في حقيقتها إلا خيالية يعكس فيها جوهر الوظيفة التنازعية أبعاداً تمسّ الجانب القضائي عنه الإداري.

الكلمات المفتاحية:

الوظيفة، الاختصاص، التنازع، القمع، التحكيم، تسوية النزاعات، القرار الإداري، الإدارة، القضاء.

Between court and judicial administration: the contentious jurisdiction for the independent administrative authorities

Abstract:

The consecration of the contentious function independent administrative authorities for an innovative vision of the concept of the active administration, the transition of the interventionist state to state control has led to a change in contractual negotiator- model in economic sectors.

However, to compete with the judge in his own jurisdiction inherent repression or dispute resolution gave an administration approach - jurisdiction, which has led to questions about their nature and on this occasion to revisit the classical distinction between the two concepts repeat the two elements of the contentious function: the existence of a dispute and a solution provided a legal basis, but the limits of their independence and the authority vested in their decisions prohibit a real assimilation, the approach does is actually a fiction reflection "contentious function" that affects the judicial than administrative panel.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 15/04/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 28/04/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 12/06/2017.

Keywords :

Function, litigation, jurisdiction, law enforcement, arbitration, dispute resolution, administrative decision, administration, jurisdiction.

Entre juridiction et administration judiciaire : la compétence contentieuse des autorités administratives indépendantes

Résumé :

La consécration de la fonction contentieuse des autorités administratives indépendantes est une vision novatrice du concept de l'administration active. La transition de l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur a entraîné un changement vers un modèle négociateur- contractuel, dans les secteurs économiques.

Cependant, concurrencer le juge, par les autorités de régulation, dans son propre domaine de compétence de répression ou règlement des différends a contribué au rapprochement entre administration et juridiction, c'est ce qui a conduit à s'interroger sur la nature de telles compétences et de s'intéresser de nouveau à la distinction classique des deux concepts qui reprennent les deux éléments de la fonction contentieuse : l'existence d'un litige et une solution apportée sur une base juridique. Cependant, la limitation de l'indépendance des AAI limite également leur assimilation à une juridiction.

Mots clés :

Fonction, contentieux, compétence, répression, arbitrage, règlement des différends, décision administrative, administration, juridiction.

مقدمة

أثبتت السياسة المنتهجة من طرف الدولة الجزائرية في تنظيم القطاع الاقتصادي فشلها إثر الانخفاض المحبط للعائدات النفطية عام 1986 في خضمها شهدت حركة إصلاح شاملة، فتحديات العولمة فرضت إعادة النظر في وظائف الدولة وعلاقتها بالاقتصاد، بانتقالها من الاحتكار العمومي إلى منافسة حرة الذي عزز بتحوّل وظيفة الدولة من متدخلة إلى ضابطة، فكان في جملة التحولات بروز نموذج مؤسساتي اقتصادي جديد على الساحة التشريعية الوطنية، إتمها "السلطات الإدارية المستقلة".

قصد تحقيق أهداف الضبط الاقتصادي، خوّل المشرع لجّل هذه السلطات اختصاصات متعددة رقابية واستشارية، تنظيمية وعقابية وأخرى في تسوية النزاعات لطالما كانت صلاحيات موزعة بانتظام بين السلطات التقليدية للدولة. ظاهريا يبدو أنّ تكريس الاختصاص التنافسي لهيئات يعدّ من قبيل التوجه الزاحف نحو التجريد المستمر لسلطات القاضي في المجال الاقتصادي، فلا ريب أنّ تخويلها باختصاص قمعي أو تسوية النزاعات يهزّ المبدأ التقليدي القاضي باستئثار القضاء في المجال، نتساءل حينها عن مقدار قوام المقاربة قضاء. إدارة من خلال تكريس الاختصاص؟ بتعبير آخر هل في مزاحمة القاضي اعتبار السلطات الإدارية المستقلة أجهزة قضائية أم أنّ فكرة التنافس قد أخذت على مفهومها الضيق بإعادة النظر فيها وإمكانية تخويلها لهيئات أخرى غير القضاء؟

في هذه الورقة البحثية سنحاول التدقيق في حقيقة الاختصاص وإعطاء مكانة واضحة للسلطات الإدارية المستقلة في إطار فهم أصحّ للتصور تفعيلاً للقواعد الضابطة للسوق، من

خلال إبراز خصوصية كل من السلطة القمعية (المبحث الأول) وتسوية النزاعات (المبحث الثاني) المخوّلة للسلطات الإدارية المستقلة.

المبحث الأول: الاختصاص القمي للسلطات الإدارية المستقلة: اختصاص من نوع مغاير يفرض مبدأ الفصل بين السلطات في مضمونه توزيع المهام بين الوظائف الثلاثة للدولة، إلا أنّ تحويل اختصاصات قضائية لهيئات إدارية على نموذج سلطات الضبط أعاد النظر في الفكر التقليدي الراسخ، أمام غياب تكييف قانوني لطبيعة سلطة القمع المخوّلة، تعيّن الأمر إسقاطها في عدّة مقاربات من اتجاه نحو نفي قضائيتها (المطلب الأول) و تسليم على اعتبارها إدارة بوظيفة تنازعية (المطلب الثاني). لتشكل بذلك اختصاصًا من نوع مغاير.

المطلب الأول: نحو نفي قضائية السلطات الإدارية المستقلة

تشكل السلطات الإدارية المستقلة نموذجًا منفردًا من نوعه يجمع مفاهيم لطالما كانت متناقضة، إلا أنّ الوظيفة القمعية تعدّ من أبرزها، فالتحويل المستمر لاختصاص القاضي الجزائي لصالح هيئات إدارية أثار نقاط شك حول إمكانية اعتبارها أجهزة قضائية، لإزالة كل الغموض لأبد من اتجاه نحو نفي قضائيتها بإسقاط المعيار العضوي (الفرع الأول) والموضوعي (الفرع الثاني) المميّز للمفهوم القضائي.

الفرع الأول: إسقاط المعيار العضوي لمفهوم القضاء

يرتكز المعيار العضوي للمفهوم القضائي على طبيعة الهيئة، فالجهاز يميّز بجملة من السمات المكرّسة أساسا في طابعه السلطوي (أولا) واستقلالته عن باقي السلطات (ثانيا)، في تركيبته المتضمّنة قضاة مؤهلين (ثالثا) وكذا في تأطيره الإجرائي (رابعا) نتساءل عن مدى توافرها لدى السلطات الإدارية المستقلة؟

أولا/ طابع سلطوي من نوع خاص: يقصد بالسلطة ولاية الأمر والنهي، امتياز قانوني يُمنح لهيئة ما بممارسة الرقابة على الآخرين وإحداث آثار قانونية⁽¹⁾، لقد تنوّعت التسميات التي أطلقها المشرع الجزائري على السلطات الإدارية المستقلة إلا أنّ جُلّ النصوص القانونية متّفقة على منحها الطابع السلطوي، وفي معناها صلاحية اتخاذ قراراتها بالإرادة المنفردة⁽²⁾.

إنّ سلطة اتخاذ القرار لا تنحصر على تجريد السلطة التنفيذية من اختصاصاتها وإنّما تتعدّها إلى القضائية، رغم ذلك فإنّ الفقه متّفق على عدم اعتبارها سلطة رابعة، فهي لا تعدو وسيلة للتأثير بإظهار طبيعتها الخاصة⁽³⁾.

ثانيا/ استقلالية مضمونة خياليا: تعدّ الاستقلالية إحدى أهم السمات البارزة و الخاصة لسلطات الضبط، فهي بمثابة استثناء لقاعدة تبعية الإدارة للسلطة التنفيذية وقد أكد غالبية الفقه أنّها الوضعية التي تجعل هيئات الضبط غير خاضعة لا لرقابة سلمية أو وصائية⁽⁴⁾

"السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون" هو ما نص عليه الدستور الجزائري بموجب المادة 138 من الدستور.

لقد كرّس المشرع الجزائري الطابع الاستقلالي لسلطات الضبط في أغلب النصوص القانونية المنشئة لها إلا أنه في مواضع أخرى لاحظنا الإحجام عنها، هو حال مجلس النقد والقرض، اللجنة المصرفية⁽⁵⁾ ولجنة الإشراف على التأمينات⁽⁶⁾، في ذلك لنا التساؤل: هل تقييم الاستقلالية مرهون باعتراف وتكريس تشريعي صريح؟ وحتى وإن سلمنا بذلك فإنّ المسألة تتعلق بفكرة التبعية أكثر منها استقلالية حسب اعتقاد بعض الفقه⁽⁷⁾.

بتسليط الضوء على أبرز السلطات الإدارية المستقلة تمتعًا باختصاص قمعي على مثال مجلس المنافسة، اللجنة المصرفية، لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، لجنة الإشراف على التأمينات، بالرغم من تعدد مراكز اقتراح أعضائها تبقى سلطة التعيين محتكرة من طرف رئيس الجمهورية، وما يزيد الأمر تبعية تواجد ممثل عن السلطة التنفيذية في تشكيلتها، تتجسد تبعية الهيئات أيضا في عدم استقلالها المالي إذ تكون أغلبها في تبعية دائمة لميزانية الدولة، كما نلمس تقييدها في تعدي الهيئات التنفيذية على قراراتها، كحال تدخل الحكومة للترخيص بعمليات التجميع.

ثالثا/تركيبية قضائية محتشمة: باستقراء النصوص القانونية المنشئة لسلطات الضبط، يمكن استخلاص التركيبة المحتشمة للقضاة فيها، فمن أصل 5 أعضاء قضاة في الغرفة التأديبية و التحكيمية للجنة تنظيم عمليات البورصة لا يتم فيها إشراك سوى قاضيين، أما اللجنة الأم فلا تحوي إلا قاض واحد من أصل 7 أعضاء⁽⁸⁾، لجنة الإشراف على التأمينات بدورها تعدّ قاضيين من خمسة أعضائها⁽⁹⁾، أما اللجنة المصرفية فتضمّ قاضيين من أصل ثمانية أعضاء⁽¹⁰⁾.

إلا أنّ كل التغيير يُستشفّ من التركيبة العضوية المعدّلة لمجلس المنافسة بموجب القانون رقم 12-08 المعدّل لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، بإلغاء التركيبة القضائية نهائيا⁽¹¹⁾، في ذلك لنا التساؤل عن غاية التجريد القضائي؟ هل في التغيير تأكيد على الطابع الإداري للمجلس أم لاعتبارات يفرضها عالم الأعمال؟ إنّ التجريد لا يمكن أن يخدم المجلس، إذ يكون بحاجة ماسّة إلى قضاة في تركيبته وبذلك استقطاب مختلف الضمانات الأساسية المكرّسة لمحاكمة عادلة أمام القضاء.

رابعا/تأطير إجرائي متقارب: تفترض فعالية القواعد الإجرائية تطبيقًا ملموسًا على جميع الممارسات ذات الصبغة العقابية، وقد بدأت تكتسي نظام القمع الإداري المخوّل للهيئات الإدارية المستقلة⁽¹²⁾، ما يجعلها تقترب بجهاز القضاء.

تتجلى أهمّ الضمانات في احترام مقتضيات حقوق الدفاع، علنية الجلسات، تسبيب القرارات، فأغلب النصوص القانونية المنظمة للسلطات تراعي احترامها، إلا أن تجسيدها يكون بصفة متباينة.

الفرع الثاني: إسقاط المعيار الموضوعي لمفهوم القضاء

ترتكز الطبيعة القضائية لهيئة ما على صلاحياتها المادية والوظيفية، فالجزم بعدم منح سلطات الضبط الطابع القضائي لا يحل مسألة الطبيعة القضائية أو غير القضائية لنشاطاتها أو بالأحرى لقراراتها⁽¹³⁾.

اتجاه آخر بدأ في الظهور يجعل فكرة القضاء مرنة يرتكز على الجانب الوظيفي لتكييفها، فطبقاً للمعيار الموضوعي يطلق مصطلح "قضاء" على كل هيئة مكلفة بحل نزاع بإصدار قرار كجزاء على الانتهاك الوارد.

من هذا المنطلق أقرّ مجلس الدولة الفرنسي موقفه الموضوعي في قضية Gestion GSD بأن السلطة العقابية لAMF تعتبر هيئة قضائية بالنظر لطبيعتها، تركيبها وصلاحيتها⁽¹⁴⁾. إن الاستدلال بالطابع الوظيفي لقياس مدى قضائية سلطات الضبط يطرح إشكالات عدّة بالنظر لمرونة فكرة الضبط التي أمكنها استيعاب فكرة القمع الإداري الأمر الذي يستدعي تشخيصاً لوظيفة العقاب.

أولاً/سلطة العقاب كوظيفة ضبطية أساسية: تنصبّ سلطة العقاب ضمن وظيفة أشمل هي "الضبط"، إذ تقتضي فعالية هذه الأخيرة تجميع صلاحيات عدّة، فتندرج في عملية مندمجة تجسّد ذلك التدخل السابق واللاحق لمهمة الضابط وهو ما أكدّ عليه مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁵⁾.

ثانياً/سلطة العقاب كوظيفة بوليس إداري: تندرج السلطة القمعية المخوّلة في إطار الممارسة النوعية لامتيازات السلطة العامة وقد أشار المجلس الدستوري الفرنسي إلى الفكرة في قراره رقم 260-89⁽¹⁶⁾ كما أكدّ عليه الأستاذ "زوايمية رشيد" في مجال المنافسة⁽¹⁷⁾، فغاية العقاب المحافظة على النظام هو "النظام العام الاقتصادي".

المطلب الثاني: السلطات الإدارية المستقلة: إدارة بوظيفة تنازعية

إذا كان الاستئناس بمعايير عضوية وموضوعية لتحديد مفهوم القضاء أدّى إلى مقارنة خيالية بين الجهتين، فإنّ إقرار الطابع الإداري لهيئات الضبط من شأنه دفع كل تأويل حول قضائيتها (الفرع الأول) كما أنّ مرونة الوظيفة القمعية من شأنها إبراز التميّز (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إقرار الطابع الإداري للسلطات

تتأكد الخاصية الإدارية من خلال اعتراف المشرع بها في النصوص القانونية المنشئة لسلطات الضبط (أولاً) أو بإقرار قضائي في حالات أخرى (ثانياً).

أولاً/ الاعتراف التشريعي بالطابع الإداري: إنّ في تخويل سلطات الضبط صلاحيات قضائية ما جعلها موضع شكّ حول حقيقة إدارتها، ليأتي الاعتراف التشريعي الصريح بالطابع الإداري كحدّ فاصل لكل شكّ، يظهر ذلك جلياً باستقراء بعض النصوص القانونية أين نلمس تردّد موقف المشرع في منح الخاصية لكل السلطات، أوّل سلطة كيّفت صراحة بالإدارية هو المجلس الأعلى للإعلام بموجب المادة 59 الفقرة الأولى من القانون 07-90⁽¹⁸⁾، كما اعترف لسلطات أخرى موالية بالخاصية الإدارية على مثال مجلس المنافسة، سلطة ضبط المياه، سلطتا ضبط قطاع الإعلام،... إلخ

ثانياً/ الإقرار القضائي بالطابع الإداري: في ظلّ غياب تكييف صريح بالطابع الإداري، كان لفقهاء المجلس الدستوري الفرنسي تأكيد الصفة في حكمه الصادر في 23 جانفي 1987 أنّ "مجلس المنافسة هو هيئة إدارية و هو مدعو للقيام بدور هام في تطبيق قواعد قانون المنافسة"⁽¹⁹⁾.

في الجزائر أثارت مسألة الطبيعة القانونية للجنة المصرفية جدلاً بين أوساط الفقه بين من اعتبرها هيئة قضائية⁽²⁰⁾، أو هيئة إدارية كما هو الحال بالنسبة لموقف الأستاذ "زوايمية رشيد"⁽²¹⁾ وقد جاء إقرار مجلس الدولة بإدارية اللجنة المصرفية في قضية يونين بنك ضدّ محافظ بنك الجزائر في قراره الصادر في 08 ماي 2000⁽²²⁾.

الفرع الثاني: نحو تأكيد خصوصية الوظيفة القمعية

تتأكد خصوصية الوظيفة القمعية في المجال الضبطي في طبيعة القرار الذي يتخذ هيئة قرار إداري (أولاً) في التحديد المرن للمخالفة (ثانياً) وفي التقييد النوعي للعقوبة المقررة (ثالثاً).
أولاً/ في إدارية القرار العقابي: تشترك فكرة السلطة القمعية مع القرارات الإدارية بإدراجها في إطار امتيازات السلطة العامة، في هذا الصدد لنا قياس إمكانية إسناد الإجراء القمعي إلى فكرة القرار الإداري :

— تتجسّد أولى خصائص القرار الإداري أنّ يُتخذ من جانب واحد هي الإدارة كذلك القرار العقابي الذي تتّخذ السلطة الإدارية المستقلّة.

— يكون القرار الإداري موجّهاً لشخص بذاته، في ذلك يلتقي مع القرار القمعي إذ يصدر في مواجهة أشخاص محددين ولو كان للعقوبة طابع جماعي.

— تتمتع القرارات الإدارية بقريئة الشرعية وبالتبعية يكون لها امتياز التنفيذ الفوري، فيكون للقرار حجّة الأمر المقرّر دون المقضي فيه⁽²³⁾، من هنا يبرز تميّز القرار القمعي الضبطي الذي لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً.

ثانيا/ في مرونة المخالفات: تعدّ العقوبة المظهر السلبي للرقابة المفروضة في المجال الضبطي، إذ لا يتم توقيعها إلا بعد التحقق من وجود مخالفة، إلا أنّ التحديد المرن للمخالفات هو ما يميّزها.

يكون الفعل المادي ركنا في المخالفة الإدارية سواء كانت هنالك علاقة سابقة بين السلطة الإدارية والمعني بالعقوبة أم لا، ففي المجال المصرفي يكون محلا للعقوبة كل إخلال بقواعد حسن سير المهنة أو عدم احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية أو عدم الأخذ بعين الاعتبار أوامرها وتحذيراتها، كذلك الحال في المجال البورصي، الاتصال، الطاقة، الاعلام.. إلخ فيلاحظ نوع من المرونة في تحديد الركن المادي.

هكذا يغلب الاعتماد على مجرد الخطأ البسيط لقيام المخالفة الضبطية، مع ذلك نجد مجالات أخرى تفتح الباب لفكرة الخطأ، كحالة التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، حيث تنص المادة 7 من الأمر رقم 03-03 " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد..." إلى جانب حالة العود التي تؤكد نيّة المتعامل السيئة في مجال الطاقة⁽²⁴⁾.

ثالثا/ في تقييد نوعية العقوبات: تتجلى خصوصية الجزاءات في التقييد النوعي لها والتي تعبر عن الحدود الفاصلة بين سلطي القاضي والإدارة، باقتصارها على المالية والسالبة للحقوق فحسب فالعقوبة المالية تمسّ ذمّة الشخص المقصر الذي يدفع مبلغا للخزينة العامة، وقد اعتمدت هيئات الضبط على معايير عدّة في تقييمها كمعيار رقم الأعمال في مجال المنافسة أو الغرامة المحددة في مجال البورصة، إضافة إلى حالات نشر قراراتها.

أما العقوبات غير المالية فهي التي تلحق شخص المخالف أو نشاطه، و تتراوح ما بين الإنذار، التوبيخ أو المنع من ممارسة النشاط بصفة نهائية أو مؤقتة، ويعدّ سحب الاعتماد أخطر أنواعها.

هكذا يكون لسلطات الضبط هامشاً واسعاً في تقدير العقوبات، بعد الدعوة لإعادة التوازن، هو تدرجٌ في العقاب يستجيب لمقتضيات الضبط الاقتصادي.

بإسقاط المعيار العضوي والموضوعي، تأكّد نفي الطابع القضائي للهيئات، وبتحليل خصوصية الوظيفة القمعية لا يمكن إلا التسليم على أنّها تنازعية في شقّها القمعي.

المبحث الثاني: الاختصاص في تسوية النزاعات

تعدّ وظيفة تسوية النزاعات المخوّلة لبعض من هيئات الضبط من بين انعكاسات انفتاح النشاط الضبطي على المنافسة، مستجيبةً بذلك لمقتضيات الحياة الاقتصادية، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة التحديد الدقيق لمعالم قيامها (المطلب الأول) وما يقتضي من جانب آخر

الوقوف على حقيقة الاختصاص الجزائي الوارد تحت اصطلاح "الاختصاص التحكيمي" (المطلب الثاني).

المطلب الأول: معالم الاختصاص في تسوية النزاعات

تحدّد وظيفة تسوية النزاعات بالتحديد الدقيق لبوادر قيامها، بوجود نزاع كنقطة انطلاق الصلاحية (الفرع الأول)، في إطار عملية تنظيمية متعلّقة بالدخول (الفرع الثاني)، من خلال إصدار قرارات إدارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وجود نزاع

يشكّل وجود النزاع الوجه المقابل لعدم الاتفاق الذي يأخذ صورتان متواليتان: وجود مفاوضات ثم فشلها.

التفاوض عملية تسمح لأطرافها تبادل وجهات النظر ومناقشة اقتراحاتهم، فيكون على سلطات الضبط التحقّق من قيامها وهو ما أكده التشريع الفرنسي⁽²⁵⁾، باستقراء النصوص القانونية الوطنية لا نجدها تؤكّد عليه بالمقابل وبالرجوع إلى مختلف القرارات الصادرة عن سلطة ضبط ARPT نجدها تأخذ بالمبدأ.

لا يقف الحدّ عند وجود التفاوض لقيام الاختصاص، بل لا بد من فشل العملية فقد يُعبّر عنها عن طريق الرفض للاقتراحات المقدمة، فمفهوم الرفض واسع الدلالة يشكّل أي سلوك غير نزيه من المتعامل أو عدم الرد في الأجل المعنية إحدى صورته⁽²⁶⁾.

الفرع الثاني: محل النزاع

يتعدى حلّ النزاع مجرد التسوية إلى إعادة هيكلة النظام، فهو إجراء تنظيمي يهدف إلى إرشاد التوازنات الكبرى الذي يتّخذ في الأساس شكل عقد يتعلّق مضمونه بمفهوم الدخول، من خلاله يتم إعادة التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين⁽²⁷⁾. تقتضي فكرة النزاع بالمقابل التدقيق في محل الاختصاص، فالخلاف يتعلّق بمفهوم "الدخول"، ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يورد تعريفاً مختصراً لمفهوم الدخول على خلاف نظيره الفرنسي في مجال الاتصالات الالكترونية⁽²⁸⁾.

هكذا تعكس وظيفة تسوية النزاعات انفتاحاً جديداً للسياسة الضبطية، فيشكّل بذلك الدخول محور وظيفة تسوية النزاعات في إطار ترشيد عقد، ذلك ما يقتضي تدخل الضابط بصفته ضامناً لفعالية، لحياد، لعدالة دخول الغير إلى القطاع⁽²⁹⁾.

الفرع الثالث: القرار الفاصل في النزاع: إسناد وتأكيّد إداري

تتقرّر طبيعة القرار الفاصل في النزاع في حتمية إسناده إلى فكرة القرارات الإدارية فقد أكّد المجلس الدستوري الفرنسي الطابع الإداري للقرار عند إخطاره حول القانون المنشئ لسلطة ضبط الاتصالات الالكترونية⁽³⁰⁾، فالقرار الفاصل تعبير عن السلطة من جانب واحد هي

الإدارة" ويخاطب أشخاصاً محدّدين بذواتهم، كما يتمتّع بامتياز الأسبقية منذ صدوره، ذلك ما يجعله في مصفّ القرارات الإدارية.

بالمقابل فإنّ استخلاص محتوى القرار غير هيّن، ويعود ذلك إلى سكوت النصوص القانونية من جهة، إلى قلّة القرارات الصادرة من جهة أخرى، إلّا أنّ قراءة تحليلية للقرارات الصادرة عن سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الفاصلة في النزاعات⁽³¹⁾ تُيسّر لنا استخلاص محتواها فهي قرارات في هيئة إلزامية تصحيحية وقائية، إنّها أوامر تهدف إلى إعادة التوازنات الكبرى، إنّها غاية السياسة الضبطية.

المطلب الثاني: عن حقيقة الاختصاص "التحكيبي"

إذا كانت وظيفة تسوية النزاعات المخوّلة لسلطات الضبط تعدّ من مسلمات اللجوء إلى الطرق البديلة، ذلك ما يقتضي التقصي عن حقيقة الاختصاص الجزائي الوارد تحت اصطلاح "التحكيبي" (الفرع الأول)، هل فعلا يكتسي مظاهر التحكيم التقليدي أم الأمر يتعدّى الاحتكام إلى هيئة متخصصة تمزج بين مزايا التحكيم وفق قواعد القانون ومقتضيات الإنصاف؟ (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تحكيم دون مبادئ التحكيم؟

يعرّف التحكيم أنّه اتفاق يلتزم فيه الأطراف بطرح نزاعهم على مُحكّم أو أكثر⁽³²⁾ في ذلك نتساءل عن مدى مطابقة التحكيم الضبطي لأصول التحكيم التقليدي؟
يسمح التحكيم بالاحتكام بشخص محايد الذي يظهر في صورة "الاتفاق على التحكيم" ويأخذ صورة شرط أو مشاركة التحكيم، بإسقاط الخاصية الأولى نجد أنّ المشرع لم يستوجبهما، إذ يمكن للمتعاين إخطار سلطة الضبط بصفة انفرادية.⁽³³⁾
يمتدّ مبدأ سلطان الإرادة إلى اختيار المحكّم، خلافاً لهيئات الضبط التي تشهد تعييناً مسبقاً للمحكّم بإقرار غرف تحكيمية متخصصة تتّسم بالديمومة، على مثال الغرفة التحكيمية والتأديبية لدى COSOB و الغرفة التحكيمية لدى CREG.

من جهة كرّس المشرع لبعض منها تحكيمياً ذاتياً إذ يعود لمجلسها ممارسته، هو حال سلطة ضبط الاتصالات ARPT، وكذا سلطة ضبط السمعي البصري ARA⁽³⁴⁾
إنّ كل التميّز يكمن في القرار التحكيبي الضبطي الصادر من خلال الطابع الإجرائي المنظّم سلفاً أو امتياز الأسبقية الذي يتمتّع به، ما يجعله لا يخرج عن طائفة القرارات الإدارية.

هكذا فالتحكيم الضبطي متميّز في قواعده عن التحكيم التقليدي باستبعاد الإجراء الاتفاقي، المسبق للمحكّم والإجراءات المتبعة، يكون تحكيماً خاصاً مستجيباً لفكرة الضبط الاقتصادي⁽³⁵⁾.

الفرع الثاني: الاختصاص التحكيمي: بعد وحدود

لظالما كانت مهمة الضابط مميّزة عن وظيفة القاضي، إذ يكون للممارسة التحكيمية أبعاداً ضبطية بارزة (ثانياً) في إطار تطبيق محدود للاختصاص (أولاً).
أولاً/ حدود الاختصاص التحكيمي: تتجلى الحدود المفروضة على الاختصاص في موضوع(1) وأطراف النزاع(2).

1/ في موضوع النزاع: تحديد واستبعاد

تتباين رؤيا المشرع حول تقييد موضوع النزاع بين تحديده الحصري أو العام هو حال الغرفة التحكيمية لدى COSOB، حيث تنص المادة 52/ الفقرة الأولى " تكون الغرفة المذكورة أعلاه مختصة في المجال التحكيمي لدراسة أي نزاع تقني ناتج عن تفسير القوانين واللوائح السارية على سير البورصة..."، أما سلطة ARPT فتتنص المادة 7/13 و8 بالنص " تتولى سلطة الضبط المهام الآتية:.....

- الفصل في النزاعات فيما يتعلّق بالتوصيل البيئي.

- التحكيم في النزاعات القائمة بين المتعاملين أو مع المستعملين"

كما أضاف القرار رقم 08-02 طائفة أخرى والمتعلقة بتقاسم منشآت المواصلات السلوكية واللاسلكية، أما سلطة ضبط السمي البصري فقد حُدّد النزاع الخاضع لتحكيم السلطة ويخصّ جل النزاعات الناشئة بين المستغلّين لخدمة الاتصال السمي البصري فيما بينهم أو مع المستعملين⁽³⁶⁾، من جانب آخر اعتمد المشرع معيار استبعاد الفئات الخارجة عن مجال اختصاص الغرفة التحكيمية هو حال لجنة ضبط الكهرباء والغاز حيث تنص المادة 133 " تؤسّس لدى لجنة الضبط مصلحة تدعى " غرفة التحكيم" ... باستثناء الخلافات المتعلقة بالحقوق والواجبات التعاقدية".

2/ في أطراف النزاع: توسيع وتضييق

تمتدّ محدودية الوظيفة التحكيمية إلى أطراف العلاقة التحكيمية التي تعرف تأرجحاً تشريعياً بين تضييق لها هو حال الغرف التحكيمية المتخصصة، فالغرفة التحكيمية لدى CREG قيّد اختصاصها في النزاعات الناشئة بين المتعاملين فقط بموجب أحكام المادة 133 من القانون رقم 01-02، أما في المجال البورصي فأطراف النزاع وفق نص المادة 2/52 هم: الوسطاء في عمليات البورصة، الوسطاء في عمليات البورصة و شركة إدارة بورصة القيم، الوسطاء في

عمليات البورصة و الشركات المصدرة للأسهم، الوسطاء في عمليات البورصة و الأمرين بالسحب في البورصة.

من جانب آخر فإن أطراف العلاقة التحكيمية تعرف توسيعاً في مجال الاتصالات الشبكية والإعلام السمعي البصري إلى المتعاملين أو المستغلين و كذا المستعملين⁽³⁷⁾.
ثانياً/أبعاد الاختصاص التحكيمي: عرف الاختصاص التحكيمي الضبطي طابعاً مستهجناً في ظلّ فكر تقليدي محدود مزاحم لاختصاص القاضي، إلا أنّ أبعاد مفهوم الضبط الاقتصادي قد ساهمت في تلاشي كل الأفكار الوهمية، فالوظيفة تندرج في إطار عملية تنظيمية. ضبطية رامية إلى تأطير تنافسي مستمر للقطاع المعني، هو تميّز للإختصاص يفرغ محتواه في مبدأ يعدّ عماد فكرة الضبط هو "مبدأ الإنصاف" le principe d'équité الذي يسمح بترشيد وضعيات غير طبيعية ناتجة عن تطبيق القاعدة العامة من خلال تبني حلول واقعية. غائية⁽³⁸⁾، فتشكّل بذلك الوظيفة ضبطاً قانونياً متطوراً و مستمراً.

باستقراء مختلف النصوص القانونية الضبطية المؤطرة للاختصاص، فإنّ النص الوحيد الذي يجسّد إعمال المبدأ في إطاره العام هو القانون رقم 03-2000 في المادة 13/ الفقرة الأولى "تتولى سلطة الضبط المهام الآتية: السهر على وجود منافسة فعلية ومشروعة في سوقي البريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية باتخاذ كل التدابير الضرورية لترقية أو استعادة المنافسة في هاتين السوقين".

هكذا نستخلص أنّ التحكيم الضبطي من نوع خاص جامع بين التحكيم وفق قواعد القانون ومقتضيات الإنصاف ما يجعل وظيفة الضابط بمثابة فقه في المجال.

خاتمة

هكذا تعدّ "السلطات الإدارية المستقلة" استجابة قانونية لسياق اقتصادي ليبرالي، كان في تكريس الاختصاص التنازعي الفضل في الكشف عن حقيقة طبيعتها بتحويل الاختصاص الذي يهزّ المبدأ التقليدي القاضي باستئثار القضاء في مجال الردع و تسوية النزاعات، توجّه زاحف نحو مزاحمة القاضي في مجال اختصاصه الاستثنائي هو ما كان شائعاً لدى جانب كبير من الفقه، إلا أنّ الورقة البحثية سمحت باستعراض حقيقة الوظيفة بتحويل سلطتي العقاب و تسوية النزاعات في إطار الوظيفة التنازعية التي يمكن منحها لهيئات أخرى غير القضاء منها الإدارة على مثال السلطات الإدارية المستقلة دون التحلل من إداريتها، فبميلاد سلطات الضبط إننا نشهد ميلاد منازعة دون قضاء.

الهوامش

(1) ديباش سهيلة، مجلس الدولة و مجلس المنافسة، الجزء الأول، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص. 186.

(2) حول تأكيد الطابع السلطوي للهيئات الادارية المستقلة :
ZOUAIMIA Rachid, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, Edition Belkeise, Alger, 2012, P. 23. Dans le même contexte, l'auteur confirme le caractère d'autorité pour la commission de supervision des assurances « la commission est d'abord une autorité, cela signifie qu'il ne s'agit pas d'un organe consultatif. .. », Voir, ZOUAIMAI Rachid, « Le statut juridique de la commission de supervision des assurances », *Revue Idara*, n °31, 2006, p. 11.

(3) راجع في ذلك:

آيت وزو زينة، "دراسة نقدية في سلطات الضبط المستقلة: في شرعية سلطات الضبط المستقلة"، أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي و المالي، كلية الحقوق، جامعة بجاية، يومي 23-24 ماي 2007، ص. 35.

(4) حول تحديد فكرة استقلالية السلطات الإدارية المستقلة راجع :

ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, Edition Houma, Alger, 2005, p. 21 ; voir également, ECHERT Gabriel, KOVAR Jean- Philippe, « Indépendance des A.A.I », *R F A P*, n°143, 2012, P.622 ; voir aussi, CHARBEL Aoun, *L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep)*, thèse pour le doctorat en droit, université de Cergy-pontoise, France, 2006, p.15.

(5) راجع على التوالي: المواد 58، 59، 105 من الأمر 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ج.ج.ج. عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدّل و متمّم بموجب الأمر رقم 01.09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ج.ج.ج. عدد 44، الصادر في 26 جويلية 2009، المعدّل والمتّم بموجب الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ج.ج.ج. عدد 50، الصادر في أول سبتمبر 2010، متمّم بالقانون رقم 08.13 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ج.ج.ج. عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013.

(6) راجع المادة 209 المعدلة من الأمر 07-95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ج.ج.ج. عدد 13، الصادر في 08 مارس 1995، المعدّل والمتّم بموجب القانون رقم 04.06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ج.ج.ج. عدد 15، الصادر في 12 مارس 2006، المتّم بالأمر رقم 01-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ج.ج.ج. عدد 49، صادر في 29 أوت 2010، المعدّل والمتّم بموجب القانون رقم 08.13 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ج.ج.ج. عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013.

(7) تدقيقا حول المسألة أكدت الأستاذة (P) QUILICHINI :

« *L'indépendance des autorités de régulation n'est pas totale puisque le parlement et le gouvernement peuvent à tout moment modifier leur pouvoir. ..ou remettre en cause leur existence. .. ces autorités relèvent davantage du principe d'autonomie que de celui d'indépendance* », QUILICHINI Paule, « Réguler n'est pas juger : réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, Edition Dalloz, paris, 2004, p. 1073.

(8) راجع المواد 22، 51 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 مؤرخ في 23 ماي 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ج.ج.ج. عدد 34، صادر في 23 ماي 1993، معدّل و متمّم بموجب الأمر رقم 10-96 مؤرخ في 10 جانفي 1996، ج.ج.ج.ج. عدد 3، الصادر في 14 جانفي 1996، معدّل و متمّم بموجب القانون رقم 04-03 مؤرخ في 17 فيفري 2003، ج.ج.ج.ج. عدد 11، صادر في 19 فيفري 2003 (استدراك عدد 32 صادر في 7 ماي 2003).

(9) راجع المادة 209 مكرر 2 من الأمر 07-95، يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتّم، مرجع سابق.

(10) راجع المادة 106 المعدلة من الأمر 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتّم، مرجع سابق.

(11) راجع المادة 24 من الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ج.ج.ج. عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدّل و متمّم بالقانون رقم 12-08 مؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ج.ج.ج. عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008، معدّل و متمّم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 18 أوت 2010، ج.ج.ج.ج. عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.

(12) حقاى نوال، الضمانات الأساسية فى مادة القمع الإدارى (مثال: السلطات الإدارية المستقلة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير فى القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص. 50.

(13) راجع فى ذلك

BENHADJYAHIA Sonia, « La nature juridictionnelle des autorités de régulation », *R R J, droit prospectif*, n°4, 2004, p. 2510.

(14) راجع فى ذلك :

COSTA Delphine, «L'autorité des marchés financiers :juridiction ? quasi- juridiction ? pseudo-juridiction ? à propos de l'arrêt du conseil d'Etat du 4 février 2005, société GSD gestion et M.YX », *R F D A*, Novembre-Décembre 2005, p.1177.

(15) حول تأكيد مساهمة الاختصاص القمعى فى الوظيفة الضبطية راجع قرار مجلس الدولة الفرنسى :

« Le pouvoir de sanctionner est alors partie intégrante du pouvoir de régulation...il est nécessaire, pour que l'autorité régulatrice assure efficacement son rôle, qu'elle puisse elle – même sanctionner rapidement le non respect des règles de fonctionnement du marché », Rapport du Conseil d'Etat, « Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions », les études du conseil d'état, la documentation française, Paris, 1995, p. 77.

(16) راجع حول الموضوع قرار المجلس الدستورى الفرنسى التالى:

Cons.const., décision du 28 juillet 1989, n°89-260 DC, en ligne : www.conseil-constitutionnel.fr

(17) راجع فى ذلك:

ZOUAIMIA Rachid, *Le droit de la concurrence*, Edition Belkeise, Alger, 2012, p. 31.

(18) راجع المادة 59 من القانون رقم 90-07 مؤرخ فى 03 أفريل 1990، يتعلق بالإعلام، ج.ج.ج. عدد 14، لسنة 1990،

معدّل والمتّم بموجب المرسوم التشريعى رقم 93-13 مؤرخ فى 26 أكتوبر 1993، ج.ج.ج. عدد 69، لسنة 1993. (ملغى)

(19) راجع قرار المجلس الدستورى الفرنسى:

Cons.const., du 23 janvier 1987, n°86-224 DC, en ligne : www.conseil-constitutionnel.fr

(20) حول مسألة مدى قضائية اللجنة المصرفية راجع:

DIB Saïd, « La nature du contrôle juridictionnel des actes de la commission bancaire en Algérie, *Revue Banque et droit*, n° 8, Nov-Déc. 2001, p. 125.

(21) حول الأسانيد المقدمة لتثبيت إدارية السلطات الإدارية المستقلة راجع :

ZOUAIMIA Rachid, *Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie*, Edition Houma, Alger, 2005, p.p. 5،53.

(22) قرار مجلس الدولة رقم 2119 مؤرخ فى 08 ماي 2000، يونين بنك ضد بنك الجزائر www.conseil-état-dz.org

(23) حول المسألة راجع :

LAMBARD Martine, DUMON Gilles, *Droit administratif*, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 138 ; SEILLER Bertrand , *Droit administratif*, 3^{ème} édition, Flammarion, Paris, 2010, p. 144.

(24) راجع المادة 148 من القانون رقم 01-02، مؤرخ فى 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات،

ج.ج.ج. عدد 08، صادر فى 06 فيفري 2002، معدّل بموجب القانون رقم 10.14، مؤرخ فى 30 ديسمبر 2014، يتضمن

قانون المالية لسنة 2015، ج.ج.ج. عدد 78، صادر فى 31 ديسمبر 2014.

(25) راجع حول المسألة:

ROLIN Elizabeth, « Les règlements de différends devant l'autorité de régulation des télécommunications », in FRISON –ROCHE Anne-Marie et MARIMBERT Jean(S/dir.), régulateurs et juges, *les petites affiches*, n°17, Paris, 23 janvier 2003, p.30.

(26) راجع فى ذلك:

PERROUD Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, Paris, 2013, p. 398.

(27) راجع فى ذلك:

BERRI Nouredine, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse pour le doctorat en sciences, filière : droit, faculté de droit et des sciences politiques, université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2014, p. 253.

(28) راجع النص التشريعى الفرنسى فى مجال الاتصالات الالكترونية:

Art. L 32/8 du code des postes et des communications électroniques, (version consolidée au 11 mai 2017), en ligne : www.legifrance.gouv.fr « on entend par accès toute à mise à disposition de moyens, matériels ou logiciels, ou de services, en vue de permettre au bénéficiaire de fournir des services de communications électroniques.. ».

انظر في ذلك:

FRISON-ROCHE Marie-Anne, «Le pouvoir du régulateur de régler des différends : entre office de régulation et office juridictionnel civil », in FRISONROCHE Marie-Anne(s/dir.), *Les risques de régulation*, Presse de science Po& Dalloz, Paris, 2005, p. 274.

(29) راجع قرار المجلس الدستوري الفرنسي في مجال الاتصالات:

Cons.const., décision du 23 juillet 1996, n°96-378 DC, loi de réglementation des télécommunications, en ligne : www.conseil-constitutionnel.fr

(30) راجع على سبيل المثال قرارات سلطة ضبط البريد و الاتصالات السلكية و اللاسلكية الآتية:

Décisions : n °32/SP/PC/ARPT/05 du 28 aout 2005, relative au litige en matière d'obligation de paiement des décomptes d'interconnexion entre les opérateurs ORASCOM TELECOM ALGERIE et ALGERIE TELECOM ; n°33/PS/PC/ARPT/05, du 28 aout 2005, relative au litige concernant le paiement de soldes des factures d'interconnexion entre les opérateurs ORASCOM TELECOM ALGERIE et ALGERIE TELECOM , en ligne : www.arpt.dz

(31) مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص. 16؛ انظر أيضا في نفس السياق:

شتا عبد البديع أحمد محمد، شرح قانون التحكيم المصري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.

12.

(32) مخلوف باهية، " التحكيم أمام سلطات الضبط الاقتصادي كوسيلة لرقابة الحقل الاقتصادي "، أعمال الملتقى الوطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة جيجل، يومي 30 نوفمبر 1 ديسمبر، 2011، ص. 175.

(33) راجع المواد 55.57 من القانون رقم 04.14 مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتعلق بالنشاط السمي البصري، ج.ج.ج.ج. عدد 16، صادر في 23 مارس 2014.

(34) راجع في الموضوع:

FRISON –ROCHE Marie-Anne, « Arbitrage et droit de la régulation », in FRISON ROCHE Anne-Marie (s/dir.), *les risques de régulation*, Presse de science po & Dalloz, Paris, 2005 , p. 225.

(35) راجع المادة 55 من القانون رقم 04.14، يتعلق بالنشاط السمي البصري، مرجع سابق.

(36) راجع المواد: 8/13 من القانون رقم 03.2000، مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد

والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ج.ج.ج. عدد 48، صادر في 06 أوت 2000، معدّل بموجب القانون رقم 24.06 ،

مؤرخ في 26 ديسمبر 2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ج.ج.ج. عدد 85، صادر في 27 ديسمبر 2006، معدّل

بموجب القانون رقم 10.14، مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ج.ج.ج. عدد 78، صادر في

31 ديسمبر 2014؛ المادة 55 من القانون رقم 04.14، يتعلق بالنشاط السمي البصري، مرجع سابق.

(37) راجع في ذلك:

METTOUDI Robert, *Les fonctions quasi- juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit des sciences économiques et de gestion , université de Nice, 2004, p. 261 ; l'auteur confirme le rôle de l'équité dans le processus de régulation qui (traduit bien la nécessité d'aboutir au maintien d'un équilibre global à partir d'un déséquilibre partiel).

القاضي طرف جديد في العقد المدني*

ATMANI Bilal, M A "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

عثماني بلال، أستاذ مساعد"أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تعتبر نظرية العقد من بين النظريات الأكثر تطورا في القانون المدني في القرن العشرين، حيث أوضحت المبادئ التقليدية التي كانت تقوم عليها هذه النظرية تتعرض للانتقاد من طرف الفقه، ولإعادة النظر من طرف القضاء.

لم يبق للمتعاقدين في ظل النظرية الحديثة للعقد، تلك السلطة الواسعة على المضمون العقدي، من خلال فرض رقابة قضائية على العقد عبر جميع مراحل انطلاقا من المفاوضات إلى غاية نهايته إما بالتنفيذ أو من دون ذلك.

تفاقت السلطة الممنوحة للقاضي على العقد، سواء عبر النصوص القانونية أو الاجتهاد القضائي الذي كان له الدور الكبير في إرساء مجموعة من المبادئ التي أوضحت اليوم أساسية في النظرية الحديثة للعقد، إلى درجة التساؤل: هل القاضي طرف ثالث في العقد؟

الكلمات المفتاحية:

عقد، القاضي، دور، مفاوضات، تنفيذ.

The judge new part of the civil contract

Abstract:

If there is a theory that has undergone a metamorphosis during the twentieth century in civil law, it is indeed that of contracts, which has seen its ancestral principles questioned both by doctrine and by jurisprudence.

The power of contractors concerning the contractual content has been restricted over time though, by a multiplicity of judicial intervention throughout the contractual process, from simple discussions until the termination of the contract by its execution or without.

On the contrary, the powers of the judge concerning the contract, have steadily gained amplitude, boosted by legislation and abundant jurisprudence in favor of an increased intervention by the judicial authority, to ask for : Is the judge a third part of the contract ?

Key words:

Contract, judge, role, negotiation, execution .

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/25 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/04/11 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Le juge nouvelle partie du contrat civil

Résumé :

S'il y a bien une théorie qui a connu une métamorphose durant le XX^{ème} siècle en droit civil, c'est bien celle des contrats, qui a vu une remise en cause de ses principes ancestraux, tant par la doctrine que par la jurisprudence.

Le pouvoir des contractants sur le contenu contractuel s'est restreint au fil du temps, par une multiplication de l'intervention judiciaire tout au long du processus contractuel, des simples pourparlers jusqu'à l'extinction du contrat par son exécution ou sans que celle-ci n'intervienne.

Au contraire, les pouvoirs du juge sur le contrat n'ont cessé de prendre de l'ampleur boostés par des textes de loi et une jurisprudence abondante en faveur d'une intervention accrue de l'organe judiciaire, à ce demander aujourd'hui si le juge ne constitue t'il pas une troisième partie dans un contrat ?

Mots clés :

Contrat, juge, rôle, pourparlers, exécution.

مقدمة

قال Charles Louis de Secondat (MONTESQUIEU) في كتابه "في روح القوانين" أن: "قضاة الأمة هم الأفواه التي تنطق بكلمات القانون، فهم أشخاص من دون روح لا يمكن لهم التخفيف من قوته ولا صرامته"⁽¹⁾، من خلال هذه المقولة للفيلسوف مونتسكيو، يظهر أنه يرى القاضي آلة لتطبيق القانون، حبيس نصوص، مهما تعددت، لن تقدّم كل الحلول للنزاعات المعروضة عليه.

سادت هذه النظرة كذلك على النظرية التقليدية للعقد، إذ وباعتبار هذا الأخير شريعة المتعاقدين، فلم يكن للقاضي مجال واسع للمناورة من أجل إيجاد الحل الأنسب للنزاع المعروض عليه، طالما يستحيل عليه إعادة النظر فيما اتفق عليه المتعاقدين باسم القوة الملزمة للعقد.

غير أن هذه الصرامة الرائدة في تطبيق المبادئ التقليدية لنظرية العقد، هدّدت كيانه في الحقيقة، لأنّ التفاوت في مراكز المتعاقدين جعلت من العقد يأخذ منحى خطير، إذ أصبح أداة لكسب الثروة قبل أن يكون أداة لتبادل المصالح بين الأفراد، ومن أجل إعادة العقد إلى السكّة، أصبح تدخل القاضي ضرورياً من أجل فرض المصلحة الاجتماعية للعقد كمبدأ يسمو على المصلحة الشخصية للمتعاقد.

تحولّ في الوقت الحاضر دور القاضي عند الفصل في المنازعات المرتبطة بالعقد من دور سلبي، باعتباره طرف خارجي عن العقد، إلى دور المتدخل في جميع مراحل، باعتباره الضامن لفعاليته الاجتماعية، إلا أنّ جانب من الفقه يرفض أن يكون للقاضي أيّ تدخل في العقد خشية إدخال هذا الأخير في دائرة عدم الاستقرار؛ فبين فقه معارض ومؤيد تبرز ضرورة التساؤل عن دور القاضي في العقد المدني؟

يظهر دور القاضي عبر جميع مراحل العقد سواء في المرحلة السابقة على التعاقد، على اعتبار أنّ هذه المرحلة مهمة جدا من أجل تحقيق الغرض من إبرام العقد، أو في المرحلة التي تلي إبرام العقد سواء عند تنفيذه أو عند زواله من أجل المحافظة على فعالية العقد وردع التعسف الذي قد يصدر من أحد المتعاقدين.

أولاً: دور القاضي في المرحلة السابقة على التعاقد

لم يول الفقه اهتماما كبيرا للمرحلة السابقة على التعاقد في ظل النظرية التقليدية للعقد، حيث عادة ما اعتُبرت هذه المرحلة ملك خاص للأطراف، وأنّ العقد لا يُرتب في الحقيقة آثاره إلا في الفترة اللاحقة عن إبرامه، غير أنّ الآونة الأخيرة عرفت تطورا في هذا الشأن، لما تيقن أنّ نجاعة العقد عند التنفيذ تتحدّد بالطريقة التي تمتّ فيها المفاوضات. أضحت المرحلة السابقة على التعاقد ذات أهمية من الناحية القضائية، فقد يتدخل القاضي بدور إنشائي (1)، أو من أجل مراقبة سلوك المتعاقدين (2).

1- التدخل الإنشائي للقاضي

يأخذ التدخل الإنشائي للقاضي في المرحلة السابقة على التعاقد صورتين أساسيتين، فتارة يتم اعتبار العقد منعقد بحكم قضائي، أو عن طريق فرض التزامات جديدة على الأطراف لم يتم الاتفاق عليها مسبقا.

أ- اعتبار العقد منعقد بحكم قضائي

من الصعب تقبّل عبارة "العقد القضائي" في ظل النظرية التقليدية للعقد، لأنّ سلطة القاضي لا يمكن لها أن تفرض نفسها على الأطراف، علما أنّ العقد هو شريعة المتعاقدين، إلا أنّه في ظل النظرية الحديثة، فقد منح المشرّع للقاضي دورا إنشائيا وهو اعتبار العقد منعقد بين الأطراف رغم عدم الاتفاق علي ذلك.

يجد هذا الطرح تكريسا في نص المادة 72 من التقنين المدني⁽²⁾ والمتعلّقة بالوعد بالتعاقد، والتي تجيز للقاضي بناء على طلب الموعد له، وبعد فحص مدى توافر شروط الوعد بالتعاقد إصدار حكم يقوم مقام العقد بين الواعد والموعد له⁽³⁾.

كما قد يُعتبر حكم القاضي سند ملكية، وأفضل مثال عن ذلك ما تنص عليه المادة 803 من التقنين المدني⁽⁴⁾ والمتعلقة بالشفعة، حيث يُعتبر الحكم الفاصل نهائيا في قيام الشفعة كسند ملكية للشفع، والذي يلتزم بعد استصدار الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار النهائي، باستكمال الإجراءات المتعلقة بالشهر والتسجيل العقاري، ورغم أنّ المشرّع لم يعتبر هذا الحكم يقوم مقام العقد، إلا أنّ النتيجة النهائية هي نفسها، فالحكم الصادر في القضية هو سند ملكية الشفع مثلما عقد البيع هو سند ملكية المشتري في عقد البيع.

ففي كلتا الحالتين السابقتين، نجد بأن المشرّع منح للحكم الفاصل في النزاع أثر وجود العقد، حيث يترتب عن صدور الحكم الأثر نفسه المترتب عن إبرام العقد، ورغم اعتبار غالبية الفقه أنّ الحكم الصادر بالنسبة للحالة الأولى والمتعلّقة بالوعد بالتعاقد ليس مُنشأ، بل هو كاشف لاتفاق سابق بين الطرفين⁽⁵⁾، إلا أنّ الأمر يختلف حسب اعتقادي في حالة الشفعة، حيث أنّ الحكم أو القرار القضائي التّهمائي الذي يمنح للشّفيع الحق في الشّفعة، يُنشئ انتقال ملكية العقّار من المالك الأصلي إلى الشّفيع.

ب- فرض التزامات جديدة على الأطراف

كان للالتزام بحسن النية الأثر الواضح في فرض العديد من الالتزامات قبل التعاقدية من طرف القضاء، ولعل أبرزها الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والأمثلة من القضاء الفرنسي متعدّدة في هذا الشأن.

بالنظر إلى التطوّرات التي حصلت في اجتهاد محكمة النّقض الفرنسيّة، اعترف المشرّع الفرنسي في تعديل 2016، بوجود التزام عام بحسن النية يشمل جميع فترات العقد بما في ذلك مرحلة المفاوضات⁽⁶⁾.

ب1- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

يعتبر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من بين أهم الالتزامات الناتجة عن الالتزام بحسن النية، حيث عادة ما تمّ ربط هذا الالتزام بالسكوت التّدليسي في مرحلة أولى، إلا أنّه في الآونة الأخيرة، أكّد الفقه على اعتباره التزاماً قائماً بذاته⁽⁷⁾.

من الناحية القانونية، فقد ألزم المشرّع المتدخل بهذا الالتزام تجاه المستهلك من خلال المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش⁽⁸⁾ والتي تنص على: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".

أما من الناحية القضائية، فقد ألزمت محكمة النّقض الفرنسية أطراف العقد بهذا الالتزام من خلال قرار لها سنة 2006، أين قضت بوجود التزام بالإعلام قبل التعاقد في نزاع بين وكالة سياحة وأسفار وأحد المسافرين، حيث أكّدت الغرفة المدنية الأولى أنّه على وكالة السّياحة والأسفار التي قامت ببيع تذكرة سفر لأحد المسافرين، أن تلتزم بإعلامه بشروط وإجراءات الدّخول إلى الدّولة التي يريد السّفر إليها⁽⁹⁾.

إلى جانب الالتزام بالإعلام، فقد فرض الاجتهاد القضائي الفرنسي التّزاماً بالتّزاهة بين المتعاقدين كالتزام مبدئي بين أطراف العقد، فقد قضت محكمة النّقض الفرنسية سنة 2012، بأنّ الالتزام بالتّزاهة والصّدق في المرحلة السابقة على التعاقد واجب في العلاقة بين المتعاقدين، ولا يمكن مساءلة أيّ شخص على عدم تذكير المتعاقد بهذه الالتزامات⁽¹⁰⁾.

من الملاحظ في النزاع السابق، والذي أخفى فيه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر عيب في الشيء المبيع، أنّ محكمة النقض الفرنسيّة أقرت بوجود التزام المتعاقدين بالنزاهة والصّدق في الفترة السابقة على التعاقد وهذا التزام مفترض، بالتالي لا يمكن أنّ يتحمّل محامي المتعاقد الذي أخفى العيب مسؤولية على عدم تذكير إلى موكله أنّ تصرفه سيحمله مسؤولية.

ب2- الالتزام بالتحذير

اعترف القضاء الفرنسي منذ مدّة بالالتزام بالتحذير من خلال العديد من القرارات أبرزها ذلك الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 أبريل 2009 حيث أكدت على ضرورة تنفيذ التزام البنك بالتحذير طالما أنّ المقترض غير مطلع (client non averti) (11)، وقد كرس المشرع الفرنسي تطور اجتهاد محكمة النقض عن طريق الأمر 351-2016 (12) باستحداث نص المادة 313-12 L. (13) من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تفرض على البنك التزام بالتحذير لمصلحة المقترض، وذلك من مخاطر الاستدانة.

2- دور القاضي في مراقبة سلوك المتعاقدين

أصبح الالتزام بحسن النية أداة أساسية لمراقبة سلوك المتعاقدين في المرحلة السابقة على التعاقد، بعدما تمّ فرضه على جميع مراحل العقد، إذ أصبح القاضي يراقب مدى مطابقتها لتصرفات المتعاقدين في المفاوضات لمقتضيات النزاهة والثقة الواجبة، وتوقيع الجزاء على أيّ انحراف في السلوك، سيم عند قيام أحد المتعاقدين بقطع المفاوضات.

أ- توقيع الجزاء في حالة الانحراف في السلوك

يجوز للقاضي التدخل من أجل توقيع الجزاء على الطرف الذي يخرج بسلوكه عن الثقة التي يضعها فيه الطرف الآخر، حيث استعمل معيار الثقة المشروعة لقياس مدى خروج المتعاقد بتصرفه عن النزاهة (14).

إعمالاً لما سبق، فلا يجوز للمتعاقد الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها إذا لم تكن له نية فعلية في التعاقد (15)، لما في ذلك من غدر للثقة التي وضعها فيه المتعاقد الآخر، وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الرأي في العديد من القرارات، مثل القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسيّة في قضية شركة Network management group ضد شركة Alizée، حيث قضت بمسؤولية شركة Network management group عن مواصلتها المفاوضات دون أن تكون لها نية فعلية لإبرام العقد (16).

في السياق نفسه، يعتبر سيء النية - خاصة في العقود بين الشركات التجارية-، الطرف الذي يبدأ المفاوضات أو يستمر فيها لغرض الحصول على معلومات سرّية حول سير وعمل الشركة الأخرى، أو تعطيلها عن إبرام صفقات مع متعاملين آخرين أو دخولها في مفاوضات مع متعاقدين آخرين، دون أن تكون له نية صادقة في الوصول إلى اتفاق مع المتعاقد الآخر (17).

كما يعتبر من قبيل التصرف غير النزيه- حسبما ذهب إليه بعض الباحثين- إجراء مفاوضات مع العديد من الأطراف دون علم هؤلاء، معتبرين ذلك نوع من عدم الاستقامة في التصرف نحو هؤلاء⁽¹⁸⁾، رغم معارضة هذه الفكرة من طرف جانب من الفقه، والذين يعتبرون أنّ التفاوض مع العديد من الأطراف لا يمكن أن يكون خروجاً عن مقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد⁽¹⁹⁾.

في الواقع، المفاوضات تفرض على المتعاقدين ضرورة التعاون مثلما أشار إليه جانب من الفقه⁽²⁰⁾، هذه الفكرة في الواقع تفرض على كلا المتعاقدين في مرحلة المفاوضات، ببذل الجهد المناسب من أجل جعل كل الفرص قائمة لإبرام العقد، وبمفهوم المخالفة، الامتناع عن أيّ تصرف من شأنه عرقلة المفاوضات أو العمل على فشلها⁽²¹⁾، في هذه الحالة يمكن للقاضي الحكم بالتعويض على المتعاقد الذي خالف بسلوكه مقتضيات حسن النية⁽²²⁾.

ب- المراقبة القضائية في حالة قطع المفاوضات

الأصل أنه من حق أيّ متعاقد قطع المفاوضات مع المتعاقد الآخر وبكل حرية، طالما لم يتوصّل إلى اتفاق⁽²³⁾، هذا الحق المكفول للمتعاقد والذي يجد تفسيره في الحرية التعاقدية، كان مطلقاً لمدة طويلة، غير أن حسن النية فرضت في الآونة الأخيرة ضرورة عدم التعسف في قطع المفاوضات تحت طائلة المسؤولية المدنية.

ب1- أساس عدم مشروعية قطع المفاوضات

يرى الأستاذ Jacques GHESTIN، أن أساس مسؤولية المتعاقد عن قطعه للمفاوضات هو فكرة التعسف في استعمال الحق⁽²⁴⁾، رغم تعرض هذه الفكرة للانتقاد⁽²⁵⁾، إلا أن الواضح هو ميل الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق أساس قانوني لمسؤولية المتعاقد⁽²⁶⁾.

للقاضي عند مراقبة سلوك الأطراف في حالة قطع المفاوضات، سلطة كبيرة في تقدير مدى مشروعية هذا القطع، فيكون له مثلاً -أي القاضي- أن يحكم بمسؤولية المتعاقد الذي قطع المفاوضات بنية الإضرار بالطرف الآخر⁽²⁷⁾، أو المتعاقد الذي قام بقطع المفاوضات بصفة فجائية⁽²⁸⁾، أو من دون سبب جدّي⁽²⁹⁾، ولأسباب أخرى عديدة لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر.

ب2- المسؤولية الناشئة في حالة عدم مشروعية قطع المفاوضات

من حيث طبيعة المسؤولية الناشئة عن عدم مشروعية قطع المفاوضات مع الطرف الآخر، فقد ذهب الفقه⁽³⁰⁾ والقضاء⁽³¹⁾ إلى اعتبار أنّها مسؤولية تقصيرية، رغم معارضة جانب قليل من الفقه لهذا التوجه⁽³²⁾.

إلى جانب طبيعة المسؤولية، يبقى السؤال مطروحا حول نطاق هذه الأخيرة، أي ما تشمله من تعويض. في هذا الصدد، يبدو القضاء الفرنسي جازما، إذ من حق المتضرر في الحصول على تعويض عن الضرر المحقق الوقوع، دون أن يشمل التعويض ما فاتته من كسب، لأن محكمة النقض الفرنسية لا تربط بأي علاقة سببية بين قطع المفاوضات من جهة والربح الذي كان للمتضرر أن يحققه لو تم إبرام العقد فعلا من جهة أخرى⁽³³⁾، رغم المعارضة الشديدة لجانب من الفقه الفرنسي لهذا التوجه القضائي⁽³⁴⁾.

ثانيا: تدخل القاضي في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد

بالإضافة إلى تدخل القاضي في المرحلة السابقة على التعاقد، فإنه يتدخل في العديد من الحالات في المرحلة التالية لإبرام العقد، سواء عند تنفيذه(1) أو عند إنهائه من جانب واحد (2).

1- تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

من الصعب تصوّر تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد في ظل النظرية التقليدية، إذ يحول مبدأ القوّة الملزمة للعقد حصنا منيعا لأيّ تدخل قضائي، إلا أنّ النظرية الحديثة أرسّت إمكانية تدخل القاضي لضرورة تفتضحها المصلحة الاجتماعية للعقد.

بالرجوع إلى الدور الذي يلعبه القاضي في مرحلة تنفيذ العقد، نجد له دور إنشائي في العديد من الحالات، ولن أتطرق في هذا المقام إلى التدخل التقليدي للقاضي بإيعاز من المشرّع في التقنين المدني مثلما نجده مثلا في المادة 119-2⁽³⁵⁾ حول نظرة الميسرة، أو المادة 214⁽³⁶⁾ والمتعلقة بالالتزام بالتّخيري، بل اكتفي بالالتزامات التي تجد أصلها في الاجتهاد القضائي بإنشاء التزامات على عاتق الأطراف.

كما أنّ تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن للعقد، يثير اهتمام الفقه الحديث، معتبرين ذلك اعتراف بسمو المصلحة الاجتماعية للعقد عن المصلحة الشخصية للمتعاقد.

أ- الدور الإنشائي للقاضي

من بين أهم صور الدور الإنشائي للقاضي في مرحلة تنفيذ العقد، تدخله من أجل فرض التزامات حديثة على المتعاقدين، فقد كان الفضل للاجتهاد القضائي الفرنسي في فرض العديد من الالتزامات منها على سبيل المثال لا الحصر الالتزام بالسلامة عند تنفيذ بعض العقود.

أول ما ظهر الالتزام بالسلامة كان في عقد النقل في قرار للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، بقرار لسنة 1911 نقضا لقرار مجلس الجزائر، حين قضى بأحقية مسافرة تعرضت لإصابة في قدمها أثناء تنفيذ عقد النقل، معتبرة أنّ هذا الأخير—أي عقد النقل—يوقع على الناقل التزاما بالسلامة، حيث قضت محكمة النقض بأن:

« Attendu... Que l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination, et que la

cour d'Alger constate elle-même que c'est au cours de cette exécution et dans des circonstances s'y rattachant, que Y... a été victime de l'accident dont il poursuit la réparation ; »⁽³⁷⁾

بالإضافة إلى الالتزام بالسلامة، فقد فرض القضاء باسم تنفيذ العقد بحسن نية مجموعة من الالتزامات، منها الالتزام بالإعلام والتّصحيح في المرحلة التّالية لإبرام العقد⁽³⁸⁾، وذلك في العديد من القرارات، اذكر على سبيل المثال ما قضت به محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية، ألزمت فيه الغرفة التجارية منتج سقالة (échafaudage) حديدية بتعويض المشتري نتيجة لعدم إعلامه ونصحه حول كيفية استعمال السقالة وعن خطر تعرض هذه الأخيرة للصدى في بعض الحالات⁽³⁹⁾.

بالرجوع إلى الأمثلة السّابقة، نجد بأنّ القاضي قد يفرض على أحد أو كلا المتعاقدين التزامات لم يتم الاتفاق عليها عند إبرام العقد، وهذا يمثل وبوجه صريح تدخّل القاضي في شؤون المتعاقدين، خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة، والذي يضمن في الحقيقة مصلحة المتعاقدين إذا ما سلّمنا بأنّ إرادة المتعاقد هي الواقي الأوّل لمصالحه.

ب- تدخّل القاضي لمعالجة اختلال توازن العقد

من بين أهم السّلطات الممنوحة للقاضي عند تدخّله في مرحلة تنفيذ العقد، تلك التي تهدف إلى ضمان توازن للعقد، وبغض النّظر عن التّدخلات التّقليدية للقاضي والمنصوص عليها في التّقنين المدني كنص المادة 184 فقرة 2⁽⁴⁰⁾ المتعلقة بالشّروط الجزائي أو نص المادة 107 فقرة 3⁽⁴¹⁾ حول نظريّة الظّروف الطّارئة، فقد أصبح للقاضي سلطة التدخّل لمراقبة الشّروط التعسفيّة⁽⁴²⁾.

أورد المشرع الجزائري تعريفا للشروط التعسفية في القانون 02-04⁽⁴³⁾ الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية من خلال المادة 3 خامسا بالنص على:

" شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

تأخذ الشّروط التعسفيّة مظاهر عديدة، ترمي جلّها إلى خلق عدم توازن ظاهر بين التزامات المتعاقدين، ومن أهم هذه المظاهر أن يكون لأحد الأطراف سلطة أو حق غير مكفول للطرف الآخر⁽⁴⁴⁾، أو تعليق تحقّق الالتزام من عدمه على محض إرادة أحد الأطراف⁽⁴⁵⁾، وغيرها من الصور يمكن استنباطها من مضمون المادة 29 من القانون 02-04 السّالف الذّكر، أو المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306⁽⁴⁶⁾، والتي حدّدت البنود التي تعتبر تعسفيّة في العقد.

كما أصبح للقاضي اليوم دورا كبيرا فيم يعرف في الوقت الرّاهن بالتحديد الأحادي للثّمن (La fixation unilatérale du prix)، والذي اعترف به المشرّع الفرنسي صراحة في بعض العقود من خلال نص المواد 1164⁽⁴⁷⁾، 1165⁽⁴⁸⁾ و 1223 فقرة 2⁽⁴⁹⁾ من التّقنين المدني الفرنسي،

حيث سمح المشرع في عقود الإطار أو عقود تقديم الخدمات، أو للدائن في حالة التنفيذ الجزئي، بتحديد الثمن بصفة انفرادية، ويبقى على المتعاقد الذي حدد الثمن بصفة انفرادية أن يبرر هذا الثمن، وللطرف الآخر في حالة التعسف الاستنجاذ بالقاضي من أجل التدخل وإعادة الثمن إلى الحد المعقول⁽⁵⁰⁾.

2- دور القاضي عند إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة منفردة

أصبح من المتداول حديثا عبارة "فسخ العقد من جانب واحد"، وهو ما يتعارض مع القوة الملزمة للعقد، التي تعتبر العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين⁽⁵¹⁾، غير أن القضاء الفرنسي أجاز للمتعاقد أن ينهي العقد الذي يربطه بالمتعاقد الآخر بصفة منفردة دون أن يكون له أن يتعسف في ذلك، وللقاضي في حالة النزاع مراقبة مدى مشروعية ما قام به المتعاقد.

أ- حول مشروعية فسخ العقد من جانب واحد

تفرض القوة الملزمة للعقد على الأطراف تنفيذ العقد وفق لما تمّ الاتفاق عليه، دون أن يكون للمتعاقدين الحق في حل الرابطة العقدية من تلقاء نفسه، تطبيقا لقاعدة معروفة وهي *pacta sunt servanda*، والتي تعني احترام الكلمة الممنوحة للطرف الآخر⁽⁵²⁾، بالتالي فإن فسخ العقد لا تتحقق كأصل إلا في فرضيتين: إما اللجوء إلى القضاء (الفسخ القضائي) وإما التفاسخ (الفسخ الاتفاقي) أو ما يسمى *mutuus dissensus*⁽⁵³⁾.

رغم ما سبق ذكره، إلا أن المشرع أجاز في بعض العقود قيام أحد المتعاقدين بإنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما هو الحال مثلا في عقد الوكالة من خلال نص المادة 587 من التقنين المدني⁽⁵⁴⁾، أو بالنسبة لعقد العمل سواء بالعزل أو الاستقالة من خلال نص المادة 66 من القانون 11-90⁽⁵⁵⁾.

إلا أنه حاليا، يتجه الفقه (استنادا بما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي) إلى اعتبار فسخ العقد من جانب واحد جائز كقاعدة عامة في العقود غير محددة المدّة، طالما أن المتعاقد نفذ التزاماته خلال فترة معيّنة من الزمن، وأنه أخطر المتعاقد الآخر مسبقا بنيته في إنهاء العقد⁽⁵⁶⁾، على اعتبار أن المتعاقد لا يمكن أن يلتزم إلى الأبد، إلا أن سلطة المتعاقد في فسخ العقد بصفة منفردة امتدّت إلى العقود المحددة المدّة مثلما أشار إليه الفقه⁽⁵⁷⁾ والقضاء الفرنسيين، رغم أن القضاء لا يستعمل عبارة "فسخ العقد"، بل "إنهاء العلاقة التعاقدية"⁽⁵⁸⁾.

من هذا المنطلق، يتّضح أن الإرادة التي عبّرت عن رغبتها في إبرام العقد، يمكن لها أن تفكّ نفسها منه وبصفة منفردة، إذا كان تصرّف المتعاقد معه فيه من الخطورة ما يبرّر اللجوء إلى إنهاء العقد بصفة منفردة، ويقع على الطرف الذي أقدم على إنهاء العقد، عبء إثبات خطورة التصرف في حالة المنازعة القضائية، وهنا يظهر دور القاضي في مراقبة مشروعية هذا الإنهاء.

ب- الرقابة القضائية على إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة منفردة

مثلما تم توضيحه سابقا، يجوز للمتعاقد إنهاء العلاقة التعاقدية مبدئيا في العقود غير محددة المدّة، وكاستثناء في حالة العقود المحددة المدّة، ويكون للقاضي دور في تقدير مدى مشروعية إنهاء العلاقة العقدية بصفة منفردة.

في الحقيقة، يرجع أصل هذه السّلطة الممنوحة للمتعاقد، إلى قرارات الغرفة المدنيّة الأولى لمحكمة النّقض الفرنسيّة⁽⁵⁹⁾، إلا أنّ هذه السّلطة تبقى تحت رقابة القضاء، من أجل ردع أيّ تعسّف من طرف المتعاقد.

في هذا الصدد يشير القضاء بأنّ قيام المتعاقد بفك الرابطة العقدية بصفة منفردة، لا يكون إلا في حالة التصرف الخطير من المتعاقد الآخر، إذ يترك للمتعاقد حرية في تقدير هذه الخطورة تحت مسؤوليته⁽⁶⁰⁾، وهنا مربط الفرس بالنسبة للمتعاقد الذي قد يرى مسؤوليته قائمة في حالة ما إذا تبين أنّ التبرير الذي يقدمه غير كاف لجعل إنهائه للعقد مشروع.

يظهر دور القاضي عند إنهاء العقد بصفة منفردة، من خلال ردع تعسّف المتعاقد الذي أقدم على قطع العلاقة التعاقدية، وفي حالة اكتشاف القاضي أيّ انحراف في هذا الشأن، فيكون أمامه حلّين: إما القضاء بإلغاء قرار إنهاء العلاقة التعاقدية، وفي هذه الحالة نكون أمام ما يسمّى بالإبقاء الإلزامي للعقد (le maintien forcé du contrat)، وإما الحكم بالتعويض لمصلحة الطرف الآخر⁽⁶¹⁾.

ومثالا عن الحل المقترح أولا، ما قضت به الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النّقض الفرنسيّة، والتي أيدت قرار لقاضي الاستعجال، لما أمر عيادة خاصة بمواصلة تنفيذ عقد، مع طبيب أخصائي في التخضير، والذي أقدمت على فسخه بصفة منفردة، وقد برّرت محكمة النّقض قرارها بانعدام سبب جدّي لما أقدمت عليه العيادة⁽⁶²⁾.

أما عن الحل الوارد ثانيا وهو الحل الأكثر استعمالا من طرف محكمة النّقض الفرنسيّة⁽⁶³⁾، فقد قضت الغرفة التجاريّة أنّ فسخ العقد المحدد المدّة من طرف متعاقد قبل أجله، لا يمنح للمتعاقد الآخر الحق في الحصول على المبلغ المتفق عليه، بل على المحكمة التي عرض عليها النزاع تحديد المبلغ المستحق كتعويض عن الأضرار⁽⁶⁴⁾.

خاتمة

من خلال دراسة دور القاضي في العقد، يتضح أنّ هذا الأخير تحوّل من دور سلبي يتحمّل العقد، إلى دور ايجابي باعتباره عنصر لا يمكن تجاهله في المعادلة العقدية.

من الواضح أنّ دور القاضي تبلور في ظل النّظرية الحديثة للعقد خاصة في المرحلة السابقة على التعاقد، يقينا بأنّ هذه المرحلة محفوفة بالمخاطر، وأنّ نجاح العقد في مرحلة التنفيذ، يرتكز أولا على حسن سير المفاوضات، بالتالي أصبح للقاضي دور كبير من أجل جعل

هذه الأخيرة تسير في الطريق الصحيح، سواء عبر فرض التزامات على الأطراف ترمي إلى فرض التعاون بين المتعاقدين في هذه المرحلة، أو عن طريق مراقبة سلوك المتعاقدين، بمنع أيّ تصرف يخرج عن النزاهة والثقة الواجبة بين الطرفين.

أما عند مرحلة تنفيذ العقد، فإنّ التّظيرة الحديثة تمنح للقاضي سلطة واسعة من أجل المحافظة على المصلحة الاجتماعية للعقد، إما بفرض التزامات جديدة من أجل حماية فئة معينة من المتعاقدين، أو عن طريق التدخّل لإعادة توازن العقد، عن طرق جديدة غير الطرق التّقليدية، ولعل ظهور طرق جديدة لإبرام العقد، كان سببا في اتّساع دائرة تدخل القاضي في مرحلة التنفيذ.

كما يمتدّ دور القاضي إلى مراقبة الظروف التي يتم فيها إنهاء العقد من طرف واحد، عبر التّأكد من مشروعية المبرر الذي يرتكز عليه قرار المتعاقد في حل الرابطة العقدية، وردع أيّ تعسّف من شأنه الإضرار بالمتعاقد الآخر.

الهوامش:

(1) MONTESQUIEU , De l'esprit des lois, 2eme partie (livre IX a XIII), in http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_2/esprit_des_lois_Livre_2.pdf , p. 52. «... Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

(2) أمر رقم 58-75 صادر في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتّم.

(3) تنص المادة 72 من التّقنين المدني على: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثمّ نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلّق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

(4) تنص المادة 803 من التّقنين المدني على: " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا للملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

(5) ENGEL-CRÉACH Alice, Les contrats judiciairement formés, Economica, Paris, 2002, p. 72.

(6) Code Civil français, 116^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017. L'article 1104 stipule que : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. ».

(7) LAROUMET Christian et Sarah VROS, Traité de droit civil T 3 les obligations –Le contrat-, 8^{ème} éd., Economica, Paris, 2016, p. 327/ LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu, « Bonne foi », Répertoire de droit civil, 2009, p. 12 et s.

(8) قانون رقم 03-09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج. عدد 15، مؤرخ في 08 مارس 2009.

(9) Cass. Civ. 1^{ère}, 07 février 2006, N°. 03-17642, Bull. Civ. N°. 2, 2006, p. 63.

(10) CassCiv. 1^{ère}, 31 octobre 2012, N°. 11-15529, Bull. Civ. N°. 8, 2012, p. 212.

(11) Cass. Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, N° 07-18334, Bull. Civ. N° 4, 2009, p. 70.

(12) ordonnance 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, JORF N° 73, du 26 mars 2016.

(13) L'article L.313-12 du code de consommation français stipule que : « Sans préjudice de l'examen de solvabilité mentionné à l'article L. 313-16, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit met en garde gratuitement l'emprunteur lorsque, compte tenu de sa situation financière, un contrat de crédit peut induire des risques spécifiques pour lui. »

(14) JOURDAIN Patrice, La bonne foi dans la formation du contrat (rapport français), travaux de l'association Henri CAPITANT sur la bonne foi (journées louisianaises), Litec, Paris, 1992, p. 28.

(15) EDEL Vincent, La confiance en droit des contrats, thèse de doctorat, faculté de droit, université de Montpellier I, 2006, p. 75.

(16) Cass. Com., 18 juin 2002, n° 99-16.488, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007462723&fastReqId=1232548707&fastPos=1>

(17) Patrice JOURDAIN, Op.cit., p. 128

(18) Idem, p. 128

(19) GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, La formation du contrat, T1, le contrat- le consentement-, 4^{ème} éd., LGDJ-lextensoédition, Paris, 2013, p. 514.

(20) MESTRE Jacques, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », Revue Trimestrielle de Droit Civil, N°. 1, 1986, p. 101.

(21) LEFEBVRE Brigitte, la bonne foi dans la formation du contrat, Édition Yvons BLAIS INC , Québec, 1988, p. 117.

(22) BERLIOZ-HOUIN Brigitte et BERLIOZ Georges, Le droit des contrats face a l'évolution économique, in études offertes a Roger HOUIN, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 7.

(23) MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Droit des obligation, 8^{ème} éd., L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2016, p. 268.

(24) GHESTIN Jacques, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », La semaine juridique édition générale, N°. 20-21, 16 mai 2007, p. 17.

(25) فمنهم من يرى بأنّ قطع المفاوضات ليس ممارسة لحق بل لحرية مكفولة للمتعاقد باسم سلطان الإرادة، بالتالي لا يمكن أن يكون التعسف في استعمال الحق أساسا لمسؤولية المتعاقد الذي يقطع المفاوضات مع المتعاقد الآخر. راجع في ذلك:

GHESTIN Jacques, Op.cit., p. 16.

(26) Cass Com., 22 février 1994, N°. 91-18842, Bull. Civ. N°. 2, 1991, p. 61.

(27) CassCiv., 12 avril 1976, N°. 74-11770, Bull. Civ. N°. 1, 1976, p. 98.

(28) Cass Com., 22 avril 1997, N°. 94-18953, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007333202&fastReqId=1880469230&fastPos=1>.

(29) Cass. Com., 07 janvier 1997, N°. 94-21561, recueil Dalloz, 1998, jurisprudence, p. 45.

(30) GHESTIN Jacques, Op.cit., p.15. / SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, « La période précontractuelle en droit français », R.I.D.C., N°2,1990, p. 547./ DURRY Georges, « Responsabilité civile », R.T.D.C., N°4, 1972, p.779./ FAGES Bertrand, Droit des obligations, 5eme édition, LGDJ Lextenso édition, Paris, 2015, p.57.

(31) Cass Com., 12 février 2002, N°. 98-13778, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007451152&fastReqId=491303112&fastPos=1>,

(32) VON JHERING R., œuvres choisies tome II, trad. O. DE MEULENAERE, Ainé chevalier-marescqédition, Paris, 1928, p.23 in <https://archive.org/details/uvreschoisistr00meulgoog> .

(33) Cass. Com., 18 Septembre 2012, n° 11-19629, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026397554&fastReqId=93477674&fastPos=1>

(34) FAGES Bertrand, Op.cit., p.59.

(35) تنص المادة 119-2 من التقنين المدني على: "ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا للمدين حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

(36) تنص المادة 214 من التقنين المدني على انه: " إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيم بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام

(37) Cass. Civ., 21 novembre 1911, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006953018&fastReqId=1669865116&fastPos=1>

(38) LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu, Op.cit., p. 20.

(39) Cass Com., 21 novembre 2006, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007621979&fastReqId=651198562&fastPos=1>.

(40) تنص المادة 184 فقرة 2 من التّقنين المدني على أنّه " ويجوز للقاضي أن يخفض من مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً...".

(41) تنص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني على: " غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدية، وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

(42) تم ذكر الشروط التعسفية في عقود الإذعان في التّقنين المدني، وتحديدًا في نص المادة 110 من التّقنين المدني، غير أنني سأقتصر على ما تم الإشارة إليه من خلال النصوص الخاصة والتي تعتبر اليوم حجر الزاوية في تدخل القاضي عند تنفيذ العقد.

(43) قانون رقم 02-04، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ج.ر. عدد 41، مؤرخ في 27 جوان 2004، معدل ومتمم

(44) DOUCHE DOYETTE Nathalie, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat en droit, université de lorraine, 2012, p. 177

(45) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, école doctorale de droit privé, université de Paris II Panthéon-Assas, 2013, p. 339.

(46) مرسوم تنفيذي 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدّد العناصر الأساسية لل عقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلك والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ج.ر. عدد 56، مؤرخ في 11 سبتمبر 2006.

(47) L'article 1164 du Code civil français stipule que : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. »

(48) L'article 1165 du Code civil français stipule que : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. »

(49) L'article 1223 paragraphe 2 du Code civil français stipule que : « S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. »

(50) Cass Com., 04 novembre 2014, N°. 11-14026 in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029745449&fastReqId=29489764&fastPos=1>. voir en commentaire de cet arrêt : STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », *Revue des contrats*, N°. 2, 2015, p. 233 / BENABENT Alain, Droit des obligations, 15 éd., LGDJ-Lextenso, Paris, 2016, p. 133.

(51) راجع نص المادة 106 من التّقنين المدني.

(52) LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p. 14

(53) AMRANI-MEKKI Soraya, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Les Petites Affiches*, N°. 160, 12/08/2002, p. 9./ Muriel FABRE-MAGNAN, Droit des obligations 1- contrat et engagement unilatéral, 4^{ème} éd., themis droit-puf, Paris, 2016, p. 652.

(54) تنص المادة 587 من التّقنين المدني على: " يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..."

(55) قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 ابريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ج.ر. عدد 17، مؤرخ في 25 ابريل 1990 معدل ومتمم. تنص المادة 66 منه على: " تنتهي علاقة العمل في الحالات الآتية: - الاستقالة - العزل..."

(56) AMRANI-MEKKI Soraya, Op.cit., p. 10 et s.

(57) AMRANI-MEKKI Soraya, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Répertoire du notariat defrenois*, N°. 1, 2003, p. 369./ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Droit des obligation, 7^{ème} éd., L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2015, p. 473.

(58) Cass. Civ. 1^{ème}, 20 février 2001, N°. 99-15170, Bull. Civ. N°. 2, 2001, p. 25.

- (59) AMRANI-MEKKI Soraya, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Répertoire du notariat defrenois, Op.cit., p. 380.
- (60) Cass. Civ. 1^{ere}, 13 octobre 1998, N°. 96-21485, Bull. Civ. N°. 1, p. 207.
- (61) MESTRE Jacques, « Rupture abusive et maintien du contrat », Revue des contrats, N°.1,2005, p. 100 et s.
- (62) Cass. Civ. 1^{ere}, 29 mai 2001, N°. 99-12478, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007438737&fastReqId=713948574&fastPos=2>. « Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Limoges, 10 décembre 1998) d'avoir ordonné sous astreinte la poursuite des relations contractuelles entre M. Y... et les sociétés, auxquelles il est fait défense d'entraver par quelque moyen que ce soit l'activité de M. Y... au sein de la Clinique ; »
- (63) MESTRE Jacques, Op.cit., p. 102.
- (64) Cass. Com., 22 octobre 1996, N°. 94-15410, Bull. Civ. N°. 2, 1996, p. 222.

دور اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في مكافحة الفساد في المعاملات التجارية الدولية*

MOURI Sofiane, M A "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

موري سفيان، أستاذ مساعد قسم "أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تُعتبر اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية أول اتفاقية دولية تهدف إلى تجريم الفساد الدولي بإدراج أحكام قانونية مُلزمة للدول الأطراف. كما أقرت بوضع تدابير فعّالة من شأنها أن تمنع عرض رشاي على الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية؛ لكن أمام التطور الاقتصادي العالمي الحالي، فإن فعالية هذه الاتفاقية في مكافحة الفساد الدولي مرهونة بمدى وجود إرادة سياسية وحقيقية للدول الأطراف في الأخذ بهذه التدابير وتجسيدها على أرض الواقع.

الكلمات المفتاحية:

الفساد الدولي، المعاملات التجارية الدولية، مكافحة، الموظف العمومي الأجنبي، جريمة، الشركات التجارية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/26 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/05/08 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

The role of the convention of the organization for economic co-operation development in the fight against corruption in international business transactions

Abstract:

The OECD Anti-Bribery Convention establishes legally binding norms to make bribery of foreign public officials in international business transactions a criminal offense. It also provides for a number of measures to enable its provisions to be effectively implemented. It is the first international anti-corruption instrument targeting the "offering" of bribes to foreign public officials. But in the context of the current globalization, the effectiveness of the convention in the fight against international corruption requires a political determination of the member countries to transform their commitments into action.

Key words :

International corruption, international business transactions, struggle, international public official, crime, commercial companies.

Le rôle de la convention de l'organisation de coopération et de développement économique dans la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales

Résumé :

La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption établit des normes juridiquement contraignantes tendant à faire de la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales une infraction pénale. Elle prévoit également un certain nombre de mesures permettant une mise en œuvre efficace de ses provisions. Il s'agit du premier instrument international de lutte contre la corruption ciblant « l'offre » de pots-de-vin à des agents publics étrangers. Mais dans le cadre de la mondialisation actuelle, l'efficacité de la convention dans la lutte contre la corruption internationale exige une détermination politique des pays membres pour transformer leurs engagements en actes.

Mots clés :

Corruption internationale, transactions commerciales internationale, lutte, agent public étranger, crime, sociétés commerciales.

مقدمة

تزايد دور وأهمية المؤسسات الدولية في مجال مكافحة الفساد على الصعيد الدولي خاصةً خلال أواخر التسعينات، فقد أعلنت هذه المؤسسات الحرب على الفساد باعتباره ظاهرة عابرة للحدود واتخذت إجراءات ملموسة للحد من انتشاره. من بين التدابير الفعالة الرامية إلى التخلص من الرشوة والفساد في المعاملات التجارية الدولية إقرار منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية⁽¹⁾ لاتفاقية دولية ضد رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية سنة 1997⁽²⁾.

تعتبر اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية الأولى من نوعها على المستوى الدولي، التي تهدف إلى مكافحة الرشوة المُقدّمة إلى المسؤولين الأجانب بتحمل كل بلد لمسؤوليته عن الأنشطة التي تقوم به شركاتها؛ وتعد هذه الاتفاقية خطوة رئيسية وهامة في مكافحة الفساد الدولي وكذا إشارة قوية صادرة عن البلدان الأعضاء (أغلبيتها دول متقدمة اقتصادياً)، تدل

على التزامها واراقتها الحقيقية في مواجهة الفساد في المعاملات التجارية الدولية الذي يحد من المنافسة الدولية النزهة ويؤثر على توازن الاقتصاد العالمي.

من كل هذا يطرح موضوع دور اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية البحث في مدى تجسيد أحكام هذه الاتفاقية في ضمان مواجهة الفساد في المعاملات التجارية الدولية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية يتم تقسيم المقال إلى محورين رئيسيين، يُخصص المحور الأول لدراسة مبادئ اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (أولاً)، أما المحور الثاني فهو مخصص لإبراز مدى فعالية دور الاتفاقية في مواجهة الفساد في المعاملات التجارية الدولية (ثانياً).

أولاً: مبادئ اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية

طالبت اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية الدول الموقعة بتجريم رشوة الموظفين العموميين الأجانب وتبادل المساعدة فيما بينها. كما ألزمت الدول بوضع حد للاقتطاع الضريبي على العمولات (رشاوي) والتي تعتبر ممارسة منتشرة قبل ميلاد هذه الاتفاقية في معظم بلدان منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية⁽³⁾. هذا ما يُمثل لأول مرة اعترافاً بمسؤولية القوى الكبرى في توسيع الرشوة الدولية، وإبراز محتوى الاتفاقية يتطلب استعراض محتوى المبادئ الخمسة التي تقوم عليها هذه الاتفاقية والتي تعتبر الإطار العام لقواعد مواجهة الفساد في المعاملات التجارية الدولية (1)، إلا أنه من الصعب تحقيق أهداف الاتفاقية من خلال العمل على تنفيذ مبادئها من دون تكريس التشريعات الداخلية للدول لمختلف المبادئ (2).

1-محتوى مبادئ اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية

تتمثل المبادئ الأساسية التي تقوم عليها اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في مكافحة الفساد في المعاملات التجارية الدولية في: المعالجة الدولية للفساد (أ)، التوسيع من فكرة المزية (ب)، التوسيع من فكرة خطأ الموظف (ج)، التوسيع من صفة الموظف (د)، وأخيراً التوسيع من الخاضعين للمسؤولية (ي).

أ-المعالجة الدولية للفساد: إن الوظيفة الأساسية لاتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، توسيع التشريع الجنائي الدولي ضد الفساد⁽⁴⁾، فجاء في ديباجة الاتفاقية على أنه: "...بالنظر إلى أن الرشوة هي ظاهرة واسعة الانتشار في المعاملات التجارية الدولية، بما في ذلك التجارة والاستثمار، الأمر الذي يستوجب اهتمام بالغ..."⁽⁵⁾. جاء في نص المادة الأولى فقرة 2 من نفس الاتفاقية على أنه: (...أن التواطؤ، بما فيه الحث والمساعدة والتحريض على ارتكاب فعل من أفعال رشوة الموظف العمومي الأجنبي أو الإذن بارتكابه يشكل جريمة جنائية، وتكون محاولة رشوة الموظف العمومي الأجنبي والتآمر على رشوته جريمة جنائية...)⁽⁶⁾.

يتّضح من خلال نص المادة الأولى أن رشوة الموظفين العموميين الأجانب هي جريمة مُعاقب عليها في قانون العقوبات لكل دولة ولا يمكن لأي دولة أن تسمح بمثل هذه الممارسات، علماً أن هذه الاتفاقية تُجرّم رشوة الموظفين العموميين الأجانب حتى ولو وقعت في بلد يَغُضُّ البصر عن مثل هذه الممارسات.

ب-التوسيع من فكرة المزية: تمّ التوسيع حسب الاتفاقية من نطاق "المزية"، لتشمل كل مزية مالية أو غير مالية⁽⁷⁾، فالمزية حسب نص المادة الأولى من الاتفاقية تشمل كل عطية أو وعد بها أو هبة أو هدية أو أي منفعة أخرى يستفيد منها المرثشي. وتأخذ المزية عدة صور فقد تكون ذات طبيعة مادية مثل المال المنقول أو العقار، ويجب أن تكون المزية غير مستحقة أي ليس من حق الموظف العمومي الأجنبي تلقيها. هناك عدة قضايا فصل فيها القضاء الأمريكي تُبين وتوضّح الطابع التوسّعي لفكرة "المزية"⁽⁸⁾.

تقوم جريمة الرشوة وفقاً لهذه الاتفاقية في عرض⁽⁹⁾، وعد أو منح⁽¹⁰⁾ مزية مالية أو غير مالية، لموظف عمومي أجنبي، بغض النظر عن الحصول على منفعة تجارية ما أو الاحتفاظ بها، سواء كانت الشركة المعنية صاحبة أفضل العروض المؤهلة أم لا أو كانت، بخلاف ذلك، شركة من الممكن منحها العمل التجاري بطريقة مشروعة. تقوم جريمة الرشوة أيضاً بغض النظر عن قيمة المزية، نتائج هذه المزية، فرض رسوم محلية، تسامح السلطات في دفع هذه المبالغ، أو الادعاء بضرورة دفع هذه المبالغ من أجل الحصول على منفعة تجارية.

ج-التوسيع من فكرة خطأ الموظف من خلال أداء العمل الوظيفي أو الامتناع عنه: يرتكب الموظف العمومي جريمة رشوة إذا تلقى الفائدة أو المنفعة، سواء نظير عمل يلزمه به القانون أو نظير عمل يحظره القانون عليه، فلا شك أن امتناع الموظف عن أداء العمل الخاص بوظيفته يُعدّ إخلالاً بواجبات الوظيفة⁽¹¹⁾، كما أنه يُعدّ كذلك أداؤه لعمل من أعمال وظيفته على نحو مخالف للقانون⁽¹²⁾، فهذا الإخلال بأمانة الوظيفة هو سلوكٌ مُكوّن لجريمة الرشوة⁽¹³⁾.

يظهر لنا بأن جوهر هذه الجريمة يقوم على استغلال الموظف العام الأجنبي للوظيفة العامة وإلحاق الضرر بالمصلحة التي عُهد إليه المحافظة عليها من أجل الحصول على منفعة لنفسه أو لغيره.

د-التوسيع من صفة الموظف العمومي: إنّ مفهوم الموظف العمومي الأجنبي وفقاً لاتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب له مدلول أوسع عما هو مستقر في القانون الإداري⁽¹⁴⁾، والحكمة من ذلك حماية الثقة العامة التي يوليها الأفراد للخدمة العامة ونزاهتها من جهة ومن جهة أخرى إخضاعهم لأحكام النصوص القانونية المتعلقة بمكافحة الفساد، فاعتُبر في حكم الموظف العمومي الأجنبي في جريمة الرشوة حسب المادة الأولى فقرة الرابعة من

الاتفاقية المذكورة أعلاه، طوائف معينة من الأشخاص يمكن حصرها في: كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو إدارياً أو قضائياً من بلد أجنبي، سواء كان معيناً أو منتخباً، أي شخص يمارس وظيفة عامة⁽¹⁵⁾ لصالح بلد أجنبي، وأضاف التعليق الوارد على نص المادة الأولى من الاتفاقية أنه لا ينحصر "البلد الأجنبي" في الدول، وإنما يشمل أي منطقة أو كيان أجنبي منظم، كأن يكون إقليمياً مستقلاً أو إقليمياً جمرانياً منفصلاً⁽¹⁶⁾.

ي- التوسيع من الخاضعين للمسؤولية: ضماناً للحماية الحقيقية والفعالة للوظيفة الإدارية ولحيادها في مواجهة الأفراد، اعتبرت الرشوة عن طريق الوساطة جريمة، بحكم المادة الأولى من الاتفاقية التي تنص بأنه: "...سواء كان بطريقة مباشرة أو عن طريق وسطاء...", فلا يمكن للشركات التجارية التنصل من المسؤولية عن طريق استخدام الوسطاء، بما في ذلك الفروع التابعة لها، فعرض الرشوة على موظف عمومي أجنبي أو الوعد بها أو تقديمها، هذا يعني أن الشركة الأم (القابضة) تبقى خاضعة للمسؤولية في حالة عرض أو وعد أو تقديم رشوة من طرف أحد الفروع التابعة لها.

2- تكريس مبادئ اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في التشريعات الداخلية للدول

ألزمت اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية الدول الأطراف بضرورة صياغة أحكام هذه الاتفاقية في قوانينها الداخلية مما استدعى سنّ قوانين جديدة أو تعديل قوانينها السارية وتحيينها. ولإظهار ذلك تمّ تناول ثلاث نماذج عن قوانين داخلية تهدف إلى المطابقة والانسجام مع أحكام الاتفاقية منها: القانون الفرنسي باعتبار فرنسا من الدول الأولى التي صادقت على اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بسنّ قانون جاء خصيصاً لمطابقة أحكام هذه الاتفاقية (أ)، وكذا القانون الأمريكي الذي يعتبر الأكثر فعالية واستجابة لأهداف اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (ب)، واستعراض القانون الجزائري للبحث عن مدى تجاؤبه مع أحكام هذه الاتفاقية من أجل دراسة أفاق مصادقة الجزائر على اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (ج).

أ- في القانون الفرنسي: نظراً للدور الكبير الذي تلعبه الشركات الفرنسية في الساحة الدولية، قام المشرع الفرنسي باعتماد قانون رقم 2000-595، مؤرخ في 30 جوان 2000، والذي بموجبه صادقت فرنسا على اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، وعلى أساسه تمّ تعديل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الفرنسي. يُعتبر هذا القانون خطوة هامة في الجهود التي تبذلها السلطات الفرنسية في مكافحة الفساد في المعاملات التجارية الدولية⁽¹⁷⁾. كان هذا القانون وليد مصادقة فرنسا على اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ضد رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية سنة 1997⁽¹⁸⁾، التي نصت

على اتخاذ تدابير فعالة لردع ومكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في إطار المعاملات التجارية الدولية، وتدعو لفرض عقوبات صارمة وفعالة ضد كل شركة لا تقوم باحترام المعايير المحاسبية أو تقوم بصنفاً مشبوهة، هذا ما نصّت عليه المادة الثانية من هذا القانون:

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende... »⁽¹⁹⁾

كما تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي قام مؤخراً بإصدار مرسوم رقم 12-557 المؤرخ في 24 أبريل 2012⁽²⁰⁾، المتعلق بالتزامات الشفافية للشركات التجارية والذي يكرس البيئة التنظيمية الملائمة لتدعيم حوكمة الشركات وضرورة التزام هذه الأخيرة بمعايير الشفافية والنزاهة في معاملاتها التجارية وبالتالي الوقاية من الفساد الدولي.

ب- في القانون الأمريكي : استجابت الولايات المتحدة الأمريكية لاتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ضد رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية من خلال التعديل الذي عرفه قانون مكافحة الممارسات الفاسدة في الخارج⁽²¹⁾، سنة 1998 والمتعلق بالمنافسة النزيهة ومحاربة الرشوة الدولية⁽²²⁾، فقد وسّع هذا القانون من نطاق الخاضعين لأحكامه، فأى شخص يكون قد وُجد الإقليم الأمريكي أثناء حدوث الفعل سواءً تتعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية الأمريكية أو غير الأمريكية المتواجدين في إقليم الولايات المتحدة الأمريكية، وأي شركة لها أسهم في سوق البورصة الأمريكي، وأي موظف أو عامل في أي دولة أجنبية تابع لشركة أمريكية أو لشركة أجنبية لها أسهم في سوق البورصة الأمريكي، يُعتبرون ضمن فئة مرتكبي جريمة الفساد الدولي؛ بحيث تنص المادة الأولى من هذا القانون على أن:

“Since 1977, the anti-bribery provisions of the FCPA have applied to all U.S. persons and certain foreign issuers of securities. With the enactment of certain amendments in 1998, the anti-bribery provisions of the FCPA now also apply to foreign firms and persons who cause, directly or through agents, an act in furtherance of such a corrupt payment to take place within the territory of the United States”⁽²³⁾

يُعاقب على الاخلال بأحكام القانون السالف الذكر بالنسبة لرشوة الموظف العمومي الأمريكي، بغرامة مالية لا تتعدى ثلاث مرات قيمة الشيء أو المبلغ الذي تحصله هذا الموظف، أو الحبس لمدة لا تتعدى 15 سنة أو العقوبات معاً⁽²⁴⁾. أما فيما يخص رشوة الموظفين العموميين الأجانب، فيُعاقب الأشخاص الطبيعيون بغرامة مالية لا تتجاوز مائة ألف دولار وعقوبة سالبة للحرية مقدرة بخمس سنوات على أقصى حد، بينما الأشخاص المعنوية فتُعاقب بغرامة مالية صارمة تصل إلى مليوني دولار⁽²⁵⁾.

ج- في القانون الجزائري : إنّ أهمية موضوع الفساد وعالميته كقضية تشغل اهتمام المجتمع الدولي، جعل المشرع الجزائري أمام ضرورة وضع تشريع مستقل لمكافحة الفساد من أجل انسجابه مع التشريع الدولي من جهة، ومن أجل استيعاب مختلف جرائم الفساد من جهة أخرى⁽²⁶⁾ يهدف قانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته إلى دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته، وكذا تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص⁽²⁷⁾.

إنّه وبالرغم من عدم انضمام الجزائر لاتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في المعاملات التجارية الدولية، إلا أنها تأثرت بهذه الاتفاقية عند صياغة أحكام قانون 01-06 السالف الذكر؛ وهذا راجع إلى سببين أساسيين، الأول يتعلق بأن معظم الشركات المستثمرة في الجزائر هي شركات أوروبية، أمريكية ويابانية وهذه الأخيرة مُنعت بموجب اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بدفع رشاوي لموظف عمومي جزائري (أو أجنبي) للحصول أو الاحتفاظ على مشروع معين.

أما السبب الثاني فهو يتعلق برغبة المشرع الجزائري في وضع تشريع ينسجم مع مختلف المبادئ الدولية (منها مبادئ اتفاقية منظمة التعاون والتنمية) في مكافحة الفساد، ويظهر ذلك من خلال تجريم المشرع الجزائري للفساد في المعاملات التجارية الدولية في المادة 28 من قانون 01-06 السالف الذكر⁽²⁸⁾. هذا إلى جانب توسيع المشرع الجزائري لفكرة المزية، بحيث يُعاقب على كل وعد أو عرض أو منح مزية غير مستحقة سواءً مالية أو غير مالية لموظف عمومي أجنبي من أجل الحصول أو المحافظة على صفقة أو أي امتياز غير مستحق ذي صلة بالتجارة الدولية⁽²⁹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وسّع من صفة الموظف العمومي لتشمل كل شخص يشغل منصباً تشريعياً، تنفيذياً، إدارياً، أو قضائياً أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواءً أكان معيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر⁽³⁰⁾؛ هذا من أجل اخضاعهم لأحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحتهم وتفادي الإفلات من العقوبات المقررة في هذا القانون.

يتّضح من خلال ما سبق أن هناك تطابق بين التشريع الجزائري والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في مكافحة الفساد في المعاملات التجارية الدولية، هذا ما يفتح ربما المجال مستقبلاً لانضمام الجزائر لهذه الاتفاقية من أجل ضمان مكافحة مشتركة بين مختلف الأطراف للفساد في المعاملات التجارية الدولية.

ثانياً: تقييم دور اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في مكافحة الفساد في المعاملات التجارية الدولية

تستنبط الاتفاقية فعاليتها في مكافحة الفساد الدولي، من خلال عالميتها التي تظهر في مبدأ التقارب بين دول الأعضاء في معالجة وتحريم رشوة الموظفين العموميين الأجانب (1)، وقوتها الإلزامية التي تتضح جلياً في مبدأ التقييم المتبادل للالتزامات المتعلقة بمكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب (2)، لكن رغم ما تتمتع به الاتفاقية من إيجابيات عديدة في مجال مكافحة الفساد في المعاملات التجارية الدولية إلى أن هناك حدود تُقيد من فعاليتها (3).

1- مبدأ التقارب بين دول الأعضاء في معالجة وتحريم رشوة الموظفين العموميين الأجانب

تتميز دول أعضاء منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بالتقارب والانسجام في وجهات النظر حول تجريم رشوة الموظفين العموميين الأجانب، وهذا ما ساعد على تبني هذه الاتفاقية في وقت قياسي وهذا ما زاد أيضاً من فعالية وإلزامية هذه الاتفاقية⁽³¹⁾. يظهر ذلك بوضوح في نصوص مواد الاتفاقية، فتنص المادة الثالثة منها على أنه: "يُعاقب على رشوة الموظف العمومي الأجنبي بعقوبات جنائية فعّالة ومتناسبة وراذعة..."، وتضيف المادة الرابعة على أنه: "يتخذ كل طرف ما قد يلزم من تدابير لتقرير ولايته القضائية على رشوة الموظف العمومي الأجنبي..."، وتبين المادة الخامسة على أنه: "يخضع التحقيق في رشوة الموظف العمومي الأجنبي وملاحقة مرتكبها للقواعد والمبادئ الواجبة التطبيق لدى كل طرف...".

كما تجدر الإشارة إلى أنه وبالرجوع إلى توصية مجلس منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية المتعلقة بمواصلة مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية لسنة 2009⁽³²⁾، يتبين لنا بوضوح هذا التقارب والانسجام بين دول الأعضاء؛ حيث يوصي المجلس بأن تستمر البلدان الأعضاء في اتخاذ تدابير فعّالة لقمع رشوة الموظفين العموميين الأجانب في ومنعها ومكافحتها فيما يتصل بالمعاملات التجارية الدولية. كما يوصى بأن تُجري البلدان الأعضاء استعراضاً دورياً لقوانينها المنفذة لاتفاقية المنظمة لمكافحة الرشوة ونهجها تجاه الانفاذ من أجل ضمان مكافحة فعّالة للفساد.

يتضح من خلال التفحص والتمعن في هذه الأحكام أن هناك تقارب وجهات نظر دول الأعضاء حول جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب، هذا ما ساعد على تبني هذه الاتفاقية وتطابقها مع القانون الداخلي للدول الأعضاء وهذا ما زاد أيضاً في فعاليتها عند دخولها حيز التنفيذ، مما جعلها اتفاقية عالمية.

2- مبدأ التقييم المتبادل للالتزامات المتعلقة بمكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب

تمّ اتخاذ إجراء الرقابة والتقييم عند صياغة أحكام الاتفاقية حول مدى التزام الدول بإدماج نصوص هذه الاتفاقية في النظام القانوني الداخلي للدول، وهذا الإدماج لا يجب أن

يتأثر باعتبارات المصلحة الاقتصادية الوطنية، أو التأثير المحتمل على العلاقات مع دولة أخرى، فتتضمن المادة 12 من الاتفاقية على أنه: "تتعاون الأطراف على تنفيذ برنامج للمتابعة المنهجية لرصد التنفيذ الكامل لهذه الاتفاقية والتشجيع عليه...". هذا يعني أن فريق العمل المعني بالرشوة في المعاملات التجارية الدولية التابع لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية يقوم بإعداد تقرير عام لكل دولة عضو صادقت على الاتفاقية بخصوص مدى ملائمة إطارها القانوني الداخلي لأحكام الاتفاقية، ثم يقوم خبراء أحد الدول الأعضاء المصادقة من قبل على الاتفاقية بمناقشة هذا التقرير مع الدولة التي تريد الانضمام لهذه الاتفاقية، وتكون المناقشة في إطار فريق العمل التابع للمنظمة من أجل التقييم والرقابة على مدى احترام هذه الدولة لالتزاماتها.

كما تجدر الإشارة أيضاً إلى أن هذه الرقابة لا تخص فقط الدول الراغبة في الانضمام لهذه الاتفاقية، وإنما حتى الدول المنضمة لهذه الاتفاقية تخضع لرقابة متبادلة؛ بحيث يقوم الخبراء بإجراء رقابة خاصة تتمثل بإجراء لقاءات وفحوصات مع العديد من الوزارات في الدولة محل الرقابة (وزارة المالية، الشؤون الخارجية، العدل)، وكذا الجمعيات المهنية والشركات والنقابات. هذا من أجل تقييم حقيقي لمدى تجسيد الاتفاقية على أرض الواقع⁽³³⁾.

يحب على جميع دول الأعضاء في الاتفاقية إجراء تقييم منتظم للخطوات والتدابير المتخذة من جانبها لتنفيذ الاتفاقية، وكذا طرح اقتراحات، حسب الاقتضاء، لمساعدة الدول الأطراف الأخرى في تنفيذها.

أحدثت اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ضد رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية بُعداً دولياً لظاهرة الفساد، وبفضل هذه الاتفاقية أصبحت رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية جريمة في منظور القوانين الداخلية للدول المصادقة على هذه الاتفاقية⁽³⁴⁾.

3- حدود فعالية الاتفاقية في مكافحة الفساد الدولي

تظهر حدود فعالية اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادي في المعاملات التجارية الدولية من خلال نص المادة الأولى منها؛ بحيث يُشكل جريمةً جنائية: "...عرض أي مزية مالية أو غير مالية أو على الوعد بها أو تقديمها، سواءً كان ذلك بطريقة مباشرة أو عن طريق وسطاء، إلى موظف عمومي أجنبي أو من أجل ذلك الموظف أو طرف ثالث، لكي يتصرف ذلك الموظف أو يمتنع الموظف عن التصرف فيها فيما يتعلق بأداء واجبات رسمية من أجل الحصول على منفعة تجارية أو مزية غير مشروعة فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية".

يتضح من خلال نص هذه المادة اعتبار رشوة الموظفين العموميين الأجانب جريمة جنائية بنفس قيمة رشوة الموظفين العموميين الوطنيين، لكن الملاحظ أن هذه المادة قصرت من نطاق

تطبيقها لتشمل فقط الرشوة الإيجابية دون الرشوة السلبية. هذا ما يدل على أن الدول الأطراف تبقى حرة من خلال تشريعاتها الداخلية بتجريم الرشوة السلبية، الشيء الذي يمنح للدول الأطراف إمكانية التدخل لحماية شركاتها المتبعة بجرائم الفساد الدولية.

كما تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية رغم توسع نطاق تطبيقها كما سبق الإشارة في بداية المقال، إلا أنه لم يتم الإشارة إلى تجريم الفساد بين الأشخاص الخاصة وضلع الأحزاب السياسية في قضايا الفساد الدولية⁽³⁵⁾.

إنّ ما يزيد أيضاً من حدود فعالية اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في المعاملات التجارية الدولية، نفوذ الولايات المتحدة الأمريكية على كل التوصيات والتدابير التي أتت تطبيقاً لهذه الاتفاقية، يظهر هذا النفوذ سواءً داخل منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية؛ بحيث تساهم الولايات المتحدة الأمريكية بربع ميزانية المنظمة، في حين فرنسا تساهم بـ 7% فقط. كما تملك نفوذاً على معظم أعضاء المنظمة؛ بحيث تلعب الشركات الأمريكية في الخارج دور المساعد السياسي لهذه الدول نظراً لقوة وفعالية هذه الشركات من جهة، وتعثر الشركات الأوروبية خاصة الألمانية منها وشركات دول أوروبا الشرقية التي تريد الانضمام إلى الاتحاد الأوروبي⁽³⁶⁾.

خاتمة

لعبت اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية دوراً كبيراً في زيادة وعي دول الأطراف بمخاطر الفساد، وبالممارسات الغير النزهة التي تقوم بها شركاتها في الحصول أو المحافظة على العقود الدولية وهذا بتواطؤ الحكومات المضيفة لها. كما لعبت دوراً هاماً في الاعتراف لأول مرة بضرورة مكافحة الفساد الدولي، باعتباره أحد العراقيل الأساسية أمام التنمية الاقتصادية وتحقيق المنافسة الدولية النزهة؛ فكان لهذه الاتفاقية الفضل في جعل الفساد قضية لا تعني دولة واحدة وإنما هي قضية مشتركة وعالمية، مما يستدعي الاهتمام الدولي لمواجهتها.

أصبحت الرشوة الدولية بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ جريمة معاقب عليها، فمن خلالها تم توقيع عقوبات صارمة على عدد معتبر من الشركات التجارية المتبعة بقضايا الفساد الدولية، وهو ما يُعتبر انجاز كبير في ظل أنه قبل صياغة هذه الاتفاقية كانت الرشوة في المعاملات التجارية الدولية جريمة في بلدان قليلة فقط، وكانت معظم هذه الشركات تُعتبر أن تقديم الرشوة هو جزء من الصفقات التجارية الدولية.

إلا أنّ هناك جملة من العراقيل التي تحدّ من فعالية اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في مواجهة الفساد في المعاملات التجارية الدولية، خاصة ما يتعلق بعدم اتخاذ الدول للتدابير الردعية في حق الشركات التجارية التي تعرض أو تُقدم رشواي للموظفين العموميين الأجانب من أجل الحصول على الصفقات الدولية، وكذا غياب التعاون والمساعدة

القانونية المتبادلة فيما بين دول الأطراف في هذه الاتفاقية، من أجل ضمان مكافحة مشتركة للفساد في المعاملات التجارية الدولية؛ وأخيراً فمن الصعب الوصول إلى مكافحة فعالة للفساد على ضوء هذه اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بدون استجابة كبيرة وإرادة حقيقية للدول الأعضاء للأخذ بأحكام الاتفاقية في قوانينها الداخلية.

الهوامش:

(1) La mission de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) est de promouvoir les politiques qui amélioreront le bien-être économique et social partout dans le monde, l'OCDE offre aux gouvernements un forum où ils peuvent conjuguer leurs efforts, partager leurs expériences et chercher des solutions à des problèmes communs. Pour plus de détails voir le site officiel de l'Organisation : www.ocde.org/fr/apropos/.

(2) تمّ التوقيع على اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ضد رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية في 17 ديسمبر 1997 ودخلت حيز التنفيذ في 15 فيفري 1999. وتحتوي الاتفاقية على ديباجة و17 مادة تناولت تجريم الفساد الدولي أو الرشوة في المعاملات التجارية الدولية، إلى جانب التدابير الوقائية والردعية اللازمة لمكافحةه. يمكن الاطلاع على الاتفاقية وتحميلها في الموقع:

www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm

- Les transactions commerciales internationales impliquant un mouvement de biens, de service ou un paiement pardessus les frontières ou intéressant l'économie (ou la monnaie) de deux pays au moins.

(3) قبل المصادقة على هذه الاتفاقية، كانت الرشوة المقدمة من طرف الشركات التابعة لمعظم بلدان منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ما عدا الولايات المتحدة الأمريكية من أجل الحصول على الصفقات الدولية. يكتسبها الطابع المشروع، هذا ما خلق منافسة غير نزيهة وغير عادلة بينها وبين الشركات الأمريكية، ففي فرنسا مثلاً هذه العمولات المقدمة لا تسمى رشوي وإنما تسمى الأعباء المالية غير العادية «Frais Commerciaux Extraordinaires» أنظر في هذا الشأن:

- MONTIGNY Philippe, L'entreprise face à la corruption internationale, Ellipses, Paris, 2006, p 64.

(4) ABRICA Bélaïd, « Les organisations et genèses des expériences de la lutte anticorruption dans le monde » *Revue Critique de Droit et Sciences Politiques*, Faculté de Droit et Sciences Politiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, p 28.

(5) أنظر ديباجة اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، المرجع السابق.

(6) نفس المرجع.

(7) تنص المادة الأولى من الاتفاقية على أنه: " يتخذ كل طرف ما قد يلزم من تدابير لإقرار أن إقدام أي شخص عمدا على عرض مزينة مالية أو غير مالية أو الوعد بها أو تقديمها، سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو عن طريق وسطاء إلى موظف عمومي أجنبي... " نفس المرجع.

(8) تم الفصل في قضية شركة ميتكالف & إيدي (Metcalf Eddy)، في 2002؛ بحيث تم دفع لموظف عمومي مصري كان رئيس المؤسسة العمومية للمياه في الإسكندرية مصاريف السفر من مصر إلى الولايات المتحدة الأمريكية وكذا لعائلته من طرف الشركة في عدة مرات، فخلص القضاء الأمريكي إلى أنه هناك علاقة بين حصول الشركة الأمريكية على المشروع في الإسكندرية المقدر بـ 36.5 مليار دولار والحفاظ عليه مع تذاكر السفر التي منحتها الشركة للموظف ولعائلته. وقد تم تغريم الشركة من طرف القضاء بـ 400000 دولار. للاطلاع على هذه القضية وقضايا عديدة أخرى أنظر:

- Organisation de Coopération et de Développement Economique, Rapport des Etats Unis sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, octobre 2002, p 06, publié sur le site :

www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorruption/1962093.pdf

(9) عرض الرشوة هو كل سلوك يُعبّر عن إرادة صاحب المصلحة بتقديم هدية أو وعداً إلى موظف في الحال أو في المستقبل، ويتم عرض الرشوة صراحة بالقول أو بالكتابة، وإما ضمناً بكل وسيلة تفصح عنه. كما يمكن أن يكون عرض

الرشوة قد تمّ مباشرة إلى الموظف أو بطريق غير مباشر مثل تسليمها إلى وسيط. للمزيد من التفصيل حول هذه المسألة أنظر:

- فاديا قاسم بيضون، الفساد أبرز الجرائم، الآثار وسبل المعالجة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص ص 80-81، طه شريف، جريمة الرشوة مُعلّقاً عليها بأحكام محكمة النقض، دار الكتاب الذهبي، بدون مكان النشر، 1999، ص 116، حسنين المحمدي بواوي، الفساد الإداري، لغة المصالح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 112، موسى بودهان، النظام القانوني لمكافحة الرشوة، دار الهدى، عين المليلة، 2010، ص 63.

(10) « Octroyer » Le texte de l'OCDE entend le transfert d'un avantage vers la jouissance d'une autre personne. La façon dont ce processus peut être réalisé dépend de la nature de l'avantage. Les fonds transférés sur un compte bancaire ; une place à l'université etc. pour plus de détails voir :

- FITZGERALD Philip, Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers, thèse pour le doctorat en droit public, Faculté de Droit, Université du Sud Toulon-Var, 2011. p 126.

(11) Les cas de l'abstention d'action des agents publics étrangers sont peu nombreux car ils sont à l'évidence difficile à détecter. On peut citer un exemple aux Etats-Unis dont la société BJ SERVICES COMPANY, spécialisée dans la fourniture de services et d'équipements aux sociétés extractrices de pétrole, accusée d'avoir, en 2001, soudoyé pour 25000 dollars environ un agent des douanes argentines afin de pouvoir importer un équipement qui ne respectait pas les règles douanières en vigueur. Voir :
- MONTIGNY Philippe, Op.cit., p 71.

(12) هناك عدة أمثلة عن أداء الموظف لدور إيجابي كإصدار قرارات غير شرعية أو منح صفقة معينة لشركة لم تستحقها مقابل مزية مالية أو غير مالية...إلخ.

(13) سعدي حيدرة، " كيف عالج المشرع الجزائري جريمة الرشوة في القانون 06-01 المؤرخ في 20/02/2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص 62.

(14) تمّ التوسيع من صفة الموظف العمومي في هذه الاتفاقية مقارنة بما هو مُستقر في القانون الإداري، وذلك في أجل إخضاعهم لأحكام هذه الاتفاقية.

(15) خالف عقيلة، "الحماية الجنائية للوظيفة الإدارية من مخاطر الفساد"، مجلة الفكر البرلماني، عدد 13، مجلس الأمة الجزائري، الجزائر، جوان 2006، ص 63. أنظر كذلك: نوفل علي عبد الله صفو الدليبي، الحماية الجزائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 246، بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، ص 104.

(16) Voir : Les commentaires relatifs à la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales publiés sur le site :

www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm

(17) Le but de la convention de l'OCDE, que la France a signée, était de justement de rétablir un rapport de concurrence loyal.

- BERTOSSA Bernard, La justice, les affaires, la corruption, Fayard, Paris, 2009, p205.

(18) MONTIGNY Philippe, Op.cit. p 85.

(19) Article 436 de la loi n°2000-595, du 30 juin 2000, modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, publié sur le site :

www.legifrance.gov.fr

مرسوم رقم 12-557 المؤرخ في 24 أفريل 2012، منشور في موقع: www.legifrance.gov.fr

(21) قانون مكافحة الممارسات الفاسدة في الخارج لسنة 1977 سُمي باللغة الإنجليزية: Foreign Corrupt Practices Act

(F.C.P.A) منشور في موقع: www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act

- Le Foreign Corrupt Practices Act est une loi fédérale américaine de 1977. Alors que la corruption était à l'époque considérée comme un « mal nécessaire », et que plus de 400 firmes américaines avaient procédé à des paiements illégaux ou douteux dans les années 1970, pour la première fois une loi incriminait la corruption d'agents publics étrangers par des entreprises américaines. Pour les américains, la FCPA est loi à vocation extraterritoriale. C'est ainsi qu'en 1988, la FCPA a permis au président des Etats-Unis de sensibiliser les autres Etats contre le phénomène de la corruption, notamment dans les négociations au niveau de l'OCDE, pour plus de détails sur cette loi voir :

- www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act

- JOHNSON Thomas, « Les lois américaines applicables aux commissions illicites » in les commissions illicites, définition, traitement juridique et fiscal, chambre de commerce internationale, Paris, 1992, P.p.16 17.

(22) En 1998, sous la présidence de CLINTON Bill, a été signé {International Anti Bribery Act}, qui a permis d'étendre la législation américaine aux actes de corruption exercés sur le territoire américain, voir :

-LEEELEEA Shailendrasingh ET ROQUILLY Christophe, Lutte anti-corruption, gestion des risques et compliance, éditions Lamy, Paris, 2013, p58.

(23) يرى خبراء مكافحة الفساد أن القانون الفيدرالي الأمريكي المتعلق بمكافحة الممارسات الفاسدة في الخارج، من القوانين الوطنية الأكثر فعالية في مجال مكافحة الفساد الاقتصادي الدولي المرتكب سواء من الأشخاص الطبيعيين أو من الشركات الأمريكية، وحتى من الشركات الأجنبية المستثمرة في الولايات المتحدة الأمريكية، أنظر في هذا الشأن: -المادة الأولى من قانون مكافحة الممارسات الفاسدة في الخارج، المرجع السابق.

- ARVIND K.Jain, « Corruption : quantitative estimates », in Economis of Corruption, Recent Economic Publishers, Boston, 1998, p 62, HAERI Kami, « Le UK Bribery Act : un nouvel instrument juridique de souveraineté », Recueil Dalloz, 2011, p 2024, HUBER Barbara, «Sanctions against bribery offences in criminal law>> in Corruption Integrity and Law Enforcement, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p 144.

(24) أنظر المادة 78 فقرة 1 من قانون مكافحة الممارسات الفاسدة في الخارج، المرجع السابق.

(25) أنظر المادة 78 فقرة 2 من نفس القانون.

نشير إلى أن هناك اختلاف في العقوبات السالبة للحرية بالنسبة للموظف العمومي الأمريكي التي يمكن أن تصل إلى 15 سنة، والموظف العمومي الأجنبي التي لا تتجاوز 5 سنوات، في هذه الحالة وبالنسبة للموظف الأمريكي تُقدر العقوبة حسب المبلغ المتحصل عليه، فإذا فاق المبلغ 20 مليون دولار تكون العقوبة أكثر من 5 سنوات، وإذا وصل مبلغ الرشوة إلى 80 مليون دولار تصل العقوبة إلى 15 سنة، للمزيد من التفصيل أنظر:

- O.C.D.E, Examen de l'application de la convention et de la recommandation de 1997, le cas des Etats Unis, rapport publié sur le site officiel de l'organisation : www.ocde.org, P13.

(26) قانون رقم 01-06، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ج.ج.ج عدد 14 مؤرخ في 08 مارس 2006، متمم بقانون رقم 05-10، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ج.ج.ج عدد 50 مؤرخ في 01 سبتمبر 2010 معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 مؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ج.ج.ج عدد 44 مؤرخ في 10 أوت 2011.

(27) تجدر الإشارة أن جرائم الفساد كان معاقب عليها قبل 2006 أي قبل صدور القانون الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته (01-06) والمستقل عن قانون العقوبات، ضمن أحكام قانون العقوبات الجزائري من المادة 126 إلى المادة 134، أنظر قانون العقوبات الجزائري، الطبعة الرابعة، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2005. (هذه المواد تم الغائها بصدور قانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته).

(28) أنظر المادة 28 من قانون 01-06، السالف الذكر.

(29) نفس المادة.

(30) أنظر المادة الثانية من قانون 01-06، السالف الذكر.

(31) L'originalité et l'efficacité de la convention OCDE, consiste à considérer que le traitement, l'incrimination et la sanction de l'infraction de corruption d'agent publics est comparable d'un pays à l'autre. Autrement dit, elle considère que ce qui rassemble les pays sur ce point est plus fort que ce qui les distingue. Les pays de l'OCDE sont parfois appelés par les journaux anglo-saxons les « LIKE MINDED COUTRIES » c'est-à-dire les pays qui pensent de la même façon. Voir :- MONTIGNY Philippe, Op.cit., p 75.

(32) توصية مجلس منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بمواصلة مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية، المعتمدة من المجلس في 26 نوفمبر 2009. منشورة في موقع:

- www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm

(33) MONTIGNY Philippe, Op.cit. P 78.

(34) لم تكن جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية معروفة قبل إبرام اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في الدول الأعضاء ما عدا الولايات المتحدة الأمريكية التي جرمت هذه الرشوة قبل إبرام هذه الاتفاقية، في قانون مكافحة الممارسات الفاسدة في الخارج لسنة 1977.

⁽³⁵⁾ ROUQUIE Sylvie, « La convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la corruption des agents publics étrangers : mythe ou réalité ? », Petites Affiches, N° 153, édition Quotidienne des Journaux Judiciaires Associés, Paris, 02 aout 2000, P 06.

⁽³⁶⁾ للمزيد من التفصيل أنظر:

- SACERDOTI Giorgio, « La convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », Revue de Droit des Affaires Internationales, N°01, Forum Européen de la Communication, 1999, p 06.

سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل العلمي*

BOURAS Mounir, Doctorant,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Larbi Tébessi, Tébessa, Algérie.

بوراس منير، طالب دكتوراه،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر.

الملخص:

مبدأ حرية القاضي الجزائي في الاقتناع بالدليل العلمي هو أساس الإثبات بالوسائل العلمية في المواد الجزائية، ومفاد هذا المبدأ أنّ القاضي حر في تكوين قناعته الوجدانية، مما طرح أمامه في المرافعة من أدلة علمية محصلة بطرق مشروعة حتى يكون حكمه مبنيا على الجزم واليقين لا على الشك والريبة، ويتساوى في هذا الدليل التقليدي مع الدليل العلمي، فالقاعدة أنّ مبدأ الإثبات الحر متلائم بالاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، سواء أكان المبدأ والاقتناع منصبا على دليل علمي أو دليل تقليدي.

الكلمات المفتاحية:

حرية القاضي الجزائي، مشروعية الدليل العلمي، القناعة، المحاكمة.

Authority of penal judge in assessing the scientific evidence

Abstract:

Penal judge principle freedom in the conviction of scientific evidence is the basis of proof in scientific methods in criminal matters, the advantage of this principle is that the judge is free to form his affective conviction By reference to what exposed to him in the hearing of the scientific evidences outcome from legal ways So that his judgment is based on the assertion of certainty and not on suspicion And even in this classical evidence and scientific evidence will be equal, The rule is that the principle of free proof is inherently with the self-conviction of penal judge, Whether the principle and the conviction is focused on scientific evidence or a classical evidence.

Key words:

Freedom of the penal judge, The legality of the scientific evidence, contentment, Trial.

Le pouvoir du juge pénale dans l'appréciation de la preuve scientifique

Résumé:

Le principe de la liberté du juge pénale de puiser sa conviction via une preuve scientifique est le fondement principal de preuves scientifiques en matière pénale.

Toutefois, le juge pénale est libre de constituer sa conviction personnelle à partir de ce qu'à était émet devant lui en matière de preuves scientifiques durant la plaidoirie, sans oublier que ce dernier pourra faire recours aux preuves traditionnelles.

Mots clés :

Liberté du juge pénale, légitimité de la preuve scientifique, conviction, plaidoirie.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/15 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/11/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

مقدمة

لظالما كانت الأحكام الجزائية عنوانا للحقيقة، فهي التي على أساسها تثبت صفة الإجرام بالشخص أو تنفى، وحتى تكون هذه الحقيقة مطابقة للواقع وجب أن تبنى الأحكام الجزائية على قناعة وجدانية للقاضي الجزائي، يستمدّها من أدلة الإثبات أو أدلة النفي، هذه الأدلة التي تشهد في العصر الحديث تطورا هائلا أصبحت مجالا خصبا للدراسات الحديثة في المادة الجزائية، ومما هو مسلم به أنّ القاضي الجزائي وتطبيقا لمبدأ الإقتناع الذاتي له كامل السلطات في تقدير الدليل، فإذا كانت الوسائل العلمية المستحدثة في الإثبات الجنائي لها من الحجية في الجانب العلمي ما يوصلها إلى القطعية، فإنّها على خلاف ذلك في الجانب القانوني خاصة أمام القضاء الجزائي، لذلك يطرح هذا الموضوع إشكالا على درجة كبيرة من الأهمية يتمثل في ما مدى حرية القاضي الجزائي في تقدير الأدلة العلمية المستحدثة في المادة الجزائية؟ ولمعالجة هذا الموضوع إرتأينا تقسيمه إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع بالدليل العلمي.

المبحث الثاني: ضوابط إقتناع القاضي الجزائي بالدليل العلمي.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع بالدليل العلمي

يعدّ مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع بالدليل المطروح أمامه، من أهم المبادئ التي تحكم المادة الجزائية على غرار باقي المبادئ الأخرى، وقد إستقر الفقه والقضاء الجنائي على الأخذ بهذا المبدأ، إذ لا تخلو أي منظومة قانونية لأي دولة من النص على هذا المبدأ وتبنيه، وإن كان موضوع بحثنا هذا هو التطرق لهذا المبدأ فيما تعلق بالجانب العلمي للدليل المطروح أمام القضاء الجزائي، فإنّه يمكن القول بأنّه وكقاعدة عامة يخضع الدليل العلمي في المواد الجزائية لنفس الضوابط التي تخضع لها باقي الأدلة.

المطلب الأول: المقصود بمبدأ حرية الإقتناع بالدليل العلمي

إذا كان تحديد المفاهيم له أهمية بالغة في مجال البحث العلمي، فإنّه لابد من تحديد المقصود بمبدأ حرية الإقتناع بالدليل العلمي قبل الخوض في أحكامه أمام القانون والقضاء الجزائيين.

الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع بالدليل العلمي

يقول الفقه في ضبط المعنى الفني الدقيق لهذا المبدأ، أنّه يسمح للقاضي الجزائي بأن يقدر قيمة الأدلة المعروضة عليه تقديرا عقلانيا منطقيا مسببا كيفما إنساق إليه اقتناعه، مستهدفا الحقيقة بوزن دقيق وتمحيص أكيد للدليل، يساعده في ذلك تكوينه الثقافي القانوني وحنكته وذكاؤه، هكذا فمن تحصيل الحاصل أن نقول بأنّ الفقه سعى إلى تعليق هذه الحرية على القناعة الداخلية "الذهنية والنفسية" للقاضي الجزائي⁽⁰¹⁾.

فمبدأ حرية القاضي الجزائي في الاقتناع، معناه تلك الحرية المعترف بها له في تكوين اقتناعه الشخصي، بما يستقر في ضميره ووجدانه، من خلال حريته في تقدير وموازنة ما يعرض عليه من أدلة ووقائع في الدعوى، ليسقط حكم القانون الذي يراه مناسباً عليها بتكييفها، لتقرير الحكم المناسب إما بالبراءة أو الإدانة⁽⁰²⁾.

الفرع الثاني: الأسس التي يقوم عليها مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

مبدأ الإقتناع الذاتي للقاضي الجزائي كغيره من المبادئ في المادة الجزائية، يلقى أساسه في المواد القانونية التي تحويها المنظومات الوطنية والدولية المتنوعة، فالتشريع الفرنسي كان سابقاً في النص على نظام الأدلة المعنوية بتركه تقدير الأدلة للقناعة القضائية من خلال قانون تحقيق الجنايات الصادر في 1791/09/29 حيث نصت المادة 24 من القسم السادس منه على أنه: "على المحلفين أن يبنا قناعتهم بصورة خاصة على الأدلة والمناقشات التي تطرح أو تدور أمامهم فمن خلال قناعتهم الشخصية يطالبهم القانون والمجتمع بإصدار أحكامهم على المتهمين"⁽⁰³⁾.

وعلى غرار المشرع الفرنسي فالمشرع الجزائري كذلك نص بطريقة واضحة وصريحة تبين أهمية مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، وهو ما عبر عنه من خلال نص المادة 212 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التي تبنت مبدأ الإثبات الحر كأصل عام وأن القاضي الجزائي له أن يصدر حكمه تبعاً لإقتناعه الخاص⁽⁰⁴⁾، وهو ما أكدته وترجمه صراحة على لسان المادة 307 من نفس القانون، التي نصت في مضمونها على أن القانون لا يوجب على القضاة أن يبرروا الوسائل التي وصلوا بها إلى تكوين قناعتهم، ولا يقيدهم بضوابط معينة تستوجب الخضوع لها في تكوين قناعتهم من الأدلة المطروحة أمامهم في الدعوى، بل ألزمهم بأن يتساءلوا في قرارة أنفسهم بأن يمحسوا بتفان ضمائرهم عن أي تأثير أحدثته الأدلة المسندة إلى المتهم في إقتناعهم وأوجه الرد عليها، ولم يضع لهم القانون سوى تساؤل وحيد يتضمن كل نطاق واجباتهم: هل لديكم إقتناع شخصي؟

ومما سبق يتبين أن المشرع الجزائري شأنه شأن التشريعات الأخرى، لم يشد على قاعدة الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، بل حرص على تبنيها والنص عليها وأوجد الأساس القانوني لها.

المطلب الثاني: مجال أعمال حرية القاضي الجزائي في الإقتناع

المشرع الجزائري وعلى غرار أغلبية التشريعات المقارنة، قد أخذ بنظام الإثبات الحر في المواد الجزائية، وتعني هذه الحرية أنه قد حدد الأدلة المقبولة في الإثبات، إلا أن قوة الإثبات لكل دليل متروكة للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

ويمكن القول بأن نطاق تطبيق مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع يشمل مجالين في إطار القانون الجزائري:

الفرع الأول: النطاق الموضوعي لإعمال حرية القاضي الجزائي في الإقتناع

تتميز هذه المرحلة بإستقرار إعتقاد القاضي على رأي معين، سواء بالإدانة أو البراءة معتمدا في ذلك على الأدلة الكافية واليقينية التي تؤدي إلى الرأي الذي انتهى إليه، وبالتالي متى أصبح إقتناعه الشخصي إقتناعا موضوعيا، فعليه أن يلتزم بتبيان مصادر إقتناعه، بحيث يقنع كل مطلع على حكمه بعدالته وتستطيع المحكمة العليا أن تبسط رقابتها على حكمه ولا يعتبر ذلك تدخلا في حريته، لأنه مازال يملك هذه الحرية في المرحلة الأولى في بحثه عن الأدلة وتقديره الشخصي لها واطمئنانه إليها، أما إذا ما تكونت لديه الأدلة، فإنه يلتزم ببيانها، وبذلك يتحقق قدر من التوازن بين الحرية في الإقتناع وبين التدليل على صحة هذا الإقتناع⁽⁰⁵⁾.

فالحكم الذي يصدره القاضي عن طريق تحليل الوقائع ووزن الأدلة هو حكم موضوعي وليس مجرد رأي حر، لذلك عليه تبيان الأدلة على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم وهذا هو المقصود بالإثبات في المواد الجنائية⁽⁰⁶⁾.

تعتبر حرية القاضي في تقدير وسائل الإثبات المطروحة عليه في الدعوى نتيجة منطقية لمبدأ القناعة الشخصية للقاضي الجزائي، إلى جانب الحرية في اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات، فإن كان القاضي حرا في تكوين عقيدته من أي مصدر يطمئن إليه في تقدير قيمة الدليل الناجم عن الدعوى، دون أن يملي عليه المشرع حجية معينة أو يلزمه بإتباع وسائل محددة للكشف عن الحقيقة كقاعدة عامة، إلا أنّ هذا الإقتناع يجب أن يكون منطقيا وليس مبنيا على محض التصورات الشخصية للقاضي، بحيث إذا أعتد في تفكيره على أساليب ينكرها المنطق السليم فإنه يعرض حكمه للنقض⁽⁰⁷⁾.

الفرع الثاني: النطاق الشخصي لإعمال حرية القاضي الجزائي في الإقتناع

تتميز هذه المرحلة بأنها ذات طابع شخصي، لأنها تعتمد على التقدير الشخصي لقاضي الموضوع في إستخلاصه لحقيقة الواقعة، وبحثه عن الأدلة التي تثبت هذه الحقيقة، فهو يملك سلطة واسعة في بحثه عن الأدلة التي تمكنه من إستنتاج رأي يقيني، يتحوّل به هذا الإعتقاد الحسي الشخصي إلى إقتناع موضوعي.

وقد إستقر الفقه والقضاء على مبدأ أنّ الإقتناع الشخصي يطبق أمام جميع أنواع القضاء الجنائي، من محاكم الجنايات إلى محاكم الجرح والمخالفات ودون تمييز بين القضاة والمحلفين، حيث أنّ المشرع الجزائري لم يفرق بينهما في محكمة الجنايات حيث تنصن 284 ق.إ.ج الجزائري بأن يقسم المحلفون على أن يصدر إقراراتهم طبقا لضمائرهم وإقتناعهم الشخصي، وكذلك 307 ق.إ.ج الجزائري الفقرة الأخيرة، "هل لديكم إقتناع شخصي...?"⁽⁰⁸⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد عمم تطبيق هذا المبدأ على الجنايات والجرح والمخالفات بموجب المادتين 353 و427 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁽⁹⁾.

المبحث الثاني: ضوابط إقتناع القاضي الجزائي بالدليل العلمي

تتباين الضوابط التي تحكم قناعة القاضي الجزائي في الأخذ بالدليل العلمي أو رده بين ضوابط متعلقة بدرجة الإقتناع، وأخرى متعلقة بالدليل الجنائي العلمي في حد ذاته.

المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بدرجة الإقتناع

تحكم القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي بالدليل العلمي ضوابط لا بد من توافرها، حتى تكون هذه القناعة موضوعية ولا لبس عليها، ويعدّ بناء الإقتناع الشخصي على الجزم واليقين، وكذا صلاحية الدليل في حد ذاته ليكون إما دليلاً للإثبات أو للنفى أهم ضابطين يحكمان هذه القناعة.

الفرع الأول: بناء الإقتناع الشخصي على الجزم واليقين

إنّ الأصل في الإنسان البراءة، وهذا يقين لا يزول إلا بيقين مثله أو أقوى منه، ولذلك فإنّ الأحكام الصادرة بالإدانة والتي يترتب عليها هدم هذه القرينة، يجب أن يكون مبناها اليقين الذي يقوى على إثبات عكس هذا الأصل، فالشك والإحتمال إذا ما تطرق إلى إقتناع قاضي الموضوع وعجز عن الوصول في قضائه إلى اليقين، فإنّه يجب عليه أن يفسر ذلك لصالح المتهم ويحكم بالبراءة، فالدلائل والقرائن غير القاطعة، يحوطها الشك، ومن ثم فلا تصلح منفردة لأن تكون دعامة لأحكام الإدانة والتي يجب أن يكون مبناها اليقين، ولا يعني بهما الجزم واليقين المطلقين، فذلك لا سبيل إلى تحقيقه بالنسبة للأدلة الإثباتية القولية، لأنّ اليقين أو الجزم المطلق إنّما هو شيء يتحقق فقط في الأمور التي لها تكييف مادي بالترقيم أو التحليل أو الإحصاء، أما المعنويات كالإيمان والعدالة وما إليها فإنّها لا تكون إلا نسبية فقط ومن ثم لا يطلب أن يكون يقين القاضي مطلقاً⁽¹⁰⁾ وإنّما يكفي أن يكون نسبياً، بمعنى آخر المطلوب أن تبنى عقيدة القاضي بناء متجها نحو عدم الشك أو الرجحان، وإنّما يكون بناؤها على أساس من الإحتمالات ذات الدرجة العالية من الثقة.

فعند شك القاضي الجنائي وعدم إطمئنانه لثبوت التهمة، أو عدم كفاية الأدلة المقدمة ضد المتهم، يكون القاضي ملزماً بإصدار حكمه ببراءة المتهم، وهو ما يعبر عنه بقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم⁽¹¹⁾.

وهذه القاعدة تعدّ في المواد الجنائية إحدى النتائج المباشرة لقرينة البراءة، فالشبهات التي تحوم حول شخص معين، - والتي تستهدف الدعوى الجنائية إما تبديدها أو تحويلها إلى يقين قضائي أمام قضاء الحكم- هي التي تتحكم في قرار القاضي بالإدانة أو البراءة، فإذا عجزت النيابة العامة عن إقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم بإرتكابها، فإنّ قاضي

الحكم يصبح ملزماً أمام غياب الدليل بإصدار حكمه ببراءة المتهم، ذلك أنّ الشك في ثبوت التهمة أو في نسبتها إلى المتهم، الذي لم تستطع النيابة العامة أن تبدهه يفسر لصالح للمتهم إذ يعتبر دليلاً إيجابياً على براءته⁽¹²⁾. والملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يتناول موضوع تفسير الشك لصالح المتهم في قانون الإجراءات الجزائية، ولكن قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1982/01/05 في الطعن رقم 25628 على: "أنّ الشك لصالح المتهم لا يكون محل سؤال مستقل وإنما هو مندرج ضمنياً في السؤال الرئيسي بحيث إذا شك أحد أعضاء محكمة الجنايات في إدانة المتهم فما عليه إلا أن يجيب بالنفي على السؤال المطروح عليه طبقاً لإقتناعه الشخصي ومرفقاً لأحكام المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية⁽¹³⁾".

فإقتناع قاضي الموضوع ذاتي ونسبي، حيث أنّه يتكون من عنصرين: عنصر شخصي يكون لدى القاضي نفسه، من خلال تقديره للأدلة والوصول من خلال هذا التقدير إلى إقتناع شخصي يفضي به إلى إقتناع موضوعي يتكون هذا الأخير من اليقين، والذي من خلاله يقنع الغير بصحة الرأي الذي توصل إليه إقتناعه الشخصي⁽¹⁴⁾.

الفرع الثاني: صلاحية الدليل في تكوين عناصر إثبات أو نفي

يشترط في الدليل الذي يستند إليه القاضي في تكوين إقتناعه أن يكون صالحاً لتكوين أدلة إثبات أو نفي، وذلك لا يتم ذلك إلا إذا كان هذا الدليل مستمداً من الواقع، ومنطقياً لا يتنافى مع العقل ومتماشياً مع سائر الدلائل التي تتجه إلى تحقيق الغاية نفسها، ولا تتنافى مع العقل والمنطق، إذا لا يصح إستخلاص نتيجة خاطئة ولو من دليل صحيح أو واقعة ثابتة، وإلا كان الحكم معيباً بالخطأ في الإستدلال مما يعيبه ويستوجب نقضه، فلا يحكم بالإدانة إلا إذا إطمأن ضمير القاضي إليها بشرط أن يكون هذا الإطمئنان مستمداً من أدلة قائمة في الدعوى، إنّ القانون لا يشترط في الأدلة التي تقام عليها الأحكام أن تكون مباشرة، بل يكفي أن تكون من شأنها أن تؤدي إلى تلك النتائج الحقيقية بعملية منطقية، فإستخلاص النتائج من المقدمات هو من صميم عمل القاضي على أن تكون الحقيقية مستخلصة إستخلاصاً سائغاً من الأدلة المعروضة عليه، وليس من مقتضى المحكمة العليا أن تراقب مدى كفاية هذه الأدلة في الإثبات أو النفي، لأنّها محكمة قانون لا محكمة وقائع. كما لا يشترط في الدليل أن يكون صريحاً بنفسه على الواقعة المراد إثباتها، بل يكفي أن يكون إستخلاص ثبوتها عن طريق الإستنتاج مما تكشف للمحكمة عن الظروف والقرائن وترتيب النتائج على المقدمات". فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 07 ماي 1985 في الطعن رقم 37941: "لا يكفي لصحة القرار الجزائي أن يكون مسبباً فحسب بل يجب أن تكون النتائج التي إستخلصها قضاة الموضوع من الأدلة التي عرضت عليهم إستخلاصاً سائغاً منطقياً وقانونياً وإلا تعرض قرارهم للنقض⁽¹⁵⁾".

إنّ الإستخلاص السائغ للدليل عقلا ومنطقيا، هو الذي يجعل الحكم القضائي تعبيرا عن إقتناع موضوعي للقاضي وليس نتيجة رأيه الشخصي، أن يعتمد في تكوين قناعته على الإستقراء والإستنباط لقبول أي دليل للإثبات، وهذا يتطلب منه اليقين القضائي لتجميع صورة ذهنية حقيقية خالية من الشك، ومراعي للقواعد القانونية والإجرائية وحتى لا يقع خارج منطقية هذا اليقين القضائي⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة بالدليل الجنائي العلمي الفرع الأول: طرح الدليل العلمي للمناقشة أثناء المرافعة

إنّ القاضي لا يمكن أن يؤسس إقتناعه إلا على العناصر الإثباتية التي طرحت في جلسات المحاكمة، وخضعت لحرية مناقشة أطراف الدعوى، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المادة 2/212 من قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁷⁾.

لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه "وبمعنى أنه لا يجوز للقاضي أن يبني إقتناعه إلا على الأدلة التي طرحت أمامه وخضعت لمناقشة من أطراف الخصومة، فإستناده إلى أدلة لم تطرح للمناقشة في الجلسة موجب للبطلان، والقاعدة أنّ القاضي لا يحكم إلا بناء على التحقيقات التي حصلت في مواجهة الخصوم وشفاهيا، إذ يجب أن يكون الدليل الذي يستند عليه قاضي الموضوع موجودا ضمن أوراق الدعوى الموضوعية تحت بصره أي أنّ الدليل الذي تبني عليه المحكمة حكمها له أصل ثابت في ملف الدعوى وأن يكون قد طرح للمناقشة دون تفرقة بين دليل الإدانة أو دليل البراءة، والتي أتيح للخصوم الإطلاع عليها ومناقشتها في الجلسة وإبداء رأيهم فيها وعدم مناقشته بأدلة إثبات إستعملت كدليل ولا علم لهم بها أصلا، وذلك لأنّ الدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشة لا يجوز الأخذ به، ولا يبني الحكم عليه ما دام لا سند له في أوراق الدعوى، ونفس الشيء بالنسبة لقاضي الموضوع إذا إستند على أوراق وعثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أنّ هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها، أو كان مبنيًا على تحقيق جنائي لم تناقشه الخصوم، لأنّ حيده القاضي توجب عليه أن لا يقيم قضاءه إلا على ما طرح أمامه وكان موضع الفحص والتحقيق⁽¹⁸⁾.

من الملاحظ أنّ المشرع الجزائري في المادة 302 من ق.إ.ج.ج إستخدم عبارتي "إنّ لزم الأمر" و"إن كان ثمة محل ذلك" بمعنى أنّ عرض الأدلة أمر جوازي رهين بسلطة تقديرية للقاضي، متى رأى أنّه من اللازم أن يفعل ذلك وإن لم يعرضها من تلقاء نفسه يمكن للمتهم أو محاميه طلب عرضها هنا لا يجوز له أن يستند إليها في حكمه إلا إذا كان قد عرضها على المتهم، وفي حالة إذا ما سكت الأطراف ولم يطلب عرضها جاز له الإستناد إليه أي تسليم بوجود هذه الوسائل⁽¹⁹⁾.

الفرع الثاني: إخضاع الدليل العلمي لقاعدة تساند الأدلة وتظاferها

أجمع الفقه والقضاء على أنه يجب على القاضي المطروح أمامه الدعوى أن يدل على صحة عقيدته في تسبب حكمه بأدلة تؤدي إلى ما رتبته عليها، حيث لا يشوبها خطأ في الإستدلال، ولا يعترها تناقض أو تخاذل، وذلك لأن الأدلة في المواد الجنائية متساندة ومتماسكة يكمل بعضها بعضا، ولأن قاضي الموضوع يكون عقيدته منها مجتمعة، لا من كل دليل منها على حدة، بحيث إذا سقط بعضها أو أستبعد تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذي كان للدليل الباطل في الرأي الذي إنتهى إليه قاضي الموضوع، أو الوقوف على ما كان ينتهي إليه من نتيجة، فلا ينظر إلى دليل منها لمناقشته على حدة دون باقي الأدلة، وإنما يجب أن تكون الأدلة في مجموعها كوحدة مؤدية إلى ما قصده الحكم منها، ويفترض هذا الشرط توافر عدة أدلة في الدعوى⁽²⁰⁾، لذلك فالأصل أنه لا يجوز أن ينظر إلى دليل منها وفحصه أو مناقشته بمعزل عن باقي الأدلة في الدعوى، وإنما يتعين اعتبارها جميعا وحدة واحدة.

إنّ علة هذا الشرط، أنه سوف يتعذر معرفة مبلغ الأثر الذي كان للدليل الباطل أو المستبعد في الرأي الذي إنتهت إليه المحكمة، ولهذا فإنّ هذه القاعدة لا تمنع محكمة الموضوع من حقها في إستبعاد أي دليل لا ترتاح إليه، بل لا يمنعها من تجزئة الدليل والأخذ بجزء منه وطرح الجزء الآخر الذي لا يطمئن إليه، وذلك بشرط ألا يكون من شأن تلك التجزئة مسخ الدليل، وعلى ذلك فإنّ إستبعاد الدليل المستمد من واقعة الضبط، ليس من شأنه أن يمنع المحكمة من الأخذ بعناصر الإثبات الأخرى، التي ترى المحكمة أنّها مستقلة عن تلك الواقعة وقائمة بذاتها، وكل هذا بشرط الإلمام بظروف الدعوى والمراحل التي سلكتها، وما تم فيها من إجراءات إلماما صحيحا⁽²¹⁾.

فإذا بطل دليل من الأدلة أو أبطل تسبب الحكم ولو بالنسبة لدليل واحد منها فحسب نقض الحكم كله، واعتبر معيبا يقتضي إعادة النظر في كفاية باقي الأدلة لدعم الإدانة، ولا يغير من ذلك شيئا أن يكون في الدعوى دليل آخر صحيح أو أكثر إستند إليه الحكم المطعون فيه⁽²²⁾.

خاتمة

تبنى الأحكام الجزائية على اليقين الذي لا يدحضه شك والذي يستمدده القاضي من الأدلة المطروحة أمامه والمرتبطة بالدعوى الجزائية، شريطة أن تكون هذه الأدلة مشروعة ومحصلة بالطرق القانونية، فلا يشوبها عيب يسمح بالطعن فيها أو في صحة إجراءات الحصول عليها، كما يجب أن تطمئن المحكمة إلى هذه الأدلة، وهذا ما يطلق عليه بالسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، حيث يبني قناعته إعتقادا على ما طرح أمامه من أدلة في المرافعة، سواء أكانت تلك القناعة مبنية على دليل منفرد أو بأدلة متساندة أو غير ذلك...

ويتفق في ذلك الدليل العلمي مع الدليل العادي في خضوعه للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي، إلا إذا نص القانون على غير ذلك، والمشرع الجزائري يتفق مع أغلب التشريعات الأخرى في إخضاع الأدلة العلمية للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي " وإن كان لم ينص على ذلك صراحة".

ومما سبق بيانه، يمكن أن نستنتج بأن تطور أدلة الإثبات في العصر الراهن خلق تباينا واضحا في حجية الدليل، بين قطعيته في المجال العلمي وخضوعه للسلطة التقديرية أمام القضاء الجزائي، مما يمنح القاضي في المواد الجزائية سلطة واسعة في تقدير الأدلة العلمية، غير أن هذه السلطة محاطة بمجموعة من الضوابط القانونية، على رأسها طرح الدليل العلمي للمناقشة أثناء المرافعة وإخضاع الدليل العلمي لقاعدة تساند الأدلة وتضافرها.

يفعل المشرع الجزائري حسنا بأن ينظم في طيات منظومته القانونية الأدلة العلمية كغيره من القوانين المقارنة، كأن ينص على ما هو مشروع منها وما هو غير مشروع، وذلك حتى يتفادى الخوض في مدى مشروعية دليل مطروح أمام القضاء ولا وجود لنص قانوني بشأنه، وكذا إبراز سلطة القاضي الجزائي وحدودها فيما يخص تقدير الدليل العلمي في حد ذاته وليس فقط في كيفية الحصول عليه، كما يجب تنظيم دورات علمية لرسكلة القضاة وضمان الإتصال الدائم بينهم وبين الخبراء لضمان الوصول إلى أعلى درجات الإحترافية، والتواصل الدائم بين القاضي الجزائي وما يستحدث من أدلة علمية.

الهوامش:

- (1) أغليس بوزيد، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالافتناع الذاتي للقاضي الجزائي، دون طبعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر، 2010، ص 113.
- (2) محمد عبد الكريم العبادي، القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي ورقابة القضاء عليها، دون طبعة، دار الفكر، الأردن، 2010، ص 17.
- (3) إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 2005، ص 336.
- (4) الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 يونتيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية المعدل والمتمم.
- (5) عبد الحميد الشواربي، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1990، ص 16.
- (6) نبيل صقر، الإثبات في المواد الجزائية، دون طبعة، دار الهدى، -عين مليلة- الجزائر، دون سنة، ص 40.
- (7) إلهام صالح بن خليفة، دور البصمات والآثار المادية الأخرى في الإثبات الجنائي، دون طبعة، دار الثقافة، -عمان- الأردن، 2014، ص 247.
- (8) مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، ج 1، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 635.
- (9) محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 468.
- (10) إيمان محمد علي الجابري، المرجع السابق، ص 353.

- (11) عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الإلكتروني في مجال الاثبات الجنائي - في القانون الجزائري والمقارن-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 243.
- (12) إيمان علي الجابر، المرجع السابق، ص 356.
- (13) إيمان علي الجابر، المرجع نفسه، ص 358.
- (14) جيلالي بغداددي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1999.
- (15) جيلالي بغداددي، المرجع نفسه، ص 238.
- (16) جيلالي بغداددي، المرجع نفسه، ص 239.
- (17) إيمان علي الجابر، المرجع السابق، ص 360.
- (18) المادة 212 فقرة 02 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
- (19) عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي التطبيقي، دون دار نشر، جمهورية مصر العربية، دون سنة نشر. ص 477.
- (20) إيمان علي الجابر، المرجع السابق، ص 361.
- (21) عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 480.
- (22) نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 372.

نظام المثل الفوري بديل لإجراءات التلبس في التشريع الجزائري*

BOUSRI Abdellatif, Doctorant,
Département des Sciences Juridiques,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Batna 01, Batna, Algérie.

بوسري عبد اللطيف، طالب دكتوراه،
قسم العلوم القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة باتنة 01، باتنة، الجزائر.

الملخص:

يعدّ نظام المثل الفوري نقطة تحول مهمة في السياسة العقابية للمشروع الجزائري، حيث أحله محل إجراءات التلبس بغرض تبسيط إجراءات المتابعة والمحاكمة، ولضمان رد فعل عقابي سريع، وإحالة المتهمين أمام جهة الحكم التي تسند لها صلاحية الحبس، بدلا من النيابة العامة التي تبقى طرفا في الخصومة، حيث ينحصر دورها فقط في عبء الإثبات وتقديم التماساتها القانونية.

الكلمات المفتاحية:

إجراءات المثل الفوري، إجراءات التلبس، المحاكمة العادلة.

The system of immediate appearance is an alternative to the procedure of flagrant delicto in Algerian legislation

Abstract:

The system of immediate appearance is considered as important turning point in the penal policy, For Algerian legislator who substituted the procedures of the flagrante delicto, in order to simplify the pursuit procedures and to guarantee a rapid penal reaction and to the accused to appear in the court to which the competence of detention is attributed instead of the public prosecutor which remains a part in the trial .this role is limited to the burden of proof and legal request.

Key words:

The system of immediate appearance, the procedures of the flagrante delicto, fair trial.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/09/04 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/10/10 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Le régime de comparution immédiate, une alternative à la procédure de flagrant délit en droit algérien

Résumé:

Le système de comparution immédiate constitue un tournant important dans la politique pénale algérienne en ce qu'il substitue aux procédures de flagrant délit et ce, dans le but de simplifier les procédures de poursuite et de garantir une procédure pénale rapide ainsi que de déférer les prévenus devant la juridiction à laquelle est attribuée la compétence de mise en examen au lieu du parquet qui reste une partie au procès., car le rôle de ce dernier se limite à la charge des preuves et les requêtes légales.

Mot clés :

Procédure de la comparution immédiate, la procédure de flagrant délit, procès équitable.

مقدمة

يمثل قانون الإجراءات الجزائية أحد أهم المؤشرات الدالة على مكانة حقوق الإنسان في أي نظام قانوني، وعلى أساسه يقاس مدى تجسيد التوازن اللازم بين حماية الحقوق والحريات الفردية، وتوفير شروط المحاكمة العادلة من جهة وواجب الدولة في متابعة مرتكبي الجرائم وتمكينها من سلطتها في العقاب من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق جاء الأمر 02-15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، وأدرج المواد من 339 مكرر إلى 339 مكرر⁽¹⁾ يقنن فيها نظاما جديدا يسمى إجراءات المثلث الفوري أمام المحكمة، والذي تم تكريسه كبديل لإجراءات الجرح المتلبس بها والتي كانت في ظل المواد 59،338،339 من ذات القانون، وقد حمل هذا التعديل أحكاما تهدف إلى إحداث تغييرات أساسية في سير القضاء الجزائي، وأسلوب تسيير الدعوى العمومية على نحو يجسد فعليا دور القضاء في ضمان حماية قرينة البراءة والحقوق والحريات الفردية التي نص عليها الدستور. ونظام المثلث الفوري بهذا المعنى يعدّ كآلية جديدة تقوم على المعالجة الآنية للدعوى الجزائية، والتي على أساسها يتم تقديم المشتبه فيه مرتكب الجرح المتلبس بها فورا أمام جهة الحكم بعد تقديمه لوكيل الجمهورية.

وعليه الإشكالية المطروحة :

إلى أي مدى يمكن لنظام المثلث الفوري أن يحقق أهداف السياسة العقابية للمشرع من جهة، وضمان مبدأ المحاكمة العادلة من جهة أخرى؟
هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الخطة التالية:

الفرع الأول: شروط ممارسة إجراءات المثلث الفوري أمام وكيل الجمهورية .

الفرع الثاني: قواعد المحاكمة عند الإخطار بإجراءات المثلث الفوري.

الفرع الأول: شروط ممارسة إجراءات المثلث الفوري أمام وكيل الجمهورية

يعتبر هذا النظام خيارا من خيارات المتابعة التي تتخذها النيابة وفق ملاءمتها الإجرائية في إخطار المحكمة بالقضية، وقد ورد التنصيص عليه كأصل بالمادة 333 من قانون الإجراءات

الجزائية، ولكن يبقى أنّ سلطة ممارسة ممثل النيابة العامة لإجراءات المثلث الفوري، قد قيدت بشروط موضوعية وإجرائية ودونها لا يجوز مباشرتها وتتمثل في:

أولاً: الشروط الموضوعية المرتبطة بالجريمة محل المتابعة الجزائية

نصت على هذه الشروط الموضوعية المادة 339 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، وتعدّ طبيعة الجريمة ونوعها ذات أهمية في تحديد آلية المتابعة الجزائية وفعاليتها، وسنتعرض لأهم شروط الجريمة موضوع المتابعة في مايلي :

1- شرط أن تكون الجنيحة متلبس بها

المشعر لم يضع تعريفاً صريحاً وواضحاً للجريمة المتلبس بها وترك الأمر للفقهاء، واكتفى فقط بالإشارة إلى حالاتها في المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية.

أ- تعريف الجريمة المتلبس بها

يعرف التلبس "على أنه المشاهدة الفعلية للجريمة أو التقارب الزمني بين كشفها ووقوعها"⁽²⁾، وكذلك "أنّ الجريمة واقعة وأدلتها ظاهرة ومظنة احتمال الخطأ فيها خفيفة والتأخر في مباشرة الإجراءات قد يعرقل سبل الوصول إلى الحقيقة"⁽³⁾.

كما أنّ للقضاء الجزائري مذهب فيما انتهى إليه المجلس الأعلى في قراره الصادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 27 أكتوبر 1964، وقرر بأنّ التلبس "لا يتطلب القبض على المتهم في نفس المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة، كما أنّ الفقه والقضاء متفقان على أنّ بداية التحريات طبقاً لحالة التلبس تكون قائمة ما دامت الأدلة ظاهرة وقائمة، والبحث فيها جارياً قصد اكتشاف المشتبه فيه والذي تتطلب إجراءاته القبض عليه فوراً"⁽⁴⁾.

ب- حالات التلبس

ذكرت صور التلبس في المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية وهذه الحالات عينية تتعلق بالجريمة لا بشخص الجاني⁽⁵⁾ ومعيار التفرقة بينها هو الفاصل الزمني بين وقت ارتكاب الجريمة بالفعل، وبين وقت اكتشاف مرتكبها وهي ستة حالات:

-مشاهدة الجريمة حال ارتكابها.-مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها.-متابعة العامة للمشتبه فيه بالصياح.- ضبط أداة الجريمة ومحلها مع المشتبه فيه.- وجود آثار تفيد بارتكاب الجريمة.- اكتشاف الجريمة في مسكن والتبليغ عنها في الحال.

وترجع حكمة المشعر في حصر حالات التلبس لتجنب التعسف من جانب ضباط الشرطة القضائية، وبالتالي جعل الإجراءات اللاحقة لها مشروعة وأدعى للثقة.

والتساؤل المطروح وبمفهوم المخالفة للمادة 339 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، هل يجوز تقديم القضايا غير المتلبس بها (التحقيق العادي) على وكيل الجمهورية للتصرف فيها وفقاً لإجراءات المثلث الفوري؟

حسب اعتقادنا فإنّ هذا النوع من القضايا لا يجوز إخضاعها لإجراءات المثلث الفوري، بل لوكيل الجمهورية الخيار في التصرف فيها بطرق أخرى، غير أنّ المشرع الجزائري لم يرتب أي جزاء كالبطلان في حالة مخالفة هذا الشرط، بيد أنّ المحكمة العليا قد أصدرت قراراً في السابق جاء فيه " أنّ التلبس المتخذ تجاه المتهم يعدّ إجراء من الإجراءات المخولة لقاضي النيابة بحكم المادة 333 من قانون الإجراءات الجزائية، وجاء في الديباجة ما يفيد أنّ النيابة قدرت ظروف حالة التلبس، لأنّ ذلك يدخل في اختصاصها ولا يجوز للمتهم مناقشة إجراء التلبس الذي قامت به"⁽⁶⁾.

وعليه هذا القرار جاء في ظل أحكام المادة 59 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، إلا أنّه موقف غير سليم ولا يمكن أن يطبق على إجراءات المثلث الفوري لأنّ إعطاء أمر تقدير حالة التلبس بصفة مطلقة لقضاة النيابة دون الاحتكام للضوابط المحددة في المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية يفتح الباب واسعا للتعسف والمساس بحقوق الإنسان وحرياته. وخلافاً لذلك، فإنّ المشرع الفرنسي في المادة 395 من قانون الإجراءات الجزائية كان أكثر وضوحاً ودقة، واستند على معيار العقوبة المقررة قانوناً للتفرقة بين القضايا المتلبس بها وغير المتلبس بها، بحيث أجاز تطبيق إجراء المثلث الفوري، إذا كانت الجريمة معاقب عليها بعقوبة تساوي أو تزيد عن عامين حبس في قضايا التحقيق العادي، وتخفف مدة الحبس لتكون ستة أشهر حبس إذا كانت الجنحة متلبس بها⁽⁷⁾.

2- شرط أن تكون الجنحة المتلبس بها معاقباً عليها بالحبس

وبالتالي إذا كانت العقوبة المقررة هي الغرامة فقط فإنّه لا موجب لإتباع هذا النظام، ويلاحظ أنّ المشرع قد حذف هذا الشرط خلاف ما كان عليه سابقاً بالنسبة لإجراء رفع الدعوى عن طريق التلبس، تجنباً للتزيد كون عدم النص على عقوبة الحبس يعدّ بمثابة تحصيل حاصل، ما دام أنّ المادة 339 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية تقر بإجرائها بالإيداع بالحبس والرقابة القضائية اللذان لا يطبقان إلا إذا كانت الأفعال المنسوبة للمتهم تعرضه لعقوبة الحبس، ومن ثمة لا معنى لإحالة متهم متابع بجريمة معاقب عليها بالغرامة أمام المحكمة عن طريق إجراء المثلث الفوري.

3- شرط أن لا تكون الجنحة من الجرائم التي تخضع المتابعة فيها لإجراءات تحقيق خاصة

حصرت المادة 339 مكرر فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الاستثناءات الواردة على تطبيق إجراءات المثلث الفوري في حالة واحدة وهي حالة الجنح، التي تخضع المتابعة فيها لإجراءات تحقيق خاصة، على عكس ما كان في السابق أي وجود ثلاث استثناءات أخرى تتمثل في الجنح ذات الطابع السياسي، جنح الصحافة والجنح المرتكبة من طرف الأحداث.

والتساؤل المطروح هل يكون المشرع الجزائري بذلك قد وسع من نطاق تطبيق إجراءات المثلث الفوري ليشمل هذا النوع من القضايا ذات الصبغة الخاصة؟
حسب اعتقادنا أنّ هذا غير صحيح، كون الدستور الجديد أقر صراحة بأن " لا تخضع جنحة الصحافة لعقوبات سالبة للحرية"⁽⁸⁾ وأيضاً قانون الإعلام نص فقط على الغرامات دون عقوبة الحبس⁽⁹⁾ بل أنّ قانون حماية الطفل ينص صراحة "على عدم جواز تطبيق إجراءات التلبس (المثلث الفوري) على الجرائم التي يرتكبها الطفل"⁽¹⁰⁾.

ثانياً: الشروط الإجرائية المطلوبة لإجراء المتابعة الجزائية

نصت على هذه الأحكام المواد 339 مكرر 1 إلى 339 مكرر 4 من قانون الإجراءات الجزائية، وقد حرص المشرع الجزائري خلال هذه المرحلة على اعتبار اللجوء إلى هذا النظام كاستثناء، بدليل تقييده بشرط عدم تقديم الشخص المقبوض عليه لضمانات كافية للمثلث أمام القضاء، كما أوجب إتباع إجراءات خاصة من حيث استدعاء الأطراف، وإعطاء وكيل الجمهورية سلطة استجواب المتهم، كما حرص خلال هذه المرحلة على ضمان وتدعيم حقوق الدفاع.

1- شرط عدم تقديم المتهم لضمانات كافية لمثوله أمام القضاء

يقصد بذلك عدم التزام المتهم بتقديم ضمانات شخصية قانونية تكفل حضوره إلى جلسة المحاكمة، كالمتهم الذي لا يقيم بدائرة اختصاص المحكمة المتابع أمامها ويُخشى من ظروف وملابسات القضية هروبه وعدم امثاله⁽¹¹⁾، وهذه الحالة تجيز لوكيل الجمهورية إحالة المتهم فوراً لأجل المحاكمة.

وحسب رأينا هذا المعيار غير كاف لوحده للتصرف بإجراء المثلث الفوري، ويجب أن تضاف إليه معايير أخرى، كأن تكون القضية مهيأة للفصل فيها والأدلة كافية، والوقائع المنسوبة للمشتبه فيه خطيرة... الخ.

وهنا نشير إلى أنّ المعيار الأول أخذ به المشرع الفرنسي ضمن أحكام المادة 395 من قانون الإجراءات الجزائية، وحبذا لو سار المشرع الجزائري على نفس المنوال، ولكن ما دام نظام المثلث الفوري مستمد من التشريع الفرنسي، فلا مانع للأخذ بها على سبيل الاستئناس، وهذا تجنباً لتعسف النيابة العامة في اللجوء لهذا الإجراء بصفة مفرطة دون مبرر شرعي خلافاً لنية المشرع.

2- استدعاء أطراف القضية واستجواب المتهم

نصت على هذه الإجراءات المتتالية أحكام المواد 339 مكرر 1 و 339 مكرر 2 و 339 مكرر 3 وسنتطرق لها بالشرح في ما يأتي:

أ- استدعاء أطراف القضية

بالعودة إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية، يتجلى أنّ تقديم المشتبه فيه المقبوض عليه أمام وكيل الجمهورية، لا يطرح أي إشكال طالما أنّه في الغالب يكون موقوفاً تحت النظر، أما ضحية الجريمة إن وجد فإنّ مصلحته تستدعي الحضور وإلا اعتبر تاركاً لادعائه عند المحاكمة. وحرصاً من المشرع الجزائري على تقديم جميع أطراف القضية أمام وكيل الجمهورية ومن ثمة أمام جهة الحكم، فقد أجاز لضابط الشرطة القضائية استدعاء الشهود شفاهة، ويلزم هؤلاء بالحضور تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها قانوناً.

ب- استجواب المتهم

لدى مثلث المتهم أمام وكيل الجمهورية، يجب على هذا الأخير أن يسأله عن هويته ويحيطه علماً بكل ما يوجه إليه من تهم، ويسمح له بالإدلاء بأقواله بكل حرية دون ضغط أو تأثير على إرادته⁽¹²⁾ ويعدّ الاستجواب إجراء من إجراءات التحقيق الممنوحة لوكيل الجمهورية لجمع أدلة الإثبات، ومناقشة المتهم في الوقائع المنسوبة إليه عن كثب، كما أنّه إجراء يمكن المتهم من الدفاع عن نفسه، بإتاحة الفرصة له للإطلاع على الأدلة المقدمة ضده ومحاولة دحضها، وكذا مواجهته بتصريحات الضحية والشهود إن وجدوا⁽¹³⁾

3- الحق في الدفاع واستعانة المتهم بمحامي

تدعيماً لحق المتهم في الدفاع عن نفسه، أقرت المادة 339 مكرر3 قانون الإجراءات الجزائية حقه في الاستعانة بمحامي عند مثوله أمام وكيل الجمهورية، وفي هذه الحالة يكون دور المحامي سماعياً فقط، ويجب أن ينوه في محضر الاستجواب بحضور محامي المتهم، والذي يسمح له بعدها للإطلاع على ملف موكله، وتمكينه من الاتصال بالمتهم على انفراد في مكان مهياً لهذا الغرض وتحت مرأى مصالح الأمن.

ورغم ما جاء في نص المادة المذكورة من حرص على حق المتهم في الدفاع، إلا أنّه يتضمن انتقاصاً في هذا الحق، وكنا نتمنى أن يتبع المشرع الجزائري نظيره الفرنسي، بالنص صراحة على وجوب حضور المحامي عند تقديم المتهم واستجوابه من وكيل الجمهورية، وفي حالة تعذر اختياره من المتهم يتم الاستعانة بنظام المساعدة القضائية، بوضع قائمة لمحامين مداومين على مستوى الجهة القضائية، مع التنويه إلى ذلك في محضر الاستجواب تحت طائلة البطلان، وهو ما يسمح للمحامي بالتحضير الجيد ودراسة الملف ووضع إستراتيجية دفاع أمام جهة الحكم وفق ما يستجيب لمبادئ المحاكمة العادلة.

والملاحظ أنّ المادة 339 مكرر2 من قانون الإجراءات الجزائية أعلاه، تلزم وكيل الجمهورية بإبلاغ المتهم بأنّه سيمثل أمام المحكمة فوراً كما يبلغ الضحية والشهود بذلك.

وهنا نتساءل، هل الإبلاغ بالجلسة يكون شفاهة أو بمحاضر تبليغ أو يكفي أن يشار لذلك في محضر الاستجواب؟

حسب رأينا، فمن الأجدر أن يكون التبليغ بموعد المحاكمة بموجب محاضر تبليغ بمعرفة أمين الضبط، حتى تتمكن جهة الحكم من بسط رقابتها على صحة إجراءات التكليف بالحضور، وهذا ما يمكن القاضي من تحديد طبيعة الحكم (حضورى اعتباري أو غيابي) وبالتالي يتفادى تأجيل القضية لحضور الأطراف دون مسوغ شرعي، وما يترتب على ذلك من تأخير في الفصل في القضايا وكذا مخاطر إيداع المتهم الحبس المؤقت⁽¹⁴⁾ في أول جلسة بمبرر إجرائي لا ذنب له فيه، أما بالنسبة لحضور المتهم فلا يطرح أي إشكال، ما دام أنه تحت الحراسة الأمنية إلى غاية مثوله أمام المحكمة.

الفرع الثاني: قواعد المحاكمة عند الإخطار بإجراء المثلث الفوري

يعتبر إخطار المحكمة بنظام المثلث الفوري من أهم الطرق المتبعة لممارسة الدعوى الجزائية، غير أن هناك حالات يمكن أن تطرأ تستوجب تأجيل الفصل في الدعوى إلى جلسة لاحقة، أما إذا كانت القضية مهيأة للفصل فيها فيتم البت فيها حالاً.

أولاً: حالة تأجيل الفصل في القضية الجزائية

ويكون ذلك بناءً على أسباب قانونية، سيما أن ذلك يترتب أثراً على حرية المتهم المائل أمام المحكمة.

1- أسباب تأجيل الفصل في القضية الجزائية

نصت المادة 339 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية على صورتين لتأجيل الفصل في الدعوى الجزائية، وهي حالة تمسك المتهم بحقه في تحضير دفاعه، والحالة الأخرى إذا رأت المحكمة أن الدعوى غير مهيأة للفصل فيها.

أ- التأجيل لإعداد دفاع المتهم

إنّ قضايا المثلث الفوري على غرار جلسة التلبس سابقاً في ظل القانون القديم، توجب على رئيس الجلسة تنبيه المتهم بحقه في تحضير دفاعه، وإذا استعمل هذا الحق وجب على المحكمة أن تمنحه مهلة ثلاثة أيام على الأقل، وتقرر تأجيل الفصل في موضوع الدعوى إلى جلسة لاحقة وتحيط المتهم علماً بها، كما أنّ للمتهم أن يتنازل عن هذا الحق ويصرح بأنه يقبل أن تتم إجراءات محاكمته في نفس الجلسة⁽¹⁵⁾.

وهنا نؤكد أن رئيس الجلسة ملزم بالتنويه بهذا الحق وإبرازه في حيثيات الحكم تحت طائلة نقض الحكم، طبقاً لما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، والذي جاء فيه "متى ثبت أن الحكم المستأنف لم يتضمن الإشارة إلى أنّ رئيس الجلسة قد نبه المتهم المحال أمام محكمة

الجنح في حالة التلبس إلى حقه في طلب مهلة لإعداد دفاعه، فإنّ قضاة الاستئناف الذين أغفلوا مراعاة أحكام هذه القاعدة يكونوا قد أخلوا بحقوق الدفاع"⁽¹⁶⁾.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي، نجد أنّه أحاط إجراءات المثلث الفوري بضمانات أكثر في حماية حق الدفاع للمتهم المائل أمام المحكمة، ما دام أنّه مهدد برد فعل عقابي سريع وقد يكون شديداً، وعليه أوجب على القاضي أن يخطر المتهم بحضرة دفاعه، على أنّ له الخيار في البت في قضيته في نفس اليوم أو تأجيلها بموافقته إلى تاريخ لاحق على أن لا يقل عن أسبوعين، ولا يزيد على ستة (06) أسابيع، والحكمة من إعطاء هذه المدة الطويلة نسبياً للمتهم لأجل تحضير دفاعه جيداً خلال مدة معقولة حسب متطلبات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽¹⁷⁾، وحبذا لو تبني المشرع الجزائري نفس الموقف وأعطى مدة كافية للمتهم لتحضير دفاعه.

ب- التأجيل إذا رأت المحكمة أن الدعوى غير مهيأة للفصل فيها

وهي الأسباب التي تدفع القاضي إلى اتخاذ قرار بتأجيل الفصل في موضوع الدعوى إلى تاريخ لاحق وهي (استدعاء من تخلف عن الحضور كالضحية أو الشاهد، استحضر وثائق معينة... الخ) وغيرها من حالات التأجيل الجدية، التي ترى المحكمة بأنّه من الضروري استيفائها للفصل في الدعوى على أحسن وجه، والتأجيل يكون لأقرب جلسة ممكنة.

2- أثار تأجيل الفصل في الدعوى الجزائية على حرية المتهم

ينشأ عن التأجيل للأسباب المذكورة سلفاً، ضرورة البت في حرية المتهم وذلك بعد الاستماع لطلبات النيابة والمتهم ودفاعه إن وجد، خلالها يجب على المحكمة أن تقرر اتخاذ احد التدابير التالية:

- بترك المتهم حراً

- إخضاع المتهم لتدابير الرقابة القضائية

- وضع المتهم في الحبس المؤقت.

ويلاحظ أنّ المشرع وُفق كثيراً في ترتيب التدابير المذكورة، ولم يكن هذا التدرج عبثاً وإنما استجابة لمقتضيات قرينة البراءة، فبدأ بالمبدأ أي ترك المتهم حراً وهو الأصل، ثمّ تدرج إلى تقييد حرية المتهم ببعض التزامات الرقابة القضائية، انتهاء إلى آخر تدبير استثنائي وهو وضع المتهم رهن الحبس المؤقت.

أ- الأمر بترك المتهم حراً

ومن المعايير التي قد يلجأ إليها القاضي لترك المتهم حراً:

- تقديم المتهم لضمانات كافية للمثلث أمام المحكمة.-عدم خطورة الوقائع.-عدم قيام عناصر الجريمة المتابع بها وعدم إسناد الجريمة للمتهم... الخ.

والتساؤل المثار هل يجوز لقاضي المثول الفوري الإفراج مؤقتاً عن المتهم الذي سبق أن أمر بحبسه في جلسة سابقة؟

الرد جاءت به أحكام المادة 128 من قانون الإجراءات الجزائية والتي نصت "...مع مراعاة أحكام المادة 339 مكرر 6 من هذا القانون، إذا فصلت المحكمة في طلب الإفراج فإن الاستئناف يتعين رفعه في ظرف أربع وعشرين (24) ساعة من النطق بالحكم. إذا أمرت المحكمة بالإفراج عن المتهم فيخلى سبيله في الحال رغم استئناف النيابة..."

ويفهم من ذلك، أنه وإن كان قاضي المثول الفوري قد أمر بترك المتهم حراً والحال أن هذا الأمر غير قابل للاستئناف، فإن الوضعية تختلف إذا تم الإفراج عن المتهم بعد أن كان محبوساً بأمر من المحكمة في جلسة سابقة، وبالتالي يفرج عن المتهم فوراً بموجب أمر مسبب، غير أن النيابة تسترجع حقها في الاستئناف خلال أربع وعشرين (24) ساعة من النطق به.

ب- الأمر بإخضاع المتهم لتدابير الرقابة القضائية

الرقابة القضائية تعدّ كبديل للحبس المؤقت استحدثها المشرع الجزائري للحدّ من خطورة الحبس المؤقت، فهي أقلّ مساساً وتعرضاً للحرية الفردية لأنها لا تحرم الفرد من حرّيته كاملة، ويلجأ إليها القاضي كخيار وسط بين ترك المتهم حراً ووضعه في الحبس المؤقت، وذلك عندما يرى بأن إخضاع المتهم لإحدى تدابير الرقابة القضائية كفيل بضمان مثوله أمام المحكمة⁽¹⁸⁾ في التاريخ الذي أجلت إليه الدعوى، وقد نصت المادة 125 مكرراً 1 من قانون الإجراءات الجزائية على عدة التزامات للرقابة القضائية.

فإن قرر القاضي اللجوء إلى أي منها، فعليه أن يصدر أمراً خاصاً يقرر فيه التدابير التي تلزم المتهم بالتقيدها، وعليه أن يختار ما يحقق الغرض من توقيدها بالنظر إلى خطورة الوقائع ومدى ثبوتها في حق المتهم، ومدى ملاءمة كل تدبير مع شخصية المتهم، والتي تضمن امثاله للحضور أمام المحكمة في الجلسة التي تم تأجيل القضية لتاريخها، ويسند للنيابة العامة متابعة تنفيذ تدابير الرقابة القضائية، وفي حالة الإخلال بها فإنه لا يترتب عليه وضع المتهم رهن الحبس المؤقت، كما هو الحال بالنسبة لتلك المقررة من قاضي التحقيق، وإنما تجعل منه مرتكباً للجريمة المنصوص عليها في المادة 129 من قانون الإجراءات الجزائية.

ج- الأمر بوضع المتهم رهن الحبس المؤقت

من أهم التغييرات الجذرية التي طرأت في التعديل الأخير، تخويل جهة الحكم صلاحية الأمر بالوضع في الحبس المؤقت بدلاً من النيابة العامة التي تعدّ طرفاً في الخصومة الجزائية، وفي هذا السياق يعرف الحبس المؤقت بأنه "سلب حرية المتهم مدة من الزمن تحددها مقتضيات التحقيق (النهائي) ومصلحته وفق ضوابط يقررها القانون"⁽¹⁹⁾.

ويكون لجوء المحكمة لوضع المتهم رهن الحبس المؤقت الخيار الأخير لها، وذلك ينسجم مع طابعه الاستثنائي (المادة 123 من قانون الإجراءات الجزائية) أي في حالة: - انعدام موطن مستقر للمتهم. - كانت الأفعال جد خطيرة. - الحبس هو الإجراء الوحيد لمنع الضغوط على الشهود والضحايا والتواطؤ بين المتهمين... الخ

وهنا نشير أنّ وضع المتهم رهن الحبس المؤقت عند تأجيل الفصل في القضية، هو لضمان مثوله أمام المحكمة ولحسن سير إجراءاتها، ولا يجب أن يكون ذلك اقتناع شخصي مسبق لدى القاضي بإذئاب المتهم وإدانته.

وقد تبين من خلال التجربة الفرنسية، أنّ طلب تأجيل القضية من المتهم أو دفاعه قد يترتب عليه احتمال الأمر بوضعه رهن الحبس المؤقت، وهو ما يؤدي إلى إحجام في اللجوء إلى التماس تأجيل القضايا، خوفاً من الإيداع الآلي في الحبس وأملاً في إجراء محاكمة فورية حتى ولو كان ذلك على حساب حقوق الدفاع⁽²⁰⁾، وكذلك بدافع الرغبة في الحصول على حكم قضائي سريع مهما كانت عواقبه، حتى يتخلص من الألم النفسي الذي يسايره طيلة إجراءات التقاضي⁽²¹⁾، وهي نفس الملاحظة التي تمت معاينتها خلال التجربة القصيرة لنظام المثلث الفوري في المحاكم الجزائرية.

ثانياً: حالة الفصل الفوري في القضية الجزائية

إذا لم يكن هناك سبب جدي للتأجيل، يبت القاضي في الدعوى الجزائية في نفس الجلسة تكريساً لمبدأ المحاكمة الفورية، وخلالها تتقيد المحكمة بالقواعد العامة للمحاكمة الجزائية، وفي النطق بالحكم في القضية المطروحة عليها.

1- تقيد المحكمة بالقواعد العامة للمحاكمة الجزائية

تطبق على المحكمة الجزائية الفاصلة في قضايا المثلث الفوري عند المحاكمة، سواء نظر في القضية في نفس اليوم أو في تاريخ لاحق نفس القواعد الأساسية التي تتعلق بالتحقيق النهائي أو في إجراء المرافعات.

أ- تقيد المحكمة بقواعد التحقيق النهائي

تفترض إجراءات نظام المثلث الفوري انعقاد المحكمة المختصة بحضور كل أطراف الخصومة الجزائية، والقاعدة في هذه الحالة هي عدم جواز استبعاد أو منع أحد الخصوم من حضور جلسة المحاكمة، كما أنّ المحكمة تلتزم بإجراءات خاصة تتعلق بعلمية وسرية الجلسة حسب الحالة⁽²²⁾.

ب- إجراءات المرافعة أمام المحكمة

يتميز نظام المثلث الفوري بخصوصيات إجرائية في المرحلة الأولية، والتي تتعلق أساساً بالتنبيه بحق المتهم في الدفاع والبت في حريته عند تأجيل القضية، وبعدها تطبق المحكمة

الإجراءات المعتادة عند المحاكمة، التي تنصب حول التحقق من هوية المتهم واستجوابه عن الوقائع والأفعال المنسوبة إليه وفتح المجال له للدفاع عن نفسه. وعندما يفرغ الرئيس من استجواب المتهم، ينتقل إلى مرحلة سماع الشهود ومناقشة أدلة الإثبات المتوفرة وبعدها يقدم المدعي المدني طلبه للتعويض، وفي المرحلة قبل الأخيرة تعطي المحكمة الكلمة إلى ممثل النيابة لتقديم التماساته الختامية.

وفي الأخير يحيل الرئيس الكلمة إلى محامي المتهم، الذي يسعى من خلالها إلى نفي إسناد التهمة لموكله، بما يسمح له بطلب الحكم بالبراءة أو الظروف المخففة أو بوقف تنفيذ العقوبة⁽²³⁾.

2- إعطاء الكلمة الأخيرة للمتهم والنطق بالحكم الجزائي

بعد إتمام الإجراءات والتحقيقات النهائية والمرافعات، تمكن المحكمة المتهم من الكلمة الأخيرة وتصدر حكمها بعد المداولة القانونية.

أ- في الكلمة الأخيرة للمتهم

يكون المتهم آخر من يتكلم وهذا الحق أساسي، وقد صدر قرار للمحكمة العليا في هذا الصدد جاء فيه "... لما كان ثابتاً أنّ القرار المطعون فيه لم يشر إلى أنّ الكلمة الأخيرة كانت للمتهم، فإنّ قضاة المجلس بإغفالهم هذا يكونوا قد خرقوا قواعد جوهرية في الإجراءات وأخلوا بحقوق الدفاع"⁽²⁴⁾.

ب- في النطق بالحكم الجزائي

ينطق القاضي بالحكم في جلسة علنية حتى ولو أجريت المرافعات في جلسة سرية، وذلك إما في نهاية الجلسة نفسها، أو خلال جلسة لاحقة محددة التاريخ ويحاط علماً بها كل الأطراف. والحكم القضائي هو "القرار الذي تصدره هيئة قضائية في إطار الإجراءات القانونية والذي من شأنه أن ينهي الخصومة القائمة بين الأطراف ويضع حداً نهائياً للنزاع"⁽²⁵⁾ والحكم الصادر في قضايا المثلث الفوري يكون على صورتين :

- إذا كان المتهم قد أجلت قضيته وصدر في حقه أمر إيداع الحبس المؤقت، فإنّه سيمثل في الجلسة الموالية موقوفاً، أي في حالة إدانته بعقوبة الحبس النافذ فإنّه يبقى موقوفاً، إلا إذا استفاد من حكم البراءة أو وقف تنفيذ عقوبة الحبس أو العمل للنفع العام... الخ.

- وهي حالة الحكم على المتهم خلال الجلسة الأولى، فلا يمكن حبسه إلا تطبيقاً لأحكام المادة 358 من قانون الإجراءات الجزائية، أي أنّ المتهم المحال على المحكمة وفقاً لإجراءات المثلث الفوري يمثل أصلاً حراً، فإذا صدر في حقه حكم بعقوبة سالبة للحرية أقل من سنة، فلا يمكن الأمر بحبسه فوراً على الإطلاق، أما إذا صدر ضده حكم بعقوبة لا تقل عن سنة فيمكن للقاضي أن يأمر بقرار خاص ومسبب بإيداعه الحبس.

وعلى النقيض لما اتجه إليه المشرع الجزائري، فإنّ المشرع الفرنسي أجاز في قضايا المثلث الفوري كاستثناء عن القواعد العامة، الأمر بإيداع المتهم الحبس حتى ولو كانت العقوبة الصادرة أقل من سنة⁽²⁶⁾.

خاتمة

نخلص في الأخير إلى أنّ استحداث نظام المثلث الفوري كبديل لإجراءات التلبس، يعتبر مكسبا هاما في المنظومة القضائية الجزائرية، ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من النتائج لعل أهمها:

— إنّ نظام المثلث الفوري يعدّ خطوة نحو تكريس مبدأ استقلالية القضاء، بتجريد وكيل الجمهورية من سلطة الأمر بالحبس، وإعطاء هذه الصلاحية إلى قضاة حكم مستقلين، ما يسمح بتفرغ النيابة العامة للإشراف الفعلي على نوعية التحقيقات التي تتولاها الضبطية القضائية.

— ترشيد المتابعة الجزائية عن طريق المثلث الفوري، بما يضمن المعالجة الفعالة للقضايا ولضمان رد فعل سريع للجنح المتلبس بها، والذي قد يكون أكثر نجاعة من الطرق الأخرى.

— يحقق إجراء المثلث الفوري الأثر الردعي المنتظر من المتابعات الجزائية بشكل يتناسب مع خطورة الأفعال الإجرامية وأثرها على النظام العام.

— يحدّ هذا الإجراء من خلال نتائجه من تكديس المؤسسات العقابية بالمحبوسين، بالنظر للأثر السلبي الذي تركه إجراء التلبس، أي الإيداع الآلي للموقوفين بالحبس، ويعطي من جهة أخرى دورا مهما للقضاء في ضمان حماية قرينة البراءة وتجسيد حق المتهم في المحاكمة خلال مدة معقولة.

وفي ضوء النتائج التي توصلت إليها الدراسة، يبدو من الضروري تقديم المقترحات الآتية لمراجعة بعض النقائص المؤخذة على نظام المثلث الفوري:

— وجود انتقاص في حقوق الدفاع، نتيجة اختزال أمور جوهرية في هذا النظام الذي تم استنساخ جزء منه من التشريع الفرنسي، وضرورة تدخل المشرع لفرض حضور المحامي سواء أمام وكيل الجمهورية أو جهة الحكم.

— ضرورة استحداث آلية للبت في وضعية المتهمين المائلين خلال أيام العطل، أو عند وقوع أي ظرف طارئ يؤدي لصعوبة انعقاد المحكمة بجميع أطرافها، ولما لا إعطاء هذه الصلاحية للقاضي المداوم، إلى غاية الفصل النهائي في القضية من جهة الحكم خلال أيام العمل العادية.

— تقييد سلطة وكيل الجمهورية في اللجوء إلى نظام المثلث الفوري، بالنص صراحة على شرط أن تكون الجنحة متلبس بها تحت طائلة بطلان الإجراءات، وعدم الاكتفاء بشرط عدم تقديم

مرتكب الجنحة لضمانات كافية للحضور للمحكمة، بما يفتح المجال للتعسف من طرف وكلاء الجمهورية.

– النص صراحة على عدم جواز استئناف الأمر بالإفراج عن المتهم الذي سبق وأن أودع الحبس في الجلسة الأولى، فإذا كان المشرع قد نص صراحة على عدم جواز الاستئناف طبقاً للمادة 339 مكرر6، فمن باب أولى إتباع نفس النهج على الأمر بالإفراج الصادر خلال الجلسات اللاحقة.

الهوامش:

- (1) جريدة رسمية عدد40، الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2015. ص 38.
- (2) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 629.
- (3) عبد الحميد الشواربي، التلبس بالجريمة في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 8
- (4) محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 1991-1992، ص 156.157.
- (5) إسحاق إبراهيم منصور، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 77.
- (6) المجلة القضائية، العدد01، 1992، غرفة الجنح والمخالفات، قرار مؤرخ في 5-2-1991، رقم القضية 74087 ص 206.
- (7) Serge Gunchard et Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 4 éme édition, Litec, Paris, 2008, p 735.
- (8) المادة 50 فقرة 3 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 جريدة رسمية عدد 14.
- (9) المواد من 116 إلى 126 من القانون العضوي رقم 05-12 المؤرخ في 12 جويلية 2015 المتعلق بالإعلام، جريدة رسمية عدد 02.
- (10) المادة 64 من القانون رقم 12-15 المؤرخ في 15-07-2015 المتعلق بحماية الطفل، جريدة رسمية رقم 39.
- (11) عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 68.
- (12) جيلالي بغدادي، التحقيق (دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية)، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص 147.
- (13) عبد الله أوهابيبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 351.
- (14) Serge Gunchard et Jacques Buisson, op.cit p737.
- (15) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 101.
- (16) المجلة القضائية، العدد3، 1989، الغرفة الجزائية، قرار مؤرخ في 18-3-1986، رقم القضية 37804، ص 257.
- (17) Virginie Antoine, *Le consentement en procédure pénale*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier soutenu le 25-11-2011, p 36
- (18) عبد الله أوهابيبية، المرجع السابق ص 399.
- (19) الأخضر بوكحيل، الحبس الاحتياطي في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1989 ص 7.
- (20) Pierre de combles de Nayves et Emmanuel Mercinier, *Comparution immédiate: la défense in actualité juridique pénal*, janvier 2011, N 11, p18
- (21) Camille Viennot, *Célérité et justice pénale, l'exemple de la comparution immédiate*, archives de politique criminelle, 2007/1, n 29, p 129.

(22) مولاي ملياني بغداددي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص373.

(23) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص88 و89.

(24) المجلة القضائية، عدد1، 1993، غرفة الجرح والمخالفات، قرار مؤرخ في 3-4-1990 ملف رقم 27063 ص200.

(25) مولاي ملياني بغداددي، المرجع السابق، ص383.

(26) Serge Gunchard et Jacques Buisson, op.cit , p741 .

النظام القانوني للمقاطعات الإدارية في الجزائر في ضوء المرسوم الرئاسي 15-140*

CHERCHARI Farouk, 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.

شرشاري فاروق، طالب دكتوراه،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تسعى معظم الدول إلى تحقيق الديمقراطية المحلية، عن طريق تكريس قوانين تعكس التنظيم الديمقراطي للهيئات الإقليمية، وقد لجأت المنظومة القانونية الجزائرية إلى تجديد نظام الإدارة المحلية من خلال استحداث جهة إدارية حديثة تتمثل في المقاطعات الإدارية. غير أنّها أخذت منحى آخر باستبعاد المجتمع المدني والأحزاب السياسية في المساهمة في مراحل إعداد القرارات الإدارية المحلية، وتهميش مبدأ المشاركة الذي يسمح ببعث النقاش الديمقراطي بالرغم من أنّه أصبح مبدأ دستوريا. لذا أصبح إلزاما على السلطة التنظيمية تعديل صياغة نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-140 لإرساء مبادئ الديمقراطية التشاركية وتحقيق مقتضيات الحكم الراشد.

الكلمات المفتاحية:

الديمقراطية المحلية، الديمقراطية التشاركية، المقاطعات الإدارية، الوالي المنتدب، الحكم الراشد، الجماعات الإقليمية.

The legal system of administrative circumscriptions in Algeria in the light of the presidential decree n°15-140

Abstract:

Every country aims to be democratic , though the consecration of the laws which reflect the democratic organization of the regional organs, for it thus, they had resorted in their legal system to renew the rules that govern the local administration by introducing it modernization and among the requirement to achieve this is the need to create administrative districts.

And with regard to this it has been found that the latter took another form by excluding the civil society(non-trading company) and the political parties, which contributed to the construction of the local administrative decisions realization steps and the marginalization of the principal of the participation ,which assures(insures) the democratic debate, even if it became a constitutional principle.

And it has become compulsory for the authority to regulate and reward the texts of the presidential decree N 15-140 in order to establish the principles of the participative democracy and realizing the requirements of good governance.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/02/25 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/02 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Key words:

Local democracy, participate democracy, circumscriptions administrative, delegate mare, good governance, local authorities.

Le régime juridique des circonscriptions administratives en Algérie à la lumière du décret présidentiel n°15-140

Résumé :

La démocratie locale est généralement le fruit de beaucoup d'efforts déployés par un Etat donné à travers un ensemble de textes cohérents régissant la relation entre le centre et la périphérie. Dans ce contexte, l'Algérie vise, ces dernières années, à remodeler l'architecture des collectivités locales en instituant des circonscriptions administratives.

Une telle démarche s'est faite toutefois, sans associer la société civile et les partis politiques qui peuvent concourir à la prise de décisions négociées dans le cadre d'un débat démocratique tel que prévu par les dispositions du texte constitutionnel.

Il est donc devenu obligatoire pour l'exécutif de reformuler quelques articles du décret présidentiel n ° 15-140 dans le but d'établir les principes de la démocratie participative dictés par les exigences de la bonne gouvernance.

Mots clés :

Démocratie local, démocratie participative, circonscriptions administratives, wali délégué, bonne gouvernance, collectivités territoriales.

مقدمة

تلجأ دولة القانون غالباً إلى اختيار الأسلوب الأمثل في التنظيم الإداري الذي يتلاءم مع طبيعتها؛ بهدف الاستجابة لمتطلبات شعبيها المختلفة من دولة لأخرى، وانتهجت الدولة الجزائرية نظام المزج بين صورتين وهما المركزية واللامركزية الإدارية، فيقصد بالمركزية حصر الوظيفة الإدارية في يد الأجهزة المركزية، أما اللامركزية الإدارية فتقوم على توزيع الوظيفة الإدارية بين الأجهزة المركزية وسلطات إدارية إقليمية تتمثل في الولاية والبلدية.

تهدف الجماعات الإقليمية إلى تحقيق الأدوار المنتظرة منها من خدمة عمومية فعالة وسريعة؛ من خلال استثمار وتوجيه الموارد المالية والبشرية بـصـور منظمة لإشباع حاجات ورغبات المجتمع، مع وضع أولويات لعملية التنمية بحسب طبيعة وظرف المرحلة التنموية للحصول على أكبر المنافع بأقل التكاليف، وبعد أن برزت الحاجة إلى تقريب الإدارة من المواطن وتشجيع عمليات الاستثمار في كل من (غرداية؛ عين صالح)، استحدثت مقاطعات إدارية داخل بعض الولايات، إلا أنّها جاءت بجملة من الإشكالات، ما دفعنا إلى التساؤل عن مدى فعالية نظام المقاطعات الإدارية في الجزائر في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-140؟

أولاً: الطبيعة القانونية للمقاطعات الإدارية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15 – 140

جدد المشرع الجزائري نظام الإدارة المحلية من خلال استحداث جهة إدارية جديدة، تتمثل في المقاطعات الإدارية التي تباشر عملها داخل بعض الولايات تحت سلطة الولاية المنتدبون، والذين يتولون مهام التنسيق والمراقبة للمجالس الشعبية البلدية المتواجدة على مستوى دائرة اختصاصاتها، ما دفع للبحث عن مفهومها وتأسيسها الدستوري وكذا المهام المنوطة بها.

1. مفهوم المقاطعات الإدارية

المقاطعات الإدارية هي هيئة إدارية محلية مستحدثة تقوم بمهام التنسيق والرقابة على أنشطة البلديات التابعة لها ومصالح الدولة الموجودة بها، لم يسبق للمنظومة القانونية الجزائرية أن زادت عن التقسيم الثلاثي التقليدي للإدارة المحلية والمتمثل في الولاية والدائرة والبلدية بهيئة أخرى، بالرغم من أنه قد تباينت تسمياتها من فترة زمنية لأخرى، كاستعمال مصطلح الدائرة الحضرية الذي جاء به الباب الثاني من الأمر رقم 97-15 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى⁽¹⁾، وكذلك مصطلح الدوائر الإدارية الذي استحدثه المرسوم الرئاسي رقم 2000-45 على إثر قرار المجلس الدستوري رقم 02|ق.أ.م|د|2000 والمتعلق بدستورية الأمر رقم 97-15 المتضمن القانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى⁽²⁾، ما دفع ما دفع للتساؤل عن تكييفها القانوني وطبيعتها الدستورية وكذا البحث عن فعالية مهامها الإدارية؟

2. التكييف القانوني للمقاطعات الإدارية

يحكم كل هيئة إدارية نظام قانوني خاص به، وذلك من أجل تبيان أحكامها القانونية وكذا نظام عملها وعلاقتها بالهيئات الإدارية الأخرى وبالمواطن. وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-140 يتبين عدم اعتراف السلطة التنظيمية بالشخصية المعنوية للمقاطعات الإدارية، والتي تعتبر حجر الزاوية للحديث عن الديمقراطية الإدارية، وهي عنصر أساسي لقيام نظام الإدارة المحلية، فلا تعتبر هذه الأخيرة أشخاصا إدارية مستقلة بدون اعتراف المشرع بالشخصية المعنوية، لذلك يطرح تساؤل حول الطبيعة القانونية لهذه المقاطعات الإدارية، فهل هو فرع من فروع الإدارة المركزية في الأقاليم أو وحدة من وحدات اللامركزية الإدارية؟

لاستنتاج الطبيعة القانونية لأي هيئة إدارية يجب العودة إلى النص المنشئ لها، في حين لا يتضمن المرسوم الرئاسي المنشأ للمقاطعات الإدارية أي نص صريح يبين التكييف القانوني لهذه الهيئة الإدارية، بحيث اكتفى بتبيان تنظيمها وتشكيلاتها وكذا مهامها، دون التطرق إلى تكييفها القانوني وكذا تنظيم علاقتها بالهيئات الإدارية الأخرى وبالمواطن.

إنّ دراسة نصوص المرسوم الرئاسي المنظم للمقاطعات الإدارية تظهر بعض معالمه القانونية، بحيث تبين علاقة الرئيس بالمرؤوس في سبعة مواد في أصل 16 مادة⁽³⁾، يلزم فيه القانون الوالي المنتدب بالعودة إلى الوالي قبل اتخاذ أي إجراء في الوقت المناسب، ما يفسر الصلاحيات القانونية للوالي المنتدب وهيمنة الولاية على مهامه.

3. التأسيس الدستوري للمرسوم الرئاسي المنشئ للمقاطعات الإدارية

لكل نص قانوني سواء أن كان نصا تشريعيا" أو تنظيميا" أساسه القانوني طبقا لمنطق تدرج القوانين، وبناء على هذا التأسيس القانوني نتوصل لمعرفة الطبيعة القانونية لهذا النص والجهة المصدرة وكذا تأسيسه الدستوري.

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-140 نلاحظ أنّ السلطة التنظيمية قام بتأسيسه بناء على نص المادة 77 المطمة 8 من دستور 1996، والتي تنص على صلاحية رئيس الجمهورية في التوقيع على المراسيم الرئاسية، وكذا المادة 125 الفقرة 1 والتي تنص اختصاص رئيس الجمهورية في مجال السلطة التنظيمية.

تتمتع مثل هذه الهيئات الإدارية بحساسية جد عالية هذا ما يفسر تنظيمها القانوني في جل الدساتير المتعاقبة، لأنّ لا حديث عن تنمية وطنية مستدامة دون المرور بتنمية محلية فعالة فكل منهما يكمل الآخر، لذلك عالج المؤسس الدستوري الجزائري التنظيم الإقليمي للبلاد بطريقة متميزة في عدة نصوص دستورية صريحة.

بدراسة وتحليل المرسوم الرئاسي 15-140 نلاحظ أنّ السلطة التنظيمية لم تحترم النصوص المنظمة للتقسيم الإقليمي للبلاد، بدأ بنص المادة 15 الفقرة الأولى من الدستور والتي تنص " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية و الولاية..."، باعتبار أنّ المؤسس الدستوري قد خوّل المشرع، بمقتضى المادة 122 (المطمة 10) من الدستور⁽⁴⁾ صلاحية التشريع في مجال التقسيم الإقليمي للبلاد، لذلك على السلطة التنظيمية أن تحترم مجال الاختصاص التشريعي للبرلمان، فيعتبر هذا المرسوم الرئاسي تعدي لصلاحيات البرلمان في التشريع وكذلك خرق لمبدأ الفصل بين السلطات، بالرغم من أنّ المجلس الدستوري سبق وأن أصدر اجتهاده في مسألة محافظة الجزائر الكبرى⁽⁵⁾.

باعتبار أنّ السلطة التنظيمية أنشأت مقاطعات إدارية داخل بعض الولايات وحددت قواعد خاصة لعملها وسيورها وتنظيمها، تكون بهذا قد خالفت أحكام المادة 18 من دستور 28 نوفمبر 1996⁽⁶⁾، والتي حصرت الأملاك العمومية الخاصة في الدولة والولاية والبلدية، وبهذا تكون نص المادة 4 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-140 السالف الذكر⁽⁷⁾ قد خالفت أحكام الدستور، ولو أنّ السلطة التنظيمية حاولت التلاعب بالألفاظ باستعمال مصطلح "الدولة"، ومصطلح " المرافق العامة التابعة لها"، وذلك من خلال طرح إشكال وهو كيف أنّ هذه المقاطعات الإدارية تنشأ داخل بعض الولايات ثم تكون أملاكها العمومية تابعة للدولة وليس للولاية التابعة لها، علما أنّ الدستور منح للولاية حق الامتلاك بموجب المادة 18 من دستور 28 نوفمبر السالف الذكر ؟

إنّ غياب الحدود الدستورية الصريحة بين المجال التشريعي للبرلمان من جهة⁽⁸⁾، وكذا المجال التنظيمي المستقل والأصيل لرئيس الجمهورية من جهة أخرى⁽⁹⁾، غالباً ما يؤدي إلى حدوث تداخل الاختصاص بين الوظيفة التشريعية والوظيفة التنظيمية⁽¹⁰⁾، ولكن إفراط التوزيع الدستوري في تقييد وحصر سعة القانون وتعزيز نطاق المراسيم الرئاسية دون قيد ولا رقابة⁽¹¹⁾، يؤدي غالباً إلى مواجهة مثل هذه المراسيم التي تكون عن غنى من القانون الدستوري وكذا القانون الإداري، فهي نصوص قانونية تعكس بعض خلفيات مكرسة لإرادة بعض الأطراف.

4. المهام المنوطة للمقاطعات الإدارية

يختلف التقسيم الإقليمي والإداري من دولة لأخرى ومن نظام قانوني لآخر، ولكن تتفق معظم هذه الدول والأنظمة سعياً للرشادة الإدارية من خلال تحقيق خصائص الخدمة العمومية من سرعة واستمرارية، وبدارسة الجديد الذي أحدثه المرسوم الرئاسي رقم 15-140 نلاحظ أنّه إضافة إلى التنظيم الإقليمي للبلاد للقانون رقم 84-09 المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد⁽¹²⁾، استحدث عشرة مقاطعات إدارية داخل بعض الولايات⁽¹³⁾، سعياً من السلطة التنظيمية إلى تقريب الإدارة من المواطن وتحسين الخدمة العمومية.

استناداً للمرسوم التنفيذي رقم 15-141 المتضمن تنظيم المقاطعات الإدارية وسيرها، نلاحظ أنّ السلطة التنظيمية قامت بتقسيم المقاطعات الإدارية إلى ثلاثة هياكل متمثلة في الإدارة العامة، المديرية المنتدبة، مجلس المقاطعة⁽¹⁴⁾، وبدورها قامت بتقسيم الإدارة العامة إلى الأمانة العامة، الديوان، مصالح التنظيم والشؤون العامة للإدارة المحلية⁽¹⁵⁾.

في هذا الصدد، نلاحظ أنّ نفس المهام المنوطة للأمانة العامة على مستوى المقاطعة نجدها على مستوى الكتابة العامة في الولاية، بحيث يلفت نظر القارئ الاقتباس الحرفي لنصوص المرسوم التنفيذي رقم 94-215 الذي يحدّد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها، نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 15-141 نفسها نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 94-215، لا ربما الشيء الوحيد الذي يختلف في نص المادتين هو مصطلح الكاتب العام بالأمين العام و مصطلح الوالي بالوالي المنتدب.

نفس الملاحظة السابقة أيضاً نجدها على مستوى الديوان، بحيث نفس الصلاحيات والمهام التي يتولاها الديوان على مستوى المقاطعة الإدارية نجدها على مستوى ديوان الولاية.

هذا مازاد على الغموض غموضاً فهل بإصدار هذا المرسوم التنفيذي سيختلف عمل الهيئتين، لأنّ بهذه الطريقة سيولد التكرار والبيروقراطية بحيث يجد المواطن نفسه يتجه لأكثر من هيئة إدارية، ما ينعكس على ضياع الوقت والمال ليس فقط على الدولة وإنما أيضاً

على المواطن، ما يدفعنا فعلا إلى التساؤل عن مدى التناسق والانسجام بين هذه الهيئات الإدارية المحلية؟

بدراسة مهام الوالي المنتدب لدى المقاطعات، يطرح تساؤل حول الغاية من طرح تسمية الوالي المنتدب لمسير هذه الهيئة الإدارية؟ علما أنّ السلطة التنظيمية قد سبقت وأن أطلق اسم الوالي المنتدب على مسير الدائرة الإدارية على مستوى الجزائر العاصمة⁽¹⁶⁾، مع العلم أنّ مهام وصلاحيات الطرفين تختلف كل الاختلاف، فهل بلغ عجز محرر النصوص القانونية إلى حدّ عدم إيجاد تسمية لهذا المنصب القانوني، أم أنّ هناك أسباب أخرى؟

تسعى الإدارة المحلية في العصر الحديث إلى تبني فكرة الديمقراطية التشاركية، والتي ترمي إلى إشراك المواطن في سياسة صنع القرار الإداري المحلي، لذا أصبح هذا الأخير عنصرا "فعالاً" ومهما في معادلة التسيير المحلي، هذا ما جعل مختلف الدول تسعى جاهدة لوضع أنظمة قانونية تترجم هذه المشاركة، ولقد سعى المشرع الجزائري بدوره لتكريس مشاركة المواطن في كل من قانون الولاية⁽¹⁷⁾ وقانون البلدية⁽¹⁸⁾.

سعت السلطة التنظيمية من خلال إصدار المرسوم الرئاسي رقم 15-140 وراء تحقيق قفزة نوعية في الإدارة المحلية، من خلال استحداث نظام المقاطعة الإدارية، ولكن لم يزد الوضع إلّا تأزما من خلال زيادة الخناق على المشاركة من خلال استبعاد مشاركة المواطنين من حضور المداورات فقط ولكن أيضا استبعاد ممثلي الأحزاب من هذه الهيئة⁽¹⁹⁾، بحيث شكّل مجلس مقاطعة يقوم بنفس مهام مجلس الولاية⁽²⁰⁾، إلّا أنّه يختلف عنه في أنّ مجلس المقاطعة يتكلف بتنفيذ قرارات الإدارة العامة للمقاطعة الإدارية، عكس مجلس الولاية التي تكلف بتنفيذ قرارات الحكومة والمجلس الشعبي الولائي⁽²¹⁾، وكذا يختلف في أنّ مجلس الولاية يجتمع في دورة عادية في كل أسبوع⁽²²⁾ ومجلس المقاطعة يجتمع في دورتين عاديتين كل شهر⁽²³⁾.

تظهر مظاهر السرعة وعدم القيام بدراسات متخصصة ميدانية، وكذا تهيمش المواطن الذي يعتبر الأكثر علما بالمشكلات المحلية في عملية التقسيم المكاني لهذه المقاطعات الإدارية، إذ مثلا يطرح إشكال فيما يخص ولاية إليزي أين ارتأت السلطة التنظيمية إلى تكريس مقاطعة إدارية علما أنّ الولاية كلها مزودة بدائرة واحدة (دائرة جانت) وبلديتين (بلدية جانت، بلدية برج الحواس)⁽²⁴⁾، فإذا كانت الغاية من المرسوم الرئاسي رقم 15-140 تكريس الخدمة العمومية، فكان من الأجدر تزويدهم بدائرة علما أنّها الساهرة على تقديم الخدمات العمومية الفعالة، أما إذا كان قصد المشرع التنظيمي إشراك المواطن في السياسات المحلية، كان من الأجدر أن يزيد من عدد البلديات باعتبارها القاعدة الإقليمية للامركزية ومكان ممارسة المواطنة، وإطار مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم⁽²⁵⁾، إن دلّ هذا على شيء فإنّه يدلّ عن نيّة

المشرع التنظيمي اتجاه الإدارة المحلية، من خلال السعي وراء وضع حد لاستقلاليتها على كل الأصعدة وتطبيق نظام عدم التركيز الإداري.

ثانياً: تقييم المقاطعات الإدارية في ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-140

تعتبر التنمية المحلية الأساس والمنطلق للسعي وراء تحقيق مقتضيات الحكم الراشد ودولة القانون، ولكن للوصول لهذه النتائج يجب استثمار جلّ الإمكانيات المادية والبشرية والمعنوية، وكذا عدم استبعاد أي عنصر النشاط الإنساني، ذلك بدءاً من تبني منظومة قانونية تركز هذه الإرادة بصفة فعلية بعيداً عن القواعد التزيينية التي تسعى لمعالجة إشكالات ظرفية.

1. واقع موارد مالية المقاطعات الإدارية

تتخذ الموارد المالية دوراً أساسياً في تمويل التنمية المحلية، فكل هيئة أيّ كان نوعها مقيدة بموردها المالي، لهذا ينبغي دراسة الطبيعة القانونية للمقاطعات الإدارية للتوصل إلى نتيجة عدم تمتعها بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، ما يعكس على تبعيتها المالية لهيئة أخرى، وبالتالي عدم تمتعها بصلاحيات مستقلة في الجانب المالي.

بتحليل أحكام المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-140 يتم التماس التبعية المالية للمقاطعات الإدارية للولاية⁽²⁶⁾، من خلال تقليص صلاحيات الوالي المنتدب إلى أمر بالصرف ولكن بتفويض التوقيع، بمفهوم المخالفة فليس الأمر بالصرف الأصلي إنّما أمر بالصرف ثانوي⁽²⁷⁾ بحيث لا يقوم بأي إجراء مالي إلا بعد استشارة الوالي في مجال تفويض التوقيع.

ما يجعل من هذا الإجراء يجيب عن التساؤل الذي سبق طرحه، وهو أنّ المقاطعات الإدارية فرع من فروع الإدارة المركزية في الأقاليم وليست وحدة من وحدات اللامركزية الإدارية.

2. غياب التكريس الفعال للامركزية في المقاطعات الإدارية

تعدّ اللامركزية الإدارية أساساً متيناً تقوم عليه الديمقراطية الحديثة، كما أنّها من مقتضيات الحكم الراشد في كل دولة، هذا ما نص إليه المؤسس الدستوري الجزائري في جل دساتيره المتعاقبة بدءاً من دستور 1976⁽²⁸⁾.

يتفق معظم الفقهاء⁽²⁹⁾ أنّ اللامركزية تقوم على ثلاثة أركان متمثلة في شؤون محلية متميزة عن المصالح الوطنية؛ ووجود هيئات منتخبة مستقلة مالياً وعضوياً؛ وكذا وجود علاقة وصاية بين الهيئات المركزية والهيئات اللامركزية، وبتحليل أحكام المقاطعات الإدارية نجد أنّ المشرع التنظيمي قام بتهميش الشرط الثاني والمتمثل في شرط الاستقلالية المالية والعضوية، ما يدفع للبحث عن تفعيل هذا الشرط.

أ. ضرورة تكريس الاستقلالية المالية للمقاطعات الإدارية

إنّ نظام الجماعات الإقليمية هو أسلوب من أساليب التنظيم الإداري يقوم على توزيع الوظيفة الإدارية بين السلطة الإدارية المركزية، وسلطات إدارية محلية مستقلة تباشر اختصاصها في هذا الشأن تحت الرقابة الوصائية، وإذا سلمنا أنّ المقاطعات الإدارية هيئة من هيئات الإدارة اللامركزية فيجب أيضا أن تتميز بالاستقلالية، التي تتحقق من خلالها الديمقراطية الإدارية.

نقصد بالاستقلال المالي للمقاطعات الإدارية، أن تكون لها ذمة مالية مستقلة عن ميزانية الولاية التابعة لها بتمتعها بموارد مالية ذاتية مع أهلية التصرف فيها، ولن تتحقق هذه الاستقلالية إلا من خلال التمتع بنسبة من الموارد الجبائية كالببلدية⁽³⁰⁾ والولاية⁽³¹⁾، وكذا من خلال منح صلاحية الامتلاك وكذا إمكانية الحصول على إيرادات خارجية كالقروض والإعانات، مع تعزيز النظام الضريبي الجزائري لمنع الغش والتهرب الضريبي.

بدراسة أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-140 نلاحظ تهميش المشرع التنظيمي تنظيم الجوانب المالية للمقاطعات الإدارية، فإذا كان إشكال الجماعات الإقليمية ككل هو في عدم كفاية مواردها المالية لمواجهة الاختصاصات التي يعهد إليها، بدليل العجز المالي لمعظم الجماعات الإقليمية في الجزائر، فإنّ عائق المقاطعات الإدارية هو في عدم تمتعها بأي نوع من الاستقلالية المالية، وهذا يعود لعدم النص عن أي مورد مالي مستقل في أحكام المرسوم السالف الذكر ما عدا صلاحية أمر بالصرف ثانوي بعد تفويض للتوقيع، ما يدلّ على التبعية المطلقة للولاية في الجانب المالي، فيجب على السلطة التنظيمية الجزائرية مراعاة هذه الإشكالات، بحيث أنّ بعض الدول توصلت إلى تكريس الميزانية التشاركية، من خلال إعداد ميزانيات محلية بمساهمة المجتمع المدني⁽³²⁾.

ب. ضرورة تكريس الاستقلالية العضوية للمقاطعات الإدارية

لا يمكن الحديث عن الاستقلالية العضوية للمقاطعات الإدارية إلا من خلال التمتع بمجلس منتخب لتحقيق مبدأ الشرعية الشعبية، ولكن لا يمكن إجراء هذه الانتخابات إلا بعد تعديل جملة من النصوص القانونية، بدء بالقانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات، بحيث ينص في المادة 9 المطلة الأولى⁽³³⁾ على المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولاية إذ يجب تعديلها بإضافة المجالس الشعبية للمقاطعات الإدارية، وكذا تكريس فصل ينظم فيه العملية الانتخابية للمجلس الشعبي للمقاطعة الإدارية، وذلك لإضفاء مشروعية هذا النوع من المجالس الشعبية المنتخبة.

يحقّق الانتخاب علاقة ولاء بين الناخبين والمنتخبين⁽³⁴⁾، ليقوموا بالنيابة عنهم في إدارة المرافق العامة المحلية ويعملون جاهدين على تحقيق التنمية المحلية المستدامة، لأنّ مستقبل

عضوية المنتخبين مرهون بأدائهم⁽³⁵⁾، لذلك فهم تحت رقابة دائمة تصل في بعض الدول إلى حد طلب عزل عضو المجلس المحلي المنتخب، حتى قبل انتهاء مدة عضويته إذا ثبت عدم نزاهته أو كفاءته.

1. ضرورة التنسيق بين جهات الإدارة المحلية

شكّل التقسيم الذي أحدثه المرسوم الرئاسي رقم 15-140 "خلال" فنظام عمل الإدارة المحلية، والمتمثل في ازدواجية عدة مهام إدارية بين الولاية والمقاطعة الإدارية ما يولد البيروقراطية وضياع الوقت والمال لكل من الدولة والمواطن على حدّ سواء، لذا يجب أن يصدر التنظيم نصا خاصا لمعالجة جل النقائص التي تشوب هذا المرسوم، بتكريس أحكام تحقق المبادئ السامية التي تسهر المرافق العامة على تحقيقها والمتمثلة في مجانية الخدمة والسرعة والاستمرارية.

تظهر مظاهر تسرع السلطة التنظيمية في عدة مواقف، كعدم تخصيص مهام فعلية للمقاطعات الإدارية وتزويدها بالموارد البشرية والمالية والمادية للردّ على طلبات المواطنين⁽³⁶⁾، واكتفى بتزويده بمهام إدارية تعود أصلا للولاية عن طريق تفويض التوقيع، لذا أصبح أكثر من اللازم سواء تعديل هذا المرسوم الرئاسي أو إلغاؤه مع استحداث دوائر وبلديات جديدة، لأنها الأكثر نفعاً للمواطن من مثل هذه الهيئات التي لا ترد على متطلبات الدولة الحديثة من ديمقراطية ورشادة إدارية.

2. إدماج المجتمع المدني في سياسات تسيير المقاطعات الإدارية

نجاح السياسات التنموية المحلية يتوقف على عدم استبعاد أي عنصر من النشاط الإنساني، بدء من تكريس منظومة قانونية تعزز مشاركة المجتمع المدني في صنع القرار الإداري المحلي⁽³⁷⁾، وذلك بجعل الحركة الجمعوية معنية بمواجهة إشكالات الإدارة المحلية⁽³⁸⁾، وكذا من خلال إدماج تطلعات المواطنين سواء على المستوى الفردي أو الجماعي في سياسات تحضير وتنفيذ التنمية المحلية⁽³⁹⁾، فكلما اتسع مجال مشاركة المواطنين في معالجة قضايا التنمية المحلية، كلما ارتفعت درجة فعالية هذه التنمية ونسبة نجاعتها في تحقيق الأهداف المسطرة ضمن برامج مخططات التنمية سواء منها المحلية أو الوطنية.

غير أنّ المرسوم الرئاسي المنظم للمقاطعات الإدارية جاء مهمشا لمشاركة المواطنين، بالرغم من أنّ جل الدساتير المتعاقبة وحتى مشروع التعديل الدستوري، ينتهج نهج تكريس الديمقراطية التساهمية على مستوى الجماعات المحلية⁽⁴⁰⁾.

خاتمة

للبحث عن التنمية المحلية المستدامة يجب أولاً النهج في مقتضيات الحكم الراشد من مساواة وإدارة محلية رشيدة، وتكريس فعّال للامركزية الإدارية وذلك بفتح المجال أمام تبادل الخبرات والمعلومات بين الإدارة المحلية والمجتمع المدني.

فتحقيق الديمقراطية الإدارية يمر بإعادة صياغة العلاقة بين الدولة والمجتمع المدني، من خلال بنائها بأسس جديدة تركز على مبادئ المواطنة وسيادة القانون ودولة المؤسسات، وتتم أيضاً عبر تقليص مظاهر التدخل الإداري المركزي في الشؤون الإدارية المحلية، من خلال إصدار تنظيمات إدارية عبر مراسيم رئاسية لا تحترم سواء مبادئ الدستور بغياب الفاصل بين العمل التشريعي والتنظيمي، وكذا التعدي على حقوق المجتمع المدني وحق البرلمان في التشريع في مجال التقسيم الإقليمي للبلاد.

يجب على المشرع التدخل لوضع حدّ للفراغات التشريعية، من خلال تكريس فواصل دستورية بين العمل التشريعي للبرلمان والعمل التنظيمي لرئيس الجمهورية من جهة لإعادة التوازن الرقابي للمؤسستين، وكذا بتكريس الرقابة المتبادلة لممثلي الأحزاب والمجتمع المدني من جهة أخرى، لأنه أصبحت اليوم الديمقراطية التمثيلية ناقصة يجب تكميلها عن طريق إشراك المواطن في تدبير الشأن العام.

إرساء الديمقراطية التشاركية في أي دولة متوقف على مدى تجسيدها للامركزية الإدارية التي تعدّ من أساليب التنظيم الإداري الفعّال، لذا أصبح إلزاماً سواء تعديل المرسوم الرئاسي رقم 15-14 المنظم للمقاطعات الإدارية، عن طريق تكريس مقتضيات الحكم الراشد من لامركزية إدارية بمجالس منتخبة وإشراك للمجتمع المدني، أو إلغائه مع الحرص على إنشاء مجموعة من البلديات والدوائر لتلبية حاجيات المواطن في الجنوب باعتبار البلدية تتمتع بالاستقلالية المالية والعضوية، والدائرة تحرص على تقديم الخدمات الإدارية.

الهوامش:

(1) أمر رقم 97-15 مؤرخ في 31 مايو 1997 يحدّد القانون الأساسي الخاصّ بالجزائر الكبرى، ج ر عدد 38 الصادر في 04 جوان 1997، ص.6.

(2) قرار رقم 02\ق.أ.م\د\2000، مؤرخ في 27 فبراير 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15، المؤرخ في 31 مايو 1997، المحدّد للقانون الأساسي الخاصّ لمحافظة الجزائر الكبرى، جريدة رسمية عدد 07، الصادر في 28 فبراير 2000، ص.02.

(3) انظر نصوص المواد التالية 3، 5، 6، 7، 11، 12، 13 من المرسوم الرئاسي 15-14، مؤرخ في 27 مايو سنة 2015، يتضمن إحداث مقاطعات إدارية داخل بعض الولايات وتحديد القواعد العامة المرتبطة بها، جريدة رسمية عدد 29، الصادر في 31 مايو سنة 2015، ص.02.

- (4) تنص المادة 122 (البند 10) من دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم، جريدة رسمية. العدد 76، الصادر في 08 ديسمبر لسنة 1996، ص.6، على ما يلي: "التقسيم الإقليمي للبلاد".
- (5) انظر القرار رقم 02\ق.أ\م\د\2000، مؤرخ في 27 فبراير 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15، المؤرخ في 31 مايو 1997، المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، جريدة رسمية عدد 07، الصادر في 28 فبراير 2000، ص.02.
- (6) تنص المادة 18 من دستور 28 نوفمبر 1996، السالف الذكر على "الأملك الوطنية يحددها القانون. وتتكون من الأملك الخاصة والتي تملكها كل من الدولة، الولاية، البلدية. يتم تسير الأملك العمومية طبقا للقانون".
- (7) تنص المادة 4 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-140 السالف الذكر، على "...هذه الصفة، يجب على الدولة أن تكييف توزيع المرافق العامة التابعة لها وتزويدها بالوسائل المالية والبشرية والمادية الضرورية".
- (8) انظر نص المادتين 122، 123 من دستور 28 نوفمبر 1996، السالف الذكر.
- (9) انظر نص المادة 125 من دستور 28 نوفمبر 1996، المرجع نفسه.
- (10) رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص.441-436.
- (11) تفلت المراسيم من الرقابة البرلمانية بعدم وجود أي نص صريح يمكن البرلمان من رقابته، وكذا من الرقابة القضائية بحجية أعمال السيادة.
- (12) انظر المادة 01 من القانون رقم 84-09، المؤرخ في 04 فيفري 1984، المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد، جريدة رسمية عدد 23، الصادر في 09 فيفري 1984، ص.139.
- (13) انظر المرسوم الرئاسي رقم 15-140، السالف الذكر.
- (14) انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 15-141، المؤرخ في 28 ماي 2015، المتضمن تنظيم المقاطعات الإدارية وسيرها، جريدة رسمية عدد 29، الصادر في 31 ماي 2015، ص.6.
- (15) انظر نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 15-141، مرجع نفسه.
- (16) تنص المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 2000-45، المؤرخ في 01 مارس 2000، يتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 97-292، المؤرخ في 02 غشت 1992، الذي يحدد التنظيم الإداري لمحافظة الجزائر الكبرى، جريدة رسمية عدد 09، الصادر في 02 مارس 2000، ص.04، على ما يلي "يسير الدوائر الإدارية الولاية المنتدبون لدى والي ولاية الجزائر".
- (17) راجع أحكام القانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية، المؤرخ في 12 فبراير 2012، جريدة رسمية عدد 12، الصادر في 29 فبراير 2012، ص.5.
- (18) راجع احكام القانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية، المؤرخ في 12 جوان 2011، جريدة رسمية عدد 37، الصادر في 03 جويلية 2011، ص.4.
- (19) كل مناصب المقاطعة الإدارية خاضعة لنظام التعيين.
- (20) انظر نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 15-141، سالف الذكر.
- (21) انظر نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 94-215، يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها، المؤرخ في 23 يوليو 1994، جريدة رسمية عدد 48، الصادر في 27 يوليو 1994، ص.5.
- (22) انظر نص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 94-215، المرجع نفسه.
- (23) انظر نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 15-141، سالف الذكر.
- (24) انظر المرسوم الرئاسي رقم 15-140، سالف الذكر.
- (25) انظر نص المادة 02 من القانون 11-10، سالف الذكر.

(26) المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 15-140، سالف الذكر، التي تنص " يتلقى الوالي المنتدب في حدود اختصاصاته، تفويضا بالإمضاء من والي الولاية، يمنحه صفة الأمر بالصرف...".

(27) المادة 25 من القانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 غشت 1990، متعلق بالمحاسبة العمومية، جريدة رسمية عدد 35، الصادر في 15 غشت 1990، ص.1131، والتي تنص علي " يكون الأمرين بالصرف ابتدائيين أو أساسيين وإما أمرين بالصرف ثانويين".

(28) المادة 07 من دستور 1976، الصادر بموجب الأمر رقم 76-97، مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 1976، جريدة رسمية عدد 94، الصادر في 24 نوفمبر سنة 1976، ص.1294.

(29) انظر كل من :

- الطماوي محمد سليمان، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 67-80.

- مسعود شهبوب، أسس الإدارة المحلية وتطبيقاتها على نظام البلدية والولاية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص.4.

(30) المادة 170 المطلة الأولى من قانون 11-10، سالف الذكر، التي تنص " حصيلة الجباية".

(31) المادة 151 المطلة الثانية من قانون 12-07، سالف الذكر، التي تنص " ناتج الجباية والرسوم".

(32) Paul Déperéz, *Collectivités Territoriales et Développement Durable : contribution des technologies de l'information et de la communication, a la démenions participative d'une politique publique*, Thèse de doctorat en sciences de l'information et de la communication, Université de TOULON-VAR, France, 2014, pp 72-74.

(33) المادة 09 المطلة الأولى من القانون العضوي رقم 12-01، مؤرخ في 12 يناير 2012، يتعلق بنظام- الانتخابات، جريدة رسمية عدد 01، الصادر في 14 يناير، ص.09، والتي تنص على " بالنسبة لانتخابات المجلس الشعبية البلدية، والمجلس الشعبية الولائية في قائمة انتخابية لأحدى البلديات الآتية...".

(34) François ROBBE, la démocratie participative, Acte du colloque organisé le 21 octobre 2005 par le centre de droit Constitutionnel de la faculté de droit de l'Université Jean MOULIN –Lyon, L'Harmattan, 2007, p.29.

(35) عبد الناصر صالح، الجماعات الإقليمية بين الاستقلالية والتبعية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2010، ص.8.

(36) Ludovic SCHNEIDER, *Le développement durable territoriale*, édition Afnor, France, 2010, p.50.

(37) Pierre de MONTALIVET, *Gouvernance et participation*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p.25.

(38) Arnaud TRENTA, *La participation associative dans les quartiers populaire : problème publics et configurations politiques locales dans la périphérie urbaine de Paris et Buenos Aires*, Thèse de doctorat, Ecole doctorale ABBE GEGOIRE, France, 2014, p.85.

(39) سلاوي يوسف، التنمية في إطار الجماعات المحلية، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2012، ص.189.

(40) المادة 3/15 من المشروع التمهيدي لمراجعة الدستور، رئاسة الجمهورية، 28 ديسمبر 2015.

إشكالات التدخل الانساني تجاه ميثاق الأمم المتحدة وإمكانية استيعابه لها*

DAOUDI Abdelyazid, Doctorant,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Oum elbouaghi, Oum elbouaghi, Algérie.

داودي عبد اليزيد، طالب دكتوراه،
قسم الحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة أم البواقي، أم البواقي، الجزائر

الملخص:

تنتهك حقوق الإنسان بشكل سافر نتيجة ممارسات بعض الدول أو الحروب أو الكوارث الطبيعية، يرافق ذلك في بعض الأحيان رفض الدول التحرك لوقف هذه الانتهاكات، أو عجزها عن مجابهتها، ما أدى بالمجتمع الدولي إلى تطبيق فكرة التدخل الإنساني لحماية الفئات المتضررة، على الرغم من تعارض ذلك مع بعض مبادئ القانون الدولي، ما أدى إلى خلاف كبير بين فقهاء القانون الدولي.

بدأ هذا التعارض يظهر بشكل جديد وبحدة أكثر بعد أن أصبح التدخل الإنساني يتم من قبل الأمم المتحدة أو عبر موافقتها (الشكلية أحياناً)، فالأمم المتحدة بدأت تصبح مظلة شرعية للقيام بعمليات التدخل الدولي الإنساني، ما طرح إشكالية تماشى هذا الدور للمنظمة مع ميثاقها، خاصة وأن الميثاق جاء ليكرس أهم مبادئ القانون الدولي الحديث من منع التدخل في الشؤون الداخلية للدول ومنع استخدام القوة.

الكلمات المفتاحية:

التدخل الإنساني، مقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/11/19 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/12/20 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Problematic humanitarian intervention towards the United Nations Charter And the possibility to absorb them

Abstract:

Human rights are exposed to serious violations, because of the state actions; war or disaster. This is sometimes followed by the state refuse to act to stop it, or its inability to address the situation. Which led the international community to implement the idea of humanitarian intervention in the interest of these groups which their rights are violated or affected; although, the conflict with some of the principles of international law. This contradiction developed a debate a long scholars of international law.

This conflict appeared in a new and more sharply contrary to the traditional form, where the States are humanitarian interventions under the United Nations inability to act, the humanitarian intervention is by the latter or by consent, the United Nations is becoming the umbrella of legitimacy to carry out intervention of international humanitarian, as a result, a problem raised about the role the organization with its charter, private and charter came to devote most important principles of modern international law to prevent interference in the internal affairs of States and to prevent the use of force

Key words:

humanitarian intervention, The purposes and principles of the UN Charter.

Problématiques de l'intervention humanitaire face à Charte des Nations-Unies

Résumé :

Les droits de l'Homme risquent et subissent de graves abus à cause des guerres et catastrophes naturelle mais aussi à cause de l'inaction étatique et de refus d'agir par certains Etat pour résoudre certains problèmes. Une telle situation pousse la communauté internationale à recourir à l'intervention humanitaire en faveur des groupes démunis malgré sa contradiction avec certains principes du droit international.

Cette contradiction s'est amplifiée avec l'implication de l'ONU dans le processus de l'intervention humanitaire

Mots clés :

Intervention humanitaire, buts et principes de la Charte des Nations-Unies.

مقدمة

كُرست الولايات المتحدة الأمريكية خصوصاً وبعض الدول الغربية عموماً سيطرتها على منظمة الأمم المتحدة، من خلال استصدار قرارات من المنظمة لإعطاء الشرعية القانونية لتدخلات في مناطق مختلفة في العالم، بحجة منع حدوث جرائم التطهير العرقي والإبادة الجماعية وغيرها، أدى توسع هذا النوع من التدخلات إلى بلورة مفهوم قانوني جديد، أعطت له الممارسات الدولية اسم: "التدخل الإنساني".

فطرح- ولا زال- التدخل الإنساني العديد من الإشكالات؛ خاصة على مستوى ميثاق الأمم المتحدة، من خلال الخلاف بين المدافعين عنه وتأكيدهم أنه تحقيق لمقاصد ميثاق الأمم المتحدة، وبين المعارضين له بحجة مخالفته لمبادئ الميثاق.

وهو ما عبر عنه الأستاذ "Albert Legault" عندما اعتبر أنّ التدخل في كوسوفو نقل القانون الدولي إلى مرحلة جديدة سماها بـ "ما بعد واستفاليا"، وذلك في سياق حديثه عن شرعية تدخل حلف شمال الأطلسي بإقليم كوسوفو بقوله:

«Le débat juridique reste donc ouvert. Si la légalité de l'action de l'NATO reste contraire aux principes du droit international, la question demeure néanmoins posée de savoir si la notion d'« urgence humanitaire » marque un tournant ou non dans l'évolution du droit humanitaire international. L'histoire et la suite des événements au Kosovo permettront sans doute de répondre un jour à la question de savoir si le monde est entré dans une ère nouvelle ou non des relations internationales, c'est-à-dire une ère " post-westphalienne plus ".»⁽⁰¹⁾

فإشكالية التدخل الإنساني تجاه ميثاق الأمم المتحدة يختزلها ذلك التناقض الذي يظهر بين مقاصد ميثاق الأمم المتحدة من جهة ومبادئه من جهة أخرى، من خلال التركيز على مقصدي حماية حقوق الإنسان وحفظ الأمن والسلم الدوليين^(*)، اللذين ينسجمان مع التدخل الإنساني، ومبدأي منع التدخل في الشؤون الداخلية ومنع استخدام القوة في العلاقات الدولية الذين يتعارض معهما التدخل الإنساني.

يحيل هذا التقديم إلى طرح الإشكال التالي:

كيف يفسر اختلاف المواقف في مفهوم التدخل الإنساني؛ مع اعتماد كل طرف على حجج يحويها نفس النص القانوني وهو ميثاق الأمم المتحدة؟، وهل ثم آليات للتوفيق بين مقاصد ومبادئ الميثاق لاستيعاب هذا المفهوم؟

للإجابة على هذا الإشكال سنعمد إلى دراسة وضعية التدخل الإنساني بين مبادئ ميثاق الأمم المتحدة ومقاصدها، ثم إلى آليات التوفيق بين مقاصد الميثاق ومبادئه لاستيعاب التدخل الإنساني.

المطلب الأول: التدخل الإنساني بين مبادئ الميثاق ومقاصده

تعتبر مقاصد الأمم المتحدة وخاصة حفظ الأمن والسلم الدوليين وحماية حقوق الإنسان من الأمور التي يتوافق عليه الجميع ولا يوجد خلاف معتبر حولها، فحتى الرأي الراض للتدخل الإنساني يقر بالمبدأين، غير أنه يعتبر أن مبادئ الأمم المتحدة خاصة منع استخدام القوة ومنع التدخل في الشؤون الداخلية للدول تمنع التدخل الإنساني-رغم نبل حجج المطالبين به-، نظراً لما تضمنه هذه المبادئ من حفظ للأمن السلم الدوليين فلا يجوز بحال تهديده تحت أي مبرر. لذا يجب دراسة هذين المبدأين لمعرفة مدى صلابتهما أمام مقاصد الأمم المتحدة، باعتباره يعطي نظرة عن إمكانية توفيق التدخل الإنساني بين مقاصد ومبادئ الميثاق.

الفرع الأول: مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية

يؤكد الفريق الراض للتدخل الإنساني أن ميثاق الأمم المتحدة لا يجيز التدخل الإنساني إلا ما كان وفق الفصل السابع من الميثاق؛ كما صرح بذلك كل من الفقيهين "Hemphry" و"Lauterpagt"، وأنّ التدخلات التي تمت بصورة منفردة إنّما كانت لتحقيق مصالح الدولة المتدخلة، ومحاولة إلباس التدخل الإنساني المنفرد لباس الشرعية هو إعادة للاستعمار القديم بثوب جديد⁽⁰²⁾، باعتبار أن المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق طورت بنية

النظام القانوني الدولي حيث تم منع استخدام القوة في العلاقات الدولية، فأصبحت بذلك هذه القاعدة قاعدة أمره باعتبار أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽⁰³⁾، لذا يعدّ الميثاق نقطة البداية الفعلية لإمكانية دراسة الوضع القانوني لاستخدام القوة في القانون الدولي، من خلال المادة 4/2 والتي تضمنت تحريماً صريحاً لاستخدام القوة في العلاقات⁽⁰⁴⁾.

كما وأنّ تواتر استخدامه نص المادة 4/2 من ميثاق، أصبح يعطيها قيمة القاعدة العرفية، إضافة إلى أنّها ذات طبيعة أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها إلا في حالات استثنائية محددة سلفاً⁽⁰⁵⁾، فجاءت المادة 4/2 كنقطة تحول في مجال استخدام القوة في العلاقات الدولية من خلال تحريمها لاستخدام القوة، باستثناء حالة الدفاع عن النفس وحالة تدابير الأمن الجماعي الوارد في الفصل السابع⁽⁰⁶⁾.

أما الرد على أنّ التدخل الإنساني لا يمس بسلامة الأراضي والاستقلال السياسي للدول- أي استثنائه من المنع الوارد في المادة 4/2 من الميثاق-، فتبرزه الأعمال التحضيرية لمؤتمر سان فرانسيسكو، حيث أنّ العبارة وضعت لإعطاء أكبر قدر ممكن من الضمانات للدول الضعيفة ولم توضع على سبيل الحصر، فالتدخل سينال من السلامة الأراضي والاستقلال السياسي ولو في مدته القصيرة⁽⁰⁷⁾، وكما وأنّ كثرة الانتهاكات السابقة لا تعود إلى عيوب في هذه المادة، بل إلى عجز وعيوب في مجلس الأمن الذي لم يستطع التحرك لمنعها⁽⁰⁸⁾.

أما الفريق المؤيد للتدخل الإنساني والذي يؤكد انسجامه مع المادة 4/2 من الميثاق؛ بالتالي عدم انتهاكه لمبدأ منع استخدام القوة، فيؤسس رأيه إما من خلال فهم واسع لهذه المادة أو من خلال هدم قيمتها القانونية⁽⁰⁹⁾.

فعند تبنيه للفهم الواسع يعكس رأي الأستاذان " Reisman " و " Mc dougal " ذلك، عندما اعتبر أنّ على مجلس الأمن أن يتحرك إذا كان انتهاك حقوق الإنسان يشكّل تهديداً للأمن والسلم الدوليين، وفي حالة عجزه عن ذلك فعلى الجمعية العامة أن تمارس اختصاصات مجلس الأمن عملاً بقرار "الإتحاد من أجل السلام"، على أن تلتزم بأهداف ومبادئ المنظمة، كما أنّ المادة 55 من الميثاق قد أعطت مجالاً واسعاً لعمل المنظمة، من خلال التأكيد على الالتزام باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ثم تأتي المادة 56 من الميثاق لتحول هذا التعهد إلى التزام تكون بموجبه الدول ملزمة بالعمل الفردي أو المشترك للدفاع عن حقوق الإنسان⁽¹⁰⁾.

كما يؤكّد المتبنون لهذا الفهم الواسع أنّ المادة 4/2 تقتصر منع القوة على استهداف السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي أو بصورة تخالف مقاصد المنظمة، وهي أمور لا يمكن بحال أن تتصادم بحال مع التدخل الانساني، فالتدخل لا يهدف إلى غزو الإقليم بل

يكون ذو طابع مؤقت فقط، لتحقيق أغراض إنسانية بحتة، كما أنه يتجه إلى تحقيق مقاصد ميثاق الأمم المتحدة، من خلال وقف انتهاكات وحمايته لحقوق الإنسان من الانتهاكات⁽¹¹⁾.
 أما عند محاولته هدم المادة 4/2 فيستند إلى أن تكرار اختراق هذه المادة على المستوى الدولي، أفقد هذه المادة مصداقيتها وإنشاء قاعدة عرفية تسمح بالتدخل لاعتبارات إنسانية⁽¹²⁾.

كما أن الاتفاق الواسع بين الدارسين في الصفة العرفية والامرة للمادة 2 فقرة 4، لا ينفي الخلاف حول نطاق أو مدى هذا المنع لتحريم استخدام القوة، أين يقر بعض الدارسين أن المنع في الحقيقة لا يعكس الحالة الراهنة للقانون الدولي العرفي، أي أن المنع لا يشمل سوى جانب فقط، وهو التعرض لسلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي، أما في غير هذه الحالات إذا كان هذا الاستخدام يتوافق مع مقاصد ميثاق الأمم المتحدة فإن هذا المنع لا يطرح⁽¹³⁾، حيث صرحت "Kathrine lalumiere" عضو البرلمان الأوروبي بأن: «القول بأننا لا نستطيع فعل أي شيء، هو تواطؤ في ارتكاب الجرائم»⁽¹⁴⁾، كما صرح الرئيس الفرنسي عند تهديد يوغسلافيا في أكتوبر 1998 من أجل وقف مجازرها في إقليم كوسوفو بقوله: «فرنسا ترى أن أي إجراء عسكري لا بد أن يطلبه ويقرره مجلس الأمن، بيد أن الوضع الإنساني يمثل استثناء مقبولاً للقاعدة أي كانت قوتها أو صلابتها»⁽¹⁵⁾.

كما اعتبروا أن الخلاف حول تفسير المادة 2 فقرة 4 إن كان قد وقع بشكل واسع في قضية تدخل الحلف الأطلسي في كوسوفا مثلاً، فإن هذا الخلاف نشأ في الحقيقة حتى عند وضع هذه المادة، حيث طرحت إشكالية هل أن هذه المادة هي تقنين للقواعد العرفية السائدة قبل تلك المرحلة في العلاقات الدولية، أم أنها تعبر عن قطيعة جذرية لما كان معمولاً به من قبل؟⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني: مبدأ منع التدخل في الشؤون الداخلية للدول

ترتكز الآراء المنادية بعدم مخالفة التدخل الإنساني لمبدأ منع التدخل في الشؤون الداخلية على ضرورة إعادة النظر في مفهوم السيادة، و مبدأ منع التدخل في الشؤون الداخلية.

فالسيادة في الحقيقة تستمد من الشعب وتمارسها السلطة من أجل الشعب وبالنيابة عنه، فليس من المنطقي السماح لأفراد معينين بإساءة استخدام السيادة من خلال احتكار الفوائد المترتبة عنها، والاختباء وراءها من أجل ممارسة تصرفات وحشية تجاه رعاياها، فمن غير المنطقي إبادة البشر بحجة السيادة الوطنية⁽¹⁷⁾. ما عبر عنه بأسلوب مباشر الأستاذ "Paul Ricœur"، عندما اعتبر أن كل الاعتبارات تسقط عندما يتعلق الأمر بالحياة، بقوله:

«Du seul fait que la vie existe, elle vaut d'être préservée, protégée, accrue. Toutes les autres valeurs d'existence sont bâties sur ce socle...»⁽¹⁸⁾.

كما أنّ هذه المبادئ والتي ظهرت وبدأت تستقر مع بداية القرن السادس عشر كانت تهدف إلى حماية الجماعات البشرية، من خلال إنشاء دول مستقلة تتمتع بحصانة ضد التدخلات الأجنبية، لكن وقع سوء استخدام لهذا المفهوم بمرور الزمن من خلال حكومات تريد الاستفادة من مزايا السيادة لتحقيق أغراض خاصة، لذا وجب إعادة تطوير هذا المفهوم وإلا فإنه سيتعرض للتعطيل، فالسيادة ليست مفهوم أرفع من البشر كما أنه ليس كل تدخل يمس السيادة هو شر بالضرورة، ومن هنا تنشأ ضرورة الموازنة بين حق الدولة في احترام سيادتها وحق شعبيها في الأمن⁽¹⁹⁾، وضرورة تقديم العنصر الثاني على الأول؛ خاصة وأنّ السيادة إنّما أنشئت لتحمي الشعوب لا للمساعدة على إبادتهم⁽²⁰⁾.

ويؤكد المؤيدون للتدخل الانساني أنّ تحفظ البعض بحجة أنّ مواد الميثاق باعتبار لم تحدد هذه الحقوق ولا كيفية حمايتها أصبح غير مقبول، كون دراسة حقوق الإنسان يجب أن توضع في إطار التقدم الكبير لوضع الفرد في القانون الدولي، وأنّ عدم ذكر هذه الحقوق على وجه الحصر تقتضيه طبيعة أي ميثاق من اختصار، أما عدم التطرق لآليات الحماية فلا يطرح إشكالية في قيمة الميثاق الملزمة، بل يطرح هذا الإشكال عند تطبيق النص كما عبر عنه "LAUTERPACHT"، ليضيف "ROSALY HIGGINS" أنّ إلزامية الميثاق تكمن في قرارات الشجب والإدانة، والتي إن لم يكن للميثاق أي قيمة إلزامية فلماذا تصدر هذه القرارات⁽²¹⁾.

كما أكد تقرير لجنة إدارة شؤون المجتمع الدولي أنّ مفهوم الأمن العالمي يتجاوز حماية الحدود والحكومات؛ ليشمل حماية الشعوب، وعليه فليس من المنطقي قصر مفهوم الأمن على حماية الدول وتجاهل مصير الشعوب التي تشكلها والتي تمارس السيادة باسمها، حيث سبق وأن وقعت انتهاكات واسعة لحقوق البشر؛ دون وجود أي تهديد خارجي للسيادة أو السلامة الإقليمية⁽²²⁾.

كما أنّ الاعتداء على حقوق الإنسان هو اعتداء على ميثاق الأمم المتحدة ما يبرر مشروعية التدخل الانساني، حيث جاء في ديباجة الميثاق: « نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على أنفسنا أن ننقذ الأجيال القادمة من ويلات الحرب... »، وعند ذكر مقاصد الأمم المتحدة: «... وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا...»⁽²³⁾، كما أنّه: « تعمل الأمم المتحدة... أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز...»⁽²⁴⁾.

في حين تتفق آراء المعارضين للتدخل الانساني أنّ مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية مبدأ هام ومستقر في الدراسات النظرية للقانون الدولي العام، رغم أنّ الممارسات تبين أنّ الأصل هو مبدأ التدخل، فالتدخل هو: « كل عمل إرادي على درجة من الجسامة، يباشره شخص قانوني دولي اتجاه دولة أخرى، بغية حرمان هذه الدولة من التمتع بسيادتها

واستقلالها»⁽²⁵⁾، ورغم كثرة صور التدخل فهي تشترك في أنّها ضد إرادة دولة ومن أجل تجريدتها من حقوق سيادية.

وينطلق مبدأ منع التدخل في الشؤون الداخلية للدول من تمتع الدول بالسيادة، فالسيادة باعتبارها سلطة الدولة العليا على جميع الأمور الواقعة ضمن نطاقها الإقليمي، يعدّ حجر الزاوية للنظام القانوني الدولي⁽²⁶⁾، وعليه فإنّ ما يقع على رعاياها يقع ضمن اختصاصها الداخلي ولا يمكن للدول الأخرى التدخل به، فالدولة هي صاحبة الاختصاص بمسائل حقوق الإنسان باعتبارها صلب الاختصاص الداخلي للدولة، وأي تدخل في ذلك يعدّ من باب التعدي الذي يستوجب المسؤولية⁽²⁷⁾.

حيث يعتبر الأستاذ "Brownlie"؛ أنّ مفهوم التدخل الإنساني أسئ استخدام لغرض تحقيق مصالح الدول بعيدا عن أهدافه المعلنة، كما أنّه لا يمتلك أي شرعية على مستوى القانون الدولي، فأثاره في الغالب تكون غير فعالة بل وعكسية⁽²⁸⁾، مستندا في ذلك إلى أنّ الدول الكبرى ترفض الانضمام إلى الاتفاقيات التي فيها تدخل في شؤونها الداخلية، معتبرا أنّ أي محاولة لإقرار التدخل الإنساني خارج ما تقوم به أجهزة الأمم المتحدة من وظائف، رخصة مفتوحة للدول الكبرى، ستعيد عهد التدخلات الاستعمارية باسم حماية حقوق الإنسان⁽²⁹⁾.

وعليه فإنّه لا يمكن الاعتراف بحقوق دولية للإنسان، لأنّ ذلك سيؤدي إلى هدم دعامة أساسية في القانون الدولي العام هي اعتبار الدول متساوية في السيادة، وفي حالة إخلال دولة بالتزاماتها فهي معرضة فقط لمسؤولية الدولية، وإجراءات ليس من ضمنها التدخل وذلك استنادا إلى المادة 7/2 من الميثاق⁽³⁰⁾.

إضافة إلى وجود قاعدة عرفية تحظر التدخل في الشؤون الداخلية للدول أكّدها الكثير من القرارات الدولية، كقرار الجمعية العامة رقم 2625؛ المتضمن إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول⁽³¹⁾. ما أكّده قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 37-10 حين اعتبر بأنّه: «تؤكّد من جديد المبدأ الوارد في ميثاق الأمم المتحدة، والقاضي بأن تمتنع جميع الدول في علاقاتها الدولية عن التهديد بالقوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأي دولة أو بأي طريقة أخرى لا تتفق مع مقاصد الأمم المتحدة، وإذ تكرر التأكيد على أنّه ليس من حق أية دولة أو مجموعة من الدول أن تتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ولأي سبب كان، في الشؤون الداخلية أو الخارجية لأية دولة أخرى»⁽³²⁾.

أما التدخل الإنساني لتقديم المساعدات الإنسانية، و الذي يعتبر الثغرة التي يتسلل عبرها في كل مرة محاولا التمدد الى باقي حالات التدخل الانساني، فيجب أن تخضع قبل كل شيء، إلى المبادئ التوجيهية التي حدّتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 46/182

الصادر في 19 ديسمبر 1991، ومن أهمها احترام سيادة الدول وسلامتها الإقليمية ووحدها الترابية⁽³³⁾.

المطلب الثاني: آليات استيعاب الميثاق للتدخل الإنساني.

يعكس السجال في فهم المبدأين السابقين حقيقة مهمة وهي أنّهما تجمعهما ديباجة واحدة وضعت الإطار العام لميثاق الأمم المتحدة، ما يعطي إمكانية محاولة التوفيق بين هذه الآراء من خلال آليات محددة، تسمح لقواعد القانون الدولي والتي يشمل الميثاق بعضها بأن ينسجم مع التدخل الإنساني⁽³⁴⁾، وذلك من خلال:

– تبني مبررات أخلاقية وإنسانية تقرّ شرعية التدخل الإنساني.

– إعادة صياغة بعض المفاهيم التقليدية للقانون الدولي، لتنسجم مع التطوّرات الحديثة في القانون الدولي من أجل التوفيق بين اعتبارات التدخل الإنساني وقواعد القانون الدولي، وعلى رأس هذه المفاهيم سيادة الدولة ومجالها المحفوظ.

– الاستفادة من طبيعة الميثاق العامة والمختصرة.

الفرع الأول: الضرورة الإنسانية والأخلاقية

برزت الضرورة الإنسانية والأخلاقية كمبرر قوي في كل مرة يحدث خلاف بين دول مجلس الأمن التي تملك حق النقض حول ضرورة وقف انتهاكات لحقوق الإنسان، بحجة انتهاك مبادئ ميثاق الأمم المتحدة، ما لخصه الأمين العام السابق للأمم المتحدة "Javier Pérez de Cuéllar" في تقريره السنوي لعام 1991 بقوله: «لقد بات واضحاً الآن أنّ مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول يجب أن لا يستخدم كعازل واق لبعض الحكومات التي تنتهك حقوق الإنسان ... وإذا كانت المنظمة ملتزمة بميثاقها لغرض الحفاظ على سيادة الدول الأعضاء من جهة فإنّها ملزمة أيضاً بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان من جهة أخرى، وعليها إذن المحافظة على هذا التوازن المفروض بين الإنسان ودولته في سياق كل عمل تقوم به»⁽³⁵⁾، فعبارة: «وإذا كانت المنظمة ملزمة ... فإنّها ملزمة أيضاً...»، أعطت الأصل ثم أعطت الاستثناء، ما يمكن اعتباره تقرير صريح بأنّ التدخل الإنساني إن لم يكن في السابق استثناء على بعض مبادئ الأمم المتحدة، خاصة منع التدخل ومنع استخدام القوة، فإنّه يجب أن يصبح كذلك في المستقبل.

والمثال البارز في ذلك سياسة التطهير العرقي الصربي للألبان في كوسوفو، فكان لتدهور الأوضاع الإنسانية في كوسوفو تأثيرها الواضح على الأحداث خاصة في مع تمسك روسيا بحق النقض لأي قرار بالتدخل وفق الفصل السابع، ما جعل الرئيس الفرنسي جاك شيراك يصرح في 06 أكتوبر 1998 بأنّ الوضع في كوسوفو يفرض التدخل، ولا يمكن رفض مساعدة من هم في خطر، ما أكدّه إعلان الأمين العام للأمم المتحدة في 1999/04/06، حين ربط تدخله لدى الحلف لإيقاف العمليات العسكرية بوقف المعاناة الإنسانية هناك⁽³⁶⁾، فالمبررات الأخلاقية

والإنسانية تستدعي الإقرار بمشروعية التدخل الإنساني، فحياة الناس وحریتهم وحقهم في الحياة هو في الحقيقة الغاية والهدف من أي نظام دولي⁽³⁷⁾.

رغم ذلك تختلف أسس هذه المبررات الأخلاقية والإنسانية بين من يعتبر ذلك من قبيل الحرب العادلة، كما ذهب القاضي الايطالي بمحكمة العدل الدولية "انطونيوس كاسيس"، عندما اعتبر التدخل الإنساني هو المفهوم المعاصر للحرب العادلة مع ضبطه ببعض الشروط التي يستوجها العالم المعاصر⁽³⁸⁾. في حين يؤسسها آخرون على فكرة العدالة العليا كما يرى الفقيه "غاسلر"، حين يعتبر القانون الدولي لا ينبع من إرادة الدول بل ينبع من العدالة والأخلاق التي تنتهي إلى ضرورة حماية الإنسان⁽³⁹⁾.

الفرع الثاني: أسس فهم جديد لسيادة الدولة

فرضت مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وفق المادة 7/2 من الميثاق أمران مهمان، الأمر الأول هو أنّ الأمم المتحدة قد وضعت لنفسها من الاختصاصات والأهداف بطريقة عامة وشاملة يسمح لها بأن تنشأ حيزاً للعمل، أما الأمر الثاني فهو وجود أنظمة قانونية للدول تبرز سيادتها يجب تعايش الميثاق معها دون تصادم⁽⁴⁰⁾.

إلا أنه توجد صعوبات عديدة لتحديد الاختصاص الداخلي للدول، حيث قد تختلف المسألة الواحدة من دولة إلى أخرى حسب ما ترتبه من آثار، وهو في الحقيقة مكن الاختلاف بين من يعتمد على مقصد الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان من أجل إقرار التدخل الإنساني، ومن يتصدى للتدخل الإنساني بمبدأ منع التدخل في الشؤون الداخلية، ما يعني أنّ إعادة النظر أو الاتفاق حول سيادة الدولة والذي ينعكس على المجال المحفوظ لها، يمكن أن يساعد في حل هذا الإشكال.

وهو أمر ممكن جداً؛ خاصة عند تتبع اختلافات المواقف حول مفهوم المجال المحفوظ للدولة لدى الفقه الدولي (أولاً)، وموقف محكمة العدل الدولية (ثانياً)، كذا موقف الأمم المتحدة (ثالثاً).

أولاً: فقه دولي مواكب

اختلف الفقه الدولي حول حقوق الإنسان ومدى انتمائها للمجال المحفوظ للدولة.

الرأي الأول يقر بإخراج حقوق الإنسان من المجال المحفوظ للدول، ويعتبر معهد حقوق الإنسان من أكثر الهيئات الدولية اعتناقاً لهذه الفكرة، حيث ذهب إلى أنّ احترام حقوق الإنسان يشكل التزاماً على عاتق كل الدول، فتقرر المادة الأولى من القرار الذي أصدره هذا المعهد في 13 ديسمبر 1989 بشأن حماية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التدخل، بأنّه تقع حماية حقوق الإنسان على عاتق الجماعة الدولية، باعتبار أنّ جميع الدول تلتزم في مجال حقوق الإنسان بمجموعة من الاتفاقيات الدولية، ما يخرجها من المجال المحفوظ⁽⁴¹⁾.

أما الرأي الثاني فيتمسك بإدراج حقوق الإنسان في المجال المحفوظ للدول⁽⁴²⁾، حيث يؤكد الأستاذ مصطفى سلامة حسين بأنّ اعتبار حقوق الإنسان خارج المجال المحفوظ للدولة، يعني أنّ مجالاً أساسياً للدولة أصبح محلاً للتدخل وهو أمر غير مقبول، خاصة وأنّ السيادة هي من أحد الدعائم الأساسية في القانون الدولي⁽⁴³⁾، معتبراً أنّ حماية حقوق الإنسان هو من الاختصاصات المحفوظة للدولة، فجعل حقوق الإنسان من ضمن أعمال القانون الدولي؛ هو تدخل صريح في صميم السلطان الداخلي للدول ذات السيادة، أين يفترض وجود مجتمع دولي قائم على المساواة في السيادة والتسليم بذلك يعيدنا إلى حالات استعمال القوة⁽⁴⁴⁾.

في حين يعتبر الرأي الثالث أنّ المجال المحفوظ يقتصر على بعض حقوق الإنسان دون البعض الآخر، فبعض حقوق الإنسان مماثلة لتلك القواعد الأمرة التي تتميز باعتراف الجميع وبأهمية المحافظة عليها، وبالتالي يصعب السماح بانتهاكها والاعتداء عليها، وينطبق هذا على بعض الحقوق سواء في وقت السلم أو الحرب، فيرى الفقيه "G.Sperdute" أنّها تضم مجموعة الحقوق التي تحظر الوثائق الدولية الاعتداء عليها في أي حال من الأحوال، كالمادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية، والمادة 15 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة 28 من المعاهدة الأمريكية لحقوق الإنسان، والتي تحفظ في مجملها الحق في الحياة وتمنع الاسترقاق والمعاملة المهينة، وحظر رجعية القوانين في المجال الجنائي⁽⁴⁵⁾.

ثانياً: رأي مرن لمحكمة عدل دولية

انتقلت المحكمة من رأي إلى آخر حسب كل قضية، وكشفت عن البعد القانوني لمبدأ عدم التدخل في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا عام 1986، "فخطة السلام" التي استندت إليها الولايات المتحدة الأمريكية للتدخل في نيكاراغوا، بحجة أنّ هذه الأخيرة خرقت تعهداتها أمام أعضاء منظمة الدول الأمريكية بتنفيذ خطة سلام داخلي باحترام حقوق الإنسان وإرساء الديمقراطية، فاعتبرت المحكمة الالتزامات المترتبة عن هذه الخطة مجرد مسألة داخلية متعلقة بالشؤون الخاصة، فهي مجرد وعد سياسي للدولة أمام المنظمة وأمام شعبها⁽⁴⁶⁾.

فحظرت المحكمة على الدول التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى والتي تكون مطابقة لسيادتها، فالشؤون الداخلية تشمل حرية الدولة اختيارها أنظمتها المختلفة من سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية...، ولا يحدّها في ذلك إلا القيود التي فرضتها على نفسها من خلال معاهدة دولية أو قاعدة عرفية أو أي التزام دولي آخر، وعليه فالشؤون الداخلية نطاق يتسع أو يضيق وفق ذلك⁽⁴⁷⁾.

كما تبنت المحكمة الرأي الفقهي الوسط السابق ذكره في قضية انتماء بعض حقوق الإنسان إلى المجال المحفوظ للدولة، في قضائها الخاص بالموظفين الدبلوماسيين والقنصلين

للولايات المتحدة الأمريكية المحتجزين في سفارتها بإيران، أين تقرر أنّ تجريد البشر من حرياتهم وتعرضهم للإكراه الجسماني لا يتفق ومبادئ الأمم المتحدة، وكذا الحقوق الأساسية الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽⁴⁸⁾.

ثالثاً: موقف الأمم المتحدة وفق التحديات

اعتمدت الأمم المتحدة في قضية تحديد مسألة الاختصاص الداخلي في بداياتها معياراً قانونياً صرفاً، يقوم على إخراج أي مسألة عن الاختصاص المحفوظ للدولة متى كان محكوماً بالقانون الدولي، ثم انتقلت إلى معيار ذو طابع سياسي، يعتمد على إخراج القضايا من الاختصاص الداخلي متى كانت تمثل مصلحة دولية، وهو ما مكّنها من رد الاعتراضات التي تقدمها الدول عند مناقشة قضايا حقوق الإنسان وتقرير المصير⁽⁴⁹⁾.

استقر العمل في منظمة الأمم المتحدة على المعيار الأخير، أي أنّ الاختصاص الداخلي مسألة مرنة إلى أبعد حد، وهو ما رجحه الفقه والقضاء الدولي، فتحديد ذلك يعود للقانون الدولي وحده، فإذا أخذنا بعين الاعتبار أنّ قواعد القانون الدولي تتميز بالتطور، فإنه يمكن القول أنّ المادة 7/2 من الميثاق في قضية الاختصاص الداخلي نسبية المعنى، من خلال إمكانية إخراج أمور معينة من هذا الاختصاص وانتقالها إلى الاختصاص الدولي ومنه إلى المنظمة، دون الحاجة إلى تعديل ميثاقها⁽⁵⁰⁾.

فالمجال المحفوظ للدولة^(*) يمكن أن يكون آلية توفيق بين مقاصد المنظمة ومبادئها، من خلال تبني الرأي الوسط الأكثر اعتدالاً في تقرير انتماء حقوق الإنسان، فالدول حرة في تنظيم حرياتهم ما لم تكن لها التزامات دولية في هذا المجال، لذا يجب دراسة كل حالة على حدى خاصة وأنّ مبدأ عدم التدخل لا يزال من أهم المبادئ التي يقوم عليها التنظيم المعاصر⁽⁵¹⁾.

المهم في كل هذا أنّ حقوق الإنسان، وبغض النظر عن تصنيفها بين المجال المحفوظ للدول أو خارجه فإنه يتوجب ضرورة تعزيز حمايتها واحترامها.

الفرع الثالث: تفسير مرّن للميثاق

طرح الميثاق جملة من المشاكل بسبب الاختصار والاختزال الذي يكتنفه، حيث أنّه لم يتضمن عملية تقنين وافية في مسألة استخدام القوة، فقواعده كانت انعكاساً لويلات الحرب العالمية الثانية، أين كان التركيز على النزاعات الدولية فقط، في حين يسود العالم اليوم نزاعات داخلية بشكل أكبر وأكثر تأثيراً⁽⁵²⁾، لكن هذه الخاصية يمكن النظر إليها بصورة إيجابية من خلال طرح السؤال التالي:

هل يمكن أن يؤوّل الميثاق بحيث يجيز استخدام القوة لأغراض إنسانية؟، من خلال القول بأنّ الميثاق ليس ذو دلالة ثابتة، وأنّه يجب استنطاق نصوصه وفق التحديات المعاصرة.

ففي هذا الإطار اعتبرت محكمة العدل الدولية سنة 1986 في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، أن الميثاق يتسم بأحكام ديناميكية عرضة للتغيير وفق سلوك الدول والممارسات اللاحقة، فالميثاق لا يحتوي على جميع القواعد القانونية المنظمة لاستخدام القوة، كما أن النصوص المتعلقة بالدفاع الشرعي بحاجة إلى تفسير في ضوء القانون الدولي العرفي، فالمحكمة رغم عدم ذكرها صراحة إمكانية تفسير نشط للميثاق⁽⁵³⁾، إلا أنها أقرت إمكانية نشوء قواعد قانونية جديدة استثناء لقاعدة تحريم القوة في العلاقات الدولية، أي أنه يمكن تفسير المادة 4/2 والمادة 51 وفقاً لممارسات الدول من خلال تفسير غائي ونشط⁽⁵⁴⁾.

فرغم أن الميثاق قد أعطى فقط استثناءين لاستخدام القوة، إلا أنه لا يمكن إنكار أن القانون الدولي ومن خلال قرارات الأمم المتحدة، قد أضاف استثناءات جديدة تجعل من التمسك بحرفية الميثاق نوع من التجاهل لتطور القانون الدولي، فالاستثناء الأول مثلاً هو حق الشعوب المستعمرة في استخدام القوة لنيل الاستقلال، استناداً إلى المادة السابعة من تعريف العدوان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة (55)، ما أكدته الكثير من القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، أما الاستثناء الثاني فما يعرف بالإتحاد من أجل السلام، حيث أعطت الجمعية العامة لنفسها حق التفويض باستخدام القوة؛ على إثر عجز مجلس الأمن عن التدخل⁽⁵⁶⁾.

لذا فإنه في حال لم يتمكن الميثاق من الاستفادة من عمومية واختصار نصوصه، فإنه لا بد أن يتعرض لانتقادات حادة، كما عبر عن ذلك الأستاذ "Albert Legault":

«si la Charte était en avance sur son époque en 1945, l'inverse est aujourd'hui vrai.»⁽⁵⁷⁾

فإذا كانت جل القراءات تتفق على أن المجتمع الدولي يتفهم التدخل الإنساني، فمن الصعب جداً لميثاق الأمم المتحدة أن يستمر في تمثيل مجتمع دولي يتجاوزه فكراً وقانونياً.

خاتمة

ختاماً لما سبق يمكن القول بالممارسات الدولية المتسارعة في العصر الحديث دفعت بمفاهيم جديدة على الساحة القانونية الدولية على رأسها التدخل الإنساني، فرض ذلك تطور القوانين والقواعد الدولية، كالمسؤولية الجنائية الدولية والقانون الدولي الجنائي والدولي الإنساني وغيرها، حيث تعمل كلها على تطوير مفاهيم جديدة على حساب المفاهيم القديمة التي يركز عليها ميثاق الأمم المتحدة كالسيادة ومنع التدخل.

إلا أن بقاء الصراع حول مفهوم التدخل الإنساني في أروقة الأمم المتحدة بين المدافعين عنه بتغليب مقاصد الميثاق على حساب مبادئ الميثاق؛ أو الرافضين له بتغليب المبادئ على المقاصد، يبرز سعة الميثاق وإمكانية استيعاب هذه التغيرات، إلا أنه يطرح حقيقة مهمة وهي انتقال مركز ثقل أو نقطة ارتكاز الميثاق من الدولة كما رسمتها معالم ما بعد الحرب العالمية

الثانية كثابت يمثل صمام أمان للمجتمع الدولي، إلى الإنسان كعنصر تتمحور حول حمايته وحماية كرامته أي منظومة قانونية في العالم، حتى يبقى يؤدي وظيفته الطبيعية ككائن اجتماعي شكل الدولة كوسيلة لضبط مسيرته الحضارية.

هذا الانتقال في مركز الاهتمام في ميثاق الأمم المتحدة يضع الميثاق بين ضرورة إعادة توازنه، ومن ثم توازن منظمة الأمم المتحدة من خلال إعادة فهم عميق لبعض المبادئ والمفاهيم التي ضمنت له الاستمرار لأكثر من نصف قرن، من خلال إعادة مراجعة أهمية ومكانة هذه المبادئ والمفاهيم وفق آليات جديدة تفرضها التطورات على الساحة الدولية، أو ضرورة التعجيل بآلية جديدة لضبط المجتمع الدولي من دون الحاجة إلى حرب أخرى، كما حدث مع عصبة الأمم بعد الحرب العالمية الأولى أو منظمة الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية. وذلك يتطلب الإقرار بـ:

- صراع القانون والقيم كأساس الخلاف حول التدخل الإنساني، حيث أنّ مبادئ الميثاق (ومنها منع التدخل)؛ وضعت لحماية مقاصده (تعزيز احترام حقوق الإنسان)، فمبادئ الميثاق هوي وسيلة للمقاصد وليست غاية في حدّ ذاتها، فالالتزام بها يجب أن يكون في حدود المقاصد الكلية للميثاق، وعليه يجب الاستفادة من الصياغة العامة لميثاق الأمم المتحدة، للسماح بإيجاد تفسيرات تتلاءم ومتطلبات العصر من خلال تبني تفسير موسع للميثاق.

- انحصار سيادة الدول، رغم صعوبة إغفاله كركيزة في القانون الدولي كما أرست ذلك اتفاقية واستفاليا، وانتقل المرجع في فهم مبادئ وقيم النظام القانوني الدولي من الدولة إلى الإنسان، فحقوق الإنسان لم تعد شأنًا داخليًا بل أضحت من قبيل مصالح المجتمع الدولي، وتحولت السيادة إلى أداة لحماية هذه الحقوق لا وسيلة لانتهاكها.

- إصلاح هياكل وآليات عمل الأمم المتحدة، خاصة تشكيلة مجلس الأمن وصلاحيات الدول دائمة العضوية؛ بما يضمن توزيع أكثر للنفوذ والهيمنة بين أكبر قدر من دول العالم، خاصة في ظل بروز عدة دول قوية جديدة على الساحة الدولية، واستحالة تحول الأمم المتحدة إلى قاض محايد، بما يضمن فاعلية أكبر للأمم المتحدة وتقليص تأثير بعض الدول على عمل المنظمة.

- الحدّ من تقوية مركز الدولة على حساب المجموعة الدولية حتى في حالة خرقها لالتزاماتها الأساسية؛ بحجة تحريم اللجوء إلى القوة، ما يؤثر مباشرة على نظام الأمن الجماعي، فمن الصعب الاستمرار في التمسك برفض التدخل الإنساني بحجة انتهاك السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي، لأنّ هذا اختزال للدولة في هذين العنصرين وتجاهل العنصر الأهم وهو الشعب، باعتباره صاحب الإقليم وسبب وجود السلطة السياسية التي تمارس السيادة.

الهوامش:

(1) Albert Legault, "L'intervention de l'NATO au Kosovo : le contexte légal", Revue militaire canadienne, Printemps 2000, p p 64-65.

* حيث يتفق جلّ الدارسين على أنّ تأثيرات انتهاكات حقوق الإنسان داخل الدولة أصبح مداها يتجاوز حدود الدولة، وبالتالي يهدد الأمن والسلم الدوليين، وأصبح التدخل الإنساني وسيلة لحفظ هذا الأخير.

(2) عماد الدين عطاء الله المحمد، التدخل الإنساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص ص 452-455.

(3) محمد خليل الموسى، استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، دار وائل، الأردن، الطبعة الأولى، 2004، ص 17.

(4) قامت بها عصبة الأمم المتحدة من قبل لحصر حالات استخدام القوة إلى أقصى حد، وكذا ما جاء في ميثاق بريان-كيلوج، والذي يعتبر أول محاولة لمنع استخدام القوة، بعد أن كانت الحرب وسيلة مشروعة وقانونية لتسوية النزاعات الدولية، انظر:

- محمد خليل الموسى، المرجع نفسه، ص 17؛ ص 9.

- لخضر رابحي، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015، ص ص 144-147.

(5) إبراهيم زهير الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2002، ص 281.

(6) محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 15.

(7) إبراهيم زهير الدراجي، المرجع السابق، ص 282.

(8) حسام أحمد محمد هندواوي، التدخل الدولي الإنساني - دراسة فقهية تطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996-1997، ص ص 230-235.

(9) إبراهيم زهير الدراجي، المرجع السابق، ص 298.

(10) عماد الدين عطاء الله المحمد، ص ص 426-428.

(11) إبراهيم زهير الدراجي، ص 299.

(12) محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 299.

(13) المرجع نفسه، ص 17.

(14) صلاح الدين بوجلال، الحق في المساعدة الإنسانية دراسة مقارنة- في ضوء أحكام القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 349.

(15) 5- ريتشارد كابلان، "أزمة كوسوفو ودلالاتها للتدخلات الإنسانية"، نشرة الهجرة القسرية، العدد 5، نوفمبر 1999، ص 7.

(16) محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 18.

(17) إبراهيم زهير الدراجي، المرجع السابق، ص 300.

(18) Rahim Kherad, "du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger", Les droits de l'Homme. Une nouvelle cohérence pour le droit international ?, Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.), Actes du colloque des 17, 18 et 19 avril 2008, VIII^e rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, PEDONE, 2008., p 297.

(19) إبراهيم زهير الدراجي، المرجع السابق، ص ص 302-303.

(20) صرح برنار كوشنير وزير الصحة الفرنسي عند صدور القرار 688 لعام 1991 الخاص بالتدخل في شمال العراق أنه: «حتى هذا الوقت كنا نتحدث في منظمة الأمم المتحدة عن سيادة الدول وحقوق الحكومات، إنّ القرار 688 يكرس حق البشر قبل حق الدول وبه يصبح التدخل رسمياً أنه يمثل دخول حق التدخل الإنساني إلى النصوص الدولية»، انظر:

- إبراهيم زهير الدراجي، ص 303.
- مصطفى قززان، مبدأ مسؤولية الحماية وتطبيقاته في ظل مبادئ وأحكام القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015، ص ص 163-166.
- (21) إبراهيم زهير الدراجي، المرجع السابق، ص ص 311-312.
- (22) المرجع نفسه، ص 304.
- (23) المادة 1 فقرة 3 من ميثاق الأمم المتحدة.
- (24) المادة 55 من الميثاق الأمم المتحدة.
- (25) أحمد عبد الله علي أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ الأمن والسلم الدوليين، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 123.
- (26) ما جعل البعض يعتبر أنّ التدخل الإنساني سيؤدي إلى استبدال سيادة الشرعية الدولية بحق التدخل الأخلاقي والإنساني، أي الانتقال من سيادة الدولة التي يقوم عليها القانون الدولي المعاصر إلى السيادة الأخلاقية، وهو ما فرض تقييد السيادة من خلال اعتبار الفرد من مواضع القانون الدولي، انظر:
- مصطفى قززان، مرجع سابق، ص ص 142-144.
- إسماعيل كرازدي، "بين سيادة الدولة وسيادة العولمة"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 15، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أكتوبر 2008، ص 202.
- (27) إبراهيم زهير الدراجي، مرجع سابق، ص 283.
- (28) الغريب أنّ الأستاذ "Brownlie" يعتبر أنّ الممارسات التي تمت قبل ظهور ميثاق الأمم المتحدة لا تشكل جزءاً من القانون الدولي العرفي، باستثناء التدخل الفرنسي في لبنان 1860، انظر:
- محمد غازي ناصر الجنابي، التدخل الإنساني في ضوء القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 32.
- (29) يعتبر "Brownlie" أنّ السماح بالتدخل الإنساني يشبه السماح بالقتل بدافع الشفقة في القانون الداخلي والذي تمنعه جل التشريعات حتى لا تفتح الباب أمام سوء استخدامه للأفراد، وأقرته بعضها بشروط حازمة فقط للأطباء، انظر:
- عماد الدين عطاء الله المحمد، المرجع السابق، ص ص 448-449.
- (30) لخضر رابحي، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015، ص ص 150-152.
- وليد فؤاد، "القيود الموضوعية المفروضة على مجلس الأمن"، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، المجلد 21، 2005، ص ص 47-49.
- (31) نص القرار على أنه: «ليس لأي دولة أو مجموعة دول أن تتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأي سبب كان في الشؤون الداخلية أو الخارجية لأية دولة أخرى، وبالتالي فإنّ التدخل المسلح وكافة أشكال التدخل أو محاولات التهديد الأخرى التي تستهدف شخصية الدولة أو عناصرها السياسية والاقتصادية والثقافية تمثل انتهاكاً للقانون الدولي». انظر:
- القرار رقم 2625، الصادر عن الجمعية العامة في 24 أكتوبر 1970، (A/RES/2625)، إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول. متوفر على الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة: (11-07-11). www.un.org (2011)
- (32) القرار رقم 37-10، الصادر عن الجمعية العامة في 15 نوفمبر 1982، (A/RES/37/10)، إعلان مانيفلا بشأن تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية. متوفر على الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة: (10-02-2011). www.un.org
- (33) القرار رقم 46/182، الصادر عن الجمعية العامة في 19 ديسمبر 1991، (A/RES/46/182)، المبادئ التوجيهية لتقديم المساعدات الإنسانية. متوفر على الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة: (10-02-2011). www.un.org

(34) اختصره ذلك الأستاذ "Mario Bettati"، بالقول أنه بالرغم من عدم تقنين مبدأ التدخل إلا أنه أصبح واقعا لا مفر منه؛ رغم الغموض الذي يلقه، فأصبحت إشكالية التدخل الإنساني تكمن في محاولة التوفيق بين واجب التدخل من دون المساس بالسيادة، ما يقتضي وضع قانوني جديد يحقق وبشكل وثيق للتدخل الإنساني شرعيته من دون المساس باستقلال الدولة وسيادتها، أنظر:

- إسماعيل كرازدي، المرجع السابق، ص 201.

(35) رقية عواشيرية، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص 396.

(36) صلاح الدين بوجللال، المرجع السابق، ص ص 348-349.

(37) إبراهيم زهير الدراجي، المرجع السابق، ص 305.

(38) صرح رئيس الوزراء الفرنسي - ليونيل جوسبان- عند التدخل في كوسوفو أنه: «أمام المسألة الإنسانية فإن معضلة القانون يجب تجاوزها»، انظر:

- إبراهيم زهير الدراجي، ص 307.

(39) المرجع نفسه، ص 306.

(40) أحمد عبد الله علي أبو العلا، المرجع السابق، ص 124.

(41) عبد العزيز العشراوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 194.

(42) طرح البعض رؤية جديدة تحد من تطرف هذا الرأي دون تلغيه وهي: «وجوب إعادة التفكير في مسألة السيادة ليس من أجل إلغائها باعتبار عنصر جوهري في بناء القانون الدولي، وإنما بقصد الإقرار أنّ مسألة السيادة يمكن أن تأخذ أكثر من شكل وأن تؤدي وظائف مختلفة»، انظر:

- النذير بومعالي، التدخل الإنساني لحماية الأقليات وفكرة السيادة في القانون الدولي العام، ورقة قدمت إلى ملتقى مبدأ السيادة في ظل النظام الدولي الجديد، كلية الحقوق، جامعة المديّة، الجزائر، (12-13 ماي 2010).

(43) مصطفى سلامة حسين، الأمم المتحدة، شركة دار الإشعاع للطباعة، القاهرة، 1986، ص 185.

(44) محمد أرزقي أنسيب، "مستقبل السيادة والنظام العالمي الجديد"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 35، 1997، ص 835.

(45) عبد القادر بوراس، التدخل الدولي الإنساني وتراجع مبدأ السيادة الوطنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 228.

(46) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948-1991، المرجع السابق، ص ص 216-214.

(47) أحمد عبد الله علي أبو العلا، المرجع السابق، ص 126.

(48) عبد القادر بوراس، المرجع السابق، ص 229.

(49) محمد يعقوب عبد الرحمان، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2004، ص ص 91-92.

- محمد سعيد الدقاق، التنظيم الدولي، المرجع السابق، ص 272.

(50) المرجع نفسه، ص ص 273-272.

* - إنصبّ التركيز على المجال المحفوظ للدولة، لأنّ الدول في النهاية تمارس إدارة شؤونها الداخلية من خلال مجالها المحفوظ، انطلاقا من تمتعها بسيادة، فالسيادة كحق للدولة يمارس على المجال المحفوظ كإطار.

(51) إدريس بوكرا، مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص ص 106-109.

(52) مصطفى قززان، المرجع السابق، ص ص 163-166.

- محمد خليل موسى، المرجع السابق، ص 10.

(53) رغم خضوع أحكام ميثاق الأمم المتحدة إلى تفسير متجدد للانسجام مع التطورات الدولية، إلا أنه ليس تفسيراً مزاجياً بل يخضع لضوابط ومعايير محددة، خاصة وقد سعى الخطاب القانوني الحديث خاصة من الدول الكبرى إلى تطويع قواعد القانون الدولي بما ينسجم مع مصالح ورأي هذه الدول، وعليه ما مدى التفسيرات والتأويلات المتعلقة بالميثاق والتي تحاول إقرار إمكانية استخدام القوة من أجل أغراض إنسانية، انظر:

- محمد خليل موسى، المرجع السابق، ص 12.

(54) محمد خليل موسى، ص 11.

(55) نصت المادة 7 من قرار تعريف العدوان على أنه: «ليس في هذا التعريف عامة، ولا في المادة 3 خاصة، ما يمكن أن يمس على أي نحو بما هو مستقى من الميثاق من حق تقرير المصير والحرية والاستقلال للشعوب المحرومة من هذا الحق بالقوة، والمشار إليهما في إعلان مبادئ القانون الدولي المتصلة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة، ولا سيما الشعوب الخاضعة لنظم استعمارية أو عنصرية أو لأشكال أخرى من السيطرة الأجنبية...»، انظر:

- القرار رقم 29-3314، الصادر عن الجمعية العامة في 14 ديسمبر 1974، (A/RES/29/3314)، تعريف العدوان. متوفر على الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة: www.un.org (11-07-2011).

(56) محمد المجذوب، التنظيم الدولي-النظرية العامة والمنظمات الدولية والإقليمية-، الدار الجامعة، لبنان، (د ت ن)، ص 182.

(57) Albert Legault, Op.cit, p 64.

البنوك... بين التزام السرية المصرفية وواجب مكافحة جريمة تبييض الأموال*

REDOUANE Selwa, 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.

رضوان سلوى، طالبة دكتوراه،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تميّزت الحياة المعاصرة بتقدّم تكنولوجي كبير، سهّل معاملات الأفراد بمختلف أنواعها. في المقابل سمح هذا التطور بظهور جرائم لم تكن معروفة من قبل-كجرائم المعلوماتية- وفاقمت في حدّة جرائم معروفة من قبل كالجرائم المالية التي تعدّ جريمة تبييض الأموال أبرزها، هذه الجريمة عرفت انتشارا رهيبا ارتبط بالتطور الذي عرفه القطاع المصرفي.

فلم تعد عملية سن قواعد قانونية تحوي عقوبات مشدّدة كافية للحد من هذه الجريمة، إذ أصبح من الواجب اتخاذ تدابير وقائية قبل وقوع جريمة تبييض الأموال تتخذها المؤسسات المصرفية. فالبنوك أول من يتعامل مع مبيضي الأموال وبواسطتها تتم جريمة تبييض الأموال. فنجاح عملية التّصدي لهذه الجريمة مرهون بتفعيل الرّقابة التي تمارسها البنوك عند أول تعامل مع الزبائن حتى وإن شكلت هذه الرّقابة مساس بالسرية المصرفية وبالتطبيق النسبي لها.

الكلمات المفتاحية:

البنوك، السرية المصرفية، تبييض الأموال... الخ.

Banks ... between the obligation of banking secrecy and the duty to fight against money laundering crime

Abstract:

Contemporary life is marked by significant technological progress, it has facilitated all sorts of people of transactions. However, he allowed the emergence of new crimes previously unknown as computer crime, and the development of other known crimes in the financial sector, including money laundering that is experiencing significant spread of the development of the banking sector.

Implement legal rules containing severe penalties remains insufficient to curb this crime, it became mandatory to take preventive measures before the

Occurrence of money laundering, The banks are the first to deal with money launderers, responsible for this crime. The success of this action depends on the effectiveness of the control exercised by banks in the first operation with customers, even if such control is detrimental to banking secrecy.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/11/20 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/22 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Key words:

Banks, bank secrecy, money laundering etc...

Les banques ... entre l'obligation de secret bancaire et le devoir de lutter contre le crime de blanchiment d'argent**Résumé :**

La vie contemporaine est marquée par un progrès technologique significatif, ce dernier a facilité toutes sortes de transactions des gens. En revanche, il a permis à l'émergence de nouveaux crimes inconnus auparavant comme les crimes informatiques, et le développement d'autres crimes connus dans le domaine financier, dont le blanchiment qui connaît une propagation significative du au développement du secteur bancaire.

Mettre en œuvre des règles juridiques contenant des peines sévères reste insuffisante pour freiner cette forme de criminalité, il est devenu obligatoire de prendre des mesures préventives avant la Survenance du blanchiment. Les banques sont les premières à traiter avec les blanchisseurs d'argent, responsables de ce crime. Le succès de cette action dépend de l'efficacité du contrôle exercé par les banques lors de la première opération avec les clients, même si un tel contrôle porte préjudice au secret bancaire.

Mots clés:

Les banques, le secret bancaire, le blanchiment d'argent ... etc.

مقدمة

غني عن البيان لما للبنوك والمؤسسات المالية من دور فعّال في دفع عجلة النمو الاقتصادي في الدول، ولهذا عُدَّ القطاع المصرفي من القطاعات الإستراتيجية. فلم تعد البنوك كمقياس لتقدّم الدول فحسب، بل أضحت كذلك مؤشّر من المؤشرات التي يعتمد عليها المستثمر ليتخذ قرار الاستثمار في هذا البلد أو ذاك؛ لما للبنوك من قدرة تمويلية للمشاريع الاقتصادية على اختلاف مداها.

لم تعد وظيفة البنك مقتصرة على مجرد التمويل؛ فنظرا لحجم الأموال المتداولة فيه أضحى مسرحا للعديد من الجرائم المالية، تأتي جريمة تبييض الأموال في مقدمتها، التي تعدّ من قبيل الجرائم المنظمة التي تشكل خطورة على الاقتصاد الوطني⁽¹⁾.

فقد أدى تطور علاقات الأفراد وتشعبها إلى ظهور جرائم جديدة فلم تعد الجريمة بمفهومها التقليدي؛ تلك التي تلحق ضررا بفرد معين، بل أصبح ضررها متعددا إلى مجموعة؛ أي إلى أكثر من شخص واحد. وقد واكب تطوّر مفهوم الجريمة، تعدّد مصادرها وضحامة العوائد المتأتية منها. فظهرت أموال غير مشروعة محصّلة من تجارة المخدرات، الإرهاب والاتجار في البشر... إلخ. وقد عمد أصحاب هذه الأموال بهدف إخفاء الصبغة غير المشروعة إلى ضخمها في العملية الاقتصادية مستعينين في ذلك بالمؤسسات المصرفية.

وقد ساهم التطور التكنولوجي الذي مسّ القطاع المصرفي في زيادة حجم الأموال المبيضة، ذلك أنّ هذه الوسائل فضلا عما توفره من سرعة في التحويلات، فإنها تضمن كذلك سرية العملية إعمالا، لمبدأ السرية المصرفية التي توجب على البنك لزوم الكتمان سواء تعلّق

الأمر بهوية العميل، مبالغ إيداعاته أو حتى التحويلات التي يقوم بها. هكذا تحوّل السر المصرفي من مؤشر على ثقة البنك وقدرته الائتمانية إلى غطاء لجريمة تبييض الأموال.

الأمر الذي يدفعنا إلى البحث في مدى قدرة البنك على الموازنة بين التزام السرية المصرفية عملاً بقانون النقد والقرض، وواجب مكافحة تبييض الأموال عملاً بنصوص قانون العقوبات؟ إن الإجابة على هكذا تساؤل يقتضي منا بالضرورة بيان مدلول السرية المصرفية (أولاً) وفقاً لنصوص قانون النقد والقرض، وفي مقام ثاني الآليات المنتهجة من البنك لتحقيق التوافق بين السرية المصرفية ومكافحة جريمة تبييض الأموال (ثانياً).

أولاً: ضبط مفهوم السرية المصرفية

تعدّ السرية المصرفية عماد العمل المصرفي وإحدى المبادئ المستقرّة في العرف المصرفي، بموجبه تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بحفظ سرية الأعمال العائدة للعميل التي تشمل سرية الحسابات وجميع النشاطات المالية المرتبطة بها، وهذا لمواجهة أي محاولة إطلاع عليها من طرف الأشخاص أو الهيئات العامة ما لم يكن هناك نص قانوني أو اتفاق يقضي بغير ذلك⁽²⁾.

1- تعريف السرية المصرفية

السر لغة هو ما يكتمه الإنسان؛ فهو كل خبر يقتصر العلم به على عدد محدود من الأشخاص، وهو كل معلومة مقرّر أن تكون مكتومة أو هو ما يفضي به شخص لأخر مستأمناً إياه على عدم إفشائه.

في حين يُعرّف إفشاء الأسرار بأنه كشف واقعة لها صفة السر صادر ممن علم بها بمقتضى مهنته ومقرّن بالقصد الجنائي⁽³⁾.

أما من الناحية الاصطلاحية فيقصد بها: "ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق موظفي المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم إفشاءها للغير باعتبار المصرف مؤتمناً عليها بحكم مهنته"⁽⁴⁾. والسرية المصرفية بهذا المفهوم ما هي إلا تطبيق من تطبيقات السرية المهنية.

وقد تبنت التشريعات الداخلية بدون استثناء، على وجوب إلزام السرية المصرفية من البنوك والمؤسسات المالية، فهناك من أفرد لها تشريعاً مستقلاً، وهناك من أحقها بقوانين النقد والقرض وهو حال المشرّع الجزائري، فبالعودة إلى قانون النقد والقرض رقم 03-11 المعدّل والمتمم⁽⁵⁾ في المادة 117 منه تحت عنوان السر المهني التي تنص: " يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات... " فمن خلال صياغة المادة يلفت انتباهنا أن المشرّع الجزائري لم يشر صراحة إلى السرية المصرفية واكتفى فقط بالسرية المهنية؛ فصحيح أن السر المصرفي لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق من تطبيقات السر المهني إلا أنّ هذا الأمر لا يصوّغ للمشرّع التغاضي عن الإشارة المباشرة أو النص الصريح على السرية المصرفية، لما يكتسبه هذا المبدأ من أهمية تتعلق بجذب رؤوس الأموال الأجنبية والمحافظة

على المحلية منها⁽⁶⁾. وهو الأمر ذاته بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي لم ينص هو الآخر على السرية المصرفية، واكتفى بمجرد الإشارة إلى السر المهني وذلك بموجب نص المادة L 511-33 من التقنين المالي والنقدي⁽⁷⁾.

وقد رتب المشرع الجزائري على مخالفة السر المصرفي أو بالأحرى السر المهني عقوبات يتعرض لها الموظفون في البنوك والمؤسسات المالية، جاء النص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات التي تنص: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج، الأطباء والجراحون والصيدالة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقعة أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك"⁽⁸⁾.

الملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يول أهمية كبيرة للسرية المصرفية، هذا مقارنة ببعض التشريعات المقارنة، فعلى سبيل المثال نجد المشرع السوري الذي أفرد لها تشريعا خاصا صدر سنة 2005؛ يتضمن 13 مادة واضحة وصريحة ضبطت السرية المصرفية. ولم يقتصر تجاهل المشرع للسرية المصرفية في قانون النقد والقرض فحسب بل حتى العقوبة المترتبة على مخالفة السر المصرفي لا تحقق هدفها في ردع موظفي البنوك والمؤسسات المالية.

2- نطاق الالتزام بالسرية المصرفية

يتحدد التزام السرية المصرفية بالنطاق الشخصي والنطاق الموضوعي؛ فالأول يقصد به الأشخاص الملزمون بكتمان السرية المصرفية، أما الثاني فيقصد به محل السرية المصرفية من معلومات وأشياء يقع على البنك واجب حفظها.

أ- النطاق الشخصي: بالعودة إلى نص المادة 117 من قانون النقد والقرض، نجد أن المشرع قد ألزم الأشخاص التالية بكتمان السر المصرفي وتمثل في: البنك والمؤسسات المالية. وإن كان في حقيقة الأمر الملزمون بكتمان الأسرار هم الموظفون العاملون بهاته المؤسسات التي ستكون محل تعريف أدناه.

- البنك: يقصد بالبنك تلك المنشأة التي تتخذ من الاتجار بالنقود حرفة لها، وتنصب عملياته على تجميع النقود الفائضة على حاجة الجمهور وإقراضها للآخرين وفقا لمعايير وأسس معينة⁽⁹⁾. وقد امتنع المشرع عن إيراد تعريف للبنك في قانون النقد والقرض الساري المفعول، على عكس ما كان عليه الأمر في القانون الملغى، حيث عرفت المادة 114 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض البنك كالاتي: "البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد من 110 إلى 113 من هذا القانون"⁽¹⁰⁾.

وهذا على غرار المشرع الفرنسي الذي امتنع هو الآخر عن تعريف البنك واكتفى بتعريف مؤسسات القرض في القسم الأول من القانون المشار إليه آنفا، تحت عنوان "تعريف مؤسسات القرض والعمليات البنكية" *définition des établissements de crédit et des opérations des banques*.

فالبنك وبحكم تعامله الدائم مع الجمهور من تلقي وإقراض للأموال وكذا وضع وسائل الدّفع تحت تصرف الزبائن وإدارته لهاته الوسائل، تصل إلى علمه معلومات عن الزبون سواء بصفة مباشرة أي أدلى بها الزبون لموظف البنك، أو تلاقها بمناسبة أدائه لعمله. وبغض النظر عن طريقة إطلاع البنك على معلومات عميله يكون ملزما بالسرية المصرفية وكل إخلال بها يعرض صاحبها لعقوبات منصوص عليها في قانون العقوبات.

- المؤسسات المالية: لقد أدت الإصلاحات التي اعتمدها الجزائر بداية التسعينيات إلى ظهور ما يعرف بالمؤسسات المالية، وأصبح الجهاز المصرفي يضم إلى جانب البنوك المؤسسات المالية كذلك، التي يقصد بها تلك المنشأة أو المكان الذي يتم فيه التعامل بالنقود أو الأموال. فهي تمارس العمليات المصرفية وتشارك البنوك في ذلك دون أن تمتلك صفة بنك⁽¹¹⁾.

والمشرع الجزائري ومن خلال قانون النقد والقرض لم يضع تعريفا للمؤسسة المالية، حالها حال البنك واكتفى بعرض العمليات التي يمكن أن تقوم بها⁽¹²⁾. في حين عرفها في القانون رقم 90-10 الملغى كالتالي: "المؤسسات المالية أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية القيام بالأعمال المصرفية ماعدا تلقي الأموال من الجمهور بمعنى المادة 111"⁽¹³⁾.

فالمؤسسات المالية مؤسسات؛ غير نقدية على أساس أن مواردها لا تسمح لها بإنشاء النقود، حيث لا يمكن لها مبدئيا أن تحصل على ودائع جارية من الجمهور وعليه فالجزء الأكبر من مواردها بتشكّل بصفة أساسية من رؤوس أموالها الخاصة المتأتية من استثمارات طويلة الأجل⁽¹⁴⁾.

ومادام أن المؤسسات المالية يمنع عليها تلقي الأموال من الجمهور ووضع وسائل الدفع وكذا فتح حسابات مصرفية، فما الغاية إذن من إدراج هذه الفئة في صلب المادة 117 من قانون النقد والقرض 03-11 طالما أنها لا تتلقى معلومات متعلقة بالزبائن والعمليات التي يجرونها على أموالهم كما عليه الحال بالنسبة للبنوك. وهو الأمر الذي يدفعنا إلى القول بوجود إسقاط المؤسسة المالية من الأشخاص الملزمون بكتمان السر المصرفي.

هل تعاونيات القرض والادخار تخضع لمبدأ الالتزام بالسرية المصرفية؟

بعد 2006 أصبح الجهاز المصرفي يضم إلى جانب البنوك والمؤسسات المالية، تعاونيات القرض والادخار التي تمّ إنشاؤها بموجب القانون رقم 07-01⁽¹⁵⁾ وقد جاء النصّ عليها في صلب المادة 2 منه التي تنص: "التعاونية مؤسسة مالية ذات هدف غير ربحي، وهي ملك أعضائها

وتسير حسب المبادئ التعااضدية وتهدف إلى تشجيع الادخار واستعمال الأموال التي يودعها أعضاؤها معاً، لمنحهم قروضا وتقديم خدمات مالية لهم. " وعليه فتعاونيات القرض والادخار عبارة عن تنظيم مصرفي تعاوضدي، يجمع فيه أعضاء التعااضدية، إدخاراتهم واستثمارها فيما بعد لصالحهم فقط دون سواهم. وتعدّ تعاونيات القرض والادخار نمط من أنماط تطوير الاستثمار المصغّر، يسمح للأفراد الذين لا تشملهم المنظومة المصرفية بفعل محدودية وضعف مداخيلهم المالية بالحصول على خدمات مالية أساسية غير متاحة لهم لدى المقرضين التجاريين، مما يجعلها محركاً قوياً لتعميم البعد المصرفي في أوساط كبيرة⁽¹⁶⁾. ورغبة في إعطائها طابعاً رسمياً، تمّ إصدار قانون خاص يتناول بالتفصيل تعاونيات القرض والادخار بدءاً بشروط إنشائها إلى كيفية حلها. ومادام أن تعاونيات القرض والادخار تقدّم خدمات مصرفية⁽¹⁷⁾ حالها في ذلك حال البنوك والمؤسسات المالية يطرح تساؤل حول مدى التزام تعاونيات القرض والادخار بالسر المصرفي؟

حسب اعتقادنا، لا تلتزم تعاونيات القرض والادخار بالسر المصرفي وذلك لسببين:

– **الغاية:** إن الغاية من إنشاء تعاونيات القرض والادخار هو مساعدة الفئة متوسطة الدخل، فهي ذات طابع تعاوني وليس ربحي وهو ما نصت عليه المادة 2 بصفة صريحة، ضف إلى ذلك من غير المعقول أن نجد من المدخرين من يمتلك أموال ضخمة بل مبالغ متوسطة، وبالتالي ما الغاية من التستر عليها كما أن مساهمات كل عضو في المؤسسة هي محددة مسبقاً⁽¹⁸⁾.

– **الصفة المزدوجة لأعضائها:** فالأعضاء يعتبرون من جهة مالكين للتعاونية من خلال مساهمتهم في الرأسمال الاجتماعي، ومن جهة أخرى هم المنتفعين (المادة 1/3) من الخدمات التي تؤدها التعاونية. وعليه لا يمكن الاحتجاج بالسرية المصرفية اتجاه التعاونية.

ب- **النطاق الموضوعي للالتزام بالسر المصرفي:** يقصد به محل الالتزام الذي يقع على المصرفي ومقتضاه المحافظة على البيانات، المعلومات، الأسماء وغيرها من الوقائع الخاصة بالعميل حيث تعد سرا مصرفياً بمجرد التعامل مع المصرف وإن كانت معظم التشريعات قد امتنعت عن النص على محل السرية المصرفية إلا أن البعض نص عليها، كالمشرع المصري وهذا في نص المادة 97 من قانون البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي والنقد رقم 88 لسنة 2003 على مايلي: "تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائهم في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية..."⁽¹⁹⁾

كما ذهب المشرع السوري إلى تعداد محل السرية المصرفية في نص المادة 3 من قانون السرية المصرفية رقم 29 لسنة 2001 حيث جاءت صياغة المادة كالآتي: "إن العاملين في المصارف المشار إليها في المادة الأولى من هذا القانون وكل من كان على اطلاع بحكم صفته أو

وظيفته بأية طريقة كانت على قيود الدفاتر والسجلات والمعاملات والمراسلات وشهادات الاستثمار ملزمون بالسرية المصرفية..."⁽²⁰⁾.

في حين التزم كل من المشرع الفرنسي والجزائري الصمت حيال مسألة محل السر المصرفي، فلم يتم تعداد العمليات والبيانات والمعلومات المشمولة بالسرية المصرفية. حيث اكتفا بوضع الإطار العام للالتزام بالسرية المصرفية الذي يقع على عاتق المصارف دون أن يرسم الحدود الدقيقة لهذا المبدأ. وحسن ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والجزائري ذلك أن تعداد العمليات المشمولة بالسرية المصرفية يحد من ليونة المادة في خضم التطور التقني المتسارع الذي يعرفه القطاع المصرفي.

3- الوقائع المشمولة بالسرية المصرفية

ذهب جانب من الفقه أن الالتزام بالسرية المصرفية، يشمل كل الوقائع التي لا يمكن للجمهور معرفتها، سواء وصلت هذه المعلومات إلى المصرف من طرف العميل في حد ذاته أو من أي شخص آخر.

في حين ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن السرية المصرفية، تشمل فقط الوقائع ذات الطابع الخصوصي مثل: مقدار الرصيد ورقمه وحركته، وعليه فلا يمكن إصباغ صفة السرية على المعلومات والبيانات التي تطبع بالطابع العام مثل: شخص متعثر في السداد وصكوك غير مدفوعة والتي يمكن للمصرف أن يكشفها⁽²¹⁾. ولكي تكون المعلوم مشمولة بالسرية المصرفية ينبغي توفر الشروط التالية:

— أن تكون الواقعة مرتبطة بعلاقات الأعمال ما بين المصرف والعميل، وذلك من خلال العمليات والخدمات المصرفية التي يقدمها المصرف.

— أن تصل الواقعة إلى علم المصرف بمناسبة مباشرته لمهنته بمعنى آخر، أن يحصل عليها المصرف أو أحد العاملين فيه خارج نطاق المصرف أي في مكان عام مثلاً وهتا لا يلتزم المصرف بكتماها.

— أن تتجه إرادة العميل إلى إخفاء المعلومات والبيانات وكل الوقائع التي تتعلق بنشاطه⁽²²⁾.
وكنماذج عن الوقائع المشمولة بالسرية المصرفية نذكر مايلي:

— حسابات ودائع مرقمة: سمح المشرع السوري للبنوك أن تفتح للمتعاملين معها حسابات ودائع مرقمة، لا يعرف أصحابه غير المدير القائم على إدارة المصارف أو من يقوم مقامه. حيث في هذه الحالة لا تعلن عن هوية صاحب الحساب المرقم⁽²³⁾، وقيمة حساباته إلا بإذن خطي من المودع أو من ورثته الشرعيين أو الموصى لهم أو إذا أعلن إفلاسه أو إذا أقيمت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصرف والمتعاملين معها وذلك بناء على طلب من الجهة القضائية النازرة في الدعوى.

— تأجير خزائن حديدية خاصة: حيث يمكن للمصارف في هذه الحالة أن تؤجر خزائن حديدية خاصة للمودعين لديها، وهذا بغرض حفظ الأشياء الثمينة كالمجوهرات والحلي والأوراق السرية... مقابل أجر يتناسب وحجم الخزنة ومدة الانتفاع بها .

— المراسلات والعمليات التي يقوم بها العميل بوساطة مصرفه من دفع للمبالغ واستلام مبالغ وسندات وإعطاء تأمينات عينية وشخصية وتأدية قيم منقولة والعمليات المتعلقة بوضع حسابه أو حساباته، وهو الأمر الذي يستلزم إحاطتها بالسرية من طرف المصرف⁽²⁴⁾.

4- المعايير المعتمد عليها لتحديد الوقائع المشمولة بالسرية المصرفية

أمام غياب نص قانوني يبيّن العمليات والبيانات المشمولة بالسرية المصرفية، وأمام كثرة الآراء الفقهية حول تحديد النطاق الموضوعي للسرية المصرفية، يمكن القول انه هناك معيارين يمكن الاعتماد عليهما لتحديد النطاق الموضوعي للسرية المصرفية يتمثلان في المعيار المادي والمعيار الشخصي.

أ- المعيار المادي (المعيار الموضوعي): اعتمادا على هذا المعيار تعتبر سرا الوقائع التي تنبع من نطاق التعامل المصرفي ما بين العميل والمصرف وترتبط مباشرة بالمهنة المصرفية. وهو ما ينجر عنه بالضرورة تجريد الوقائع التي حصل عليها المصرف من الغير من السرية المصرفية، كأن يكون تحصل عليها من أحد أقاربه أو أن تلك الوقائع من المعلوم لدى العامة.

ب- المعيار الشخصي: وفقا لهذا المعيار فلكي يتم تحديد الوقائع المشمولة بالسرية المصرفية لا بد من العودة إلى إرادة العميل في حد ذاته، فالعميل هو السيد الوحيد لسره وصاحب الحق في التصرف فيه. فالعبرة ليست بطبيعة الوقائع محل الالتزام سواء كانت تحمل الطابع المالي أو لا. ففي بعض الحالات تتجه إرادة العميل إلى إخفاء بعض الوقائع ذات البعد الاجتماعي وإن كانت في حقيقتها مالية، وأبلغ مثال على ذلك هو تخصيص العميل لمرتب شهري لأحد الأشخاص غير المرغوب فيه من قبل العائلة⁽²⁵⁾.

ثانيا: آليات البنك للتوفيق بين السرية المصرفية ومكافحة تبييض الأموال

إنّ التزام البنوك بحفظ أسرار زبائنهم يؤدي لا محالة إلى ازدهار أعماله ونمائها، ذلك أنّ العملاء يفضلون أن تحاط ودائعهم وعملياتهم المصرفية بسرية تامة. فالسرية المصرفية تخدم مصلحة البنك الخاصة وترتبط ارتباطا وثيقا برقم أعماله، غير أنّ هذه المصلحة تتعارض وواجب البنك في مكافحة تبييض الأموال التي يعدّ البنك حلقة من أهم حلقاتها.

فالبنك يلعب دورا هاما في مكافحة هذه الجريمة ليس هذا فحسب وإنما الحد منها كذلك⁽²⁶⁾.

إنّ تبني البنوك لمجموعة من الحلول يمكنها إلى حد ما التوفيق بين متناقضين مع ما تتضمنه هذه العملية من صعوبات تمس سمعة وثقة البنك.

1- علاقة البنك بجريمة تبييض الأموال: يقصد بتبييض الأموال: "عملية إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال المنقولة أو المداخيل الناتجة عن جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية وغيرها مع محاولة خلق مبررات كاذبة لمنبع هذه الأموال ويتم ذلك عن طريق توظيفها في مشاريع استثمارية تبدو مشروعة لتمويه منبع هذه الأموال"⁽²⁷⁾.

وتظهر علاقة البنك بتبييض الأموال من خلال مايلي:

أ- البنك مرحلة من مراحل تبييض الأموال: لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال، يلجأ مبيّضي الأموال إلى البنوك والمؤسسات المالية؛ فعملية غسيل الأموال تتم عبر 3 مراحل وهي: الإيداع، التمويه وأخيرا الدمج، حيث يكون دور البنك أكثر وضوحا في المرحلتين الأولى والثانية أما المرحلة الثالثة فتكون الأموال القذرة قد قطعت أشواطاً وهي في انتظار إدخالها في العملية الاقتصادية.

ففي المرحلة الأولى يتم الاستعانة بالبنوك والمؤسسات المالية عن طريق وضعها في الحسابات المصرفية إما في بنك واحد أو يتم تقسيم الأموال إلى كميات قليلة نسبياً بعدها يتم تحويلها إلى أدوات مالية كالحوالات والشيكات، أو عن طريق تبديل عملة بأخرى أو شراء عملات أو أي شكل من أشكال التأمين وهذا لتجنب اكتشافها من السلطات المختصة⁽²⁸⁾.

أما في المرحلة الثانية والتي تسمى مرحلة التمويه فيتم القيام بسلسلة متتابعة، معقدة ومتعددة من العمليات المالية، الغاية منها الفصل بين النقود المراد تبييضها ومصدرها غير المشروع ويتم من خلال تكرار التحويل من حساب بنكي إلى آخر أو عن طريق طلب القروض بضمان هذه الأموال المودعة وتوظيف أموال القرض في شراء الأصول العينية والمالية، أو شراء الأسهم والسندات ثم إعادة بيعها وتسديد القروض⁽²⁹⁾.

ب- الاستعانة بخدمات البنك لإتمام جريمة تبييض الأموال: لقد كان القطاع البنكي ولازال حقلاً لظهور العديد من التكنولوجيات التي مست وسائل الدفع، أين ظهرت البطاقة الإلكترونية والبطاقة الذكية... حيث أصبح من السهل بمكان نقل مبالغ مالية ضخمة عبر شريحة إلكترونية صغيرة.

فهذه الوسائل الحديثة تمّ استغلالها من طرف غاسلي الأموال دون الحاجة إلى استعمال الوسائل التقليدية المتمثلة في إبرام الصفقات، استعمال الشركات الوهمية تبادل وتهريب الأموال والواقع العملي يؤكد هذا بدليل الفضيحة التي هزت القطاع المصرفي بعد الكشف عن أكبر عملية لتهريب الأموال قدرت بـ 400 مليون يورو عبر بنك خاص برأسمال أجنبي وهذا في الفترة الممتدة بين 2013-2014. حيث تم الكشف عن هذه الواقعة إثر عملية رقابة واسعة قامت بها مصالح الجمارك في إطار تصفية عمليات الاستيراد التي تمّ توظيفها في هذا البنك الخاص. حيث استطاع هذا البنك وفي غضون سنتين فقط أن يصبح ثاني أكبر بنك يمول

عمليات الاستيراد الكبرى للمواد الغذائية وهذا بعد أن كان يحتل المرتبة العاشرة. وقد دفع النشاط المتصاعد وغير العادي لهذا البنك في تمويل التجارة الخارجية بمصالح الجمارك إلى توسيع التحقيقات التي كشفت أن 30% من عمليات الاستيراد الموطنة في هذا البنك غير معروفة وتمت بسجلات تجارية مزورة. حيث قام هؤلاء بفوترة نفس البضاعة بفاتورتين مختلفتين إحداهما مضخمة مقدمة للبنك قصد تهريب أكبر قدر ممكن من العملة الصعبة والثانية مخفضة تقدّم لمصالح الجمارك بهدف تقليل الرسوم الجمركية الواجب دفعها. ففي إحدى الفواتير تمّ فوترة البضاعة بـ 1,8 مليون دولار قدمت للبنك، أما المقدمة لمصالح الجمارك فقدرت بـ 23,900 دولار رغم أنّ البضاعة نفسها. وقد قوبل تحقيق الجمارك برفض البنك عن الإفصاح لمصالح الجمارك عن معلومات تخص زبائنه المشتبه بهم متذرعاً باحترام السرية البنكية⁽³⁰⁾.

كما أنّ انتشار استعمال أجهزة الصرف الآلي قد ساهم في تفاقم ظاهرة تبييض الأموال حيث تسمح هذه الوسيلة الحديثة في تجنب إجراءات تعبئة التّماذج الخاصة المطلوبة عند كل عملية سحب والتي تعدّ بمثابة دليل يتم الرجوع إليه في حالة وجود شك حول مصدر هذه الأموال⁽³¹⁾.

2- مضمون آليات البنك في مكافحة جريمة تبييض الأموال: نظرا لطبيعة العلاقة التي تربط البنك بالعملاء سيما منهم مبيضي الأموال، يمكن لها أن تلعب دورا وقائيا هاما في الإنقاص من مجال انتشار هذه الجرائم إن لم نقل وضع حد لها، وهذا من خلال إجراءات أولية تتسم بالسهولة لكن لها آثار ظاهرة في الحد من هذه الجريمة تتمثل أساسا في الاستعلام عن الزبون والتعاون مع هيئة الرقابة في المجال المصرفي.

أ- الاستعلام عن الزبون: الاستعلام عن الزبون من الإجراءات الوقائية التي في حالة اتخاذها من طرف البنك يمكن الحد من جريمة تبييض الأموال إلى حد بعيد.

يسمح الحساب البنكي للأشخاص غير النزهاء بارتكاب مختلف أشكال الاحتيال والغش، فقد أصبح فتح حساب بنكي دون احتياطات في المجتمع الحديث بمثابة طرح لسلح خطير في التداول، وهو تصوير في غاية البلاغة للخطورة التي يمكن أن تنجر عن عدم بذل البنوك للعناية اللازمة في الاستعلام والتحقق من هوية وسيرة الأشخاص طالبي الحساب وتمكينهم من الولوج بسهولة إلى عالم البنوك وما يمكن أن يوفره لهم من سبل ووسائل الغش والاحتيال على الزبائن وحتى على البنك ماسك الحساب⁽³²⁾.

ويتحقق الاستعلام عن الزبون عن طريق نظر البنك في هوية وعنوان الزبون⁽³³⁾.

أ-1 التحقق من هوية الزبون: إنّ الالتزام بالاستعلام عن العميل الجديد والتحقق في هويته وسيرته يعتبر التزاما قانونيا سابقا لمرحلة التعاقد، يقع على عاتق البنوك كنتيجة منطقية

لهيمنتته على العملية التعاقدية. حيث يعمل هذا التدبير في حالة تطبيقه على تفادي البنوك التعرض لمخاطر مرتبطة بزبائنها وأطرافها المقابلة⁽³⁴⁾.

ويتم التحقق من هوية الزبون من خلال طلب هوية له حاملة لصورة له. غير انه قد يقع وأن يتعامل البنك مع عملاء عابرون أو طارئون ليست لهم حسابات لدى البنك ولا علاقة قائمة معهم ولكن يطلبون خدمات من البنوك كإجراء تبديل للعملات، استئجار خزائن حديدية، إجراء تحويل مصرفي للخارج... ففي هذه الحالة يتعين على البنوك إتباع التعليمات التي توجب عليهم قبل تنفيذ العمليات والخدمات المطلوبة استيفاء وثائق الهوية الشخصية أو هوية السفر ويتعين عليهم الاحتفاظ بنسخة من كل وثيقة⁽³⁵⁾.

كما قد يتعامل البنك مع عملاء بالنيابة وهم الأشخاص الذين يتصرفون لحساب غيرهم فيجب عليهم تقديم فضلا عما يثبت هويتهم تقديم وثائق تثبت تفويض بالسلطات المخولة لهم من الأشخاص الذين يعملون لحسابهم⁽³⁶⁾.

هذا فيما يتعلق بالشخص الطبيعي، أما إذا كان العميل شخصا معنويا فيتم التحقق من هويته حسب المادة 3/7 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها عن طريق معرفة الاسم التجاري، العنوان التجاري، قانونه الأساسي وهوية أعضاء مجلس إدارته ورقم سجله التجاري وهوية الشخص الطبيعي الممثل له⁽³⁷⁾.

أ-2 العنوان: لا يكتفي المصرفي بالعنوان المبيّن على الوثيقة الرسمية المقدمة له من طرف طالب الحساب البنكي إنما يقوم بالتأكد من حقيقته مستعملا في ذلك العديد من الطرق كإرسال رسالة ترحيب *une lettre d'accueil* أو عن طريق وصل إيداع يحمل عنوان العميل. وفي الحالات الاستثنائية أو في حالة شك البنك يتم إرسال رسالة مع إشعار بالوصول قصد التحقق من عنوان العميل⁽³⁸⁾. وقد يقوم البنك بإرسال مندوب إلى العنوان المصرح به من طرف العميل للتأكد بطريقة لا تدع مجالا للشك من أن العميل يقيم فعلا أو يزاوّل نشاطه المهني في الموطن المصرح به.

ولا شك أن هذه الطريقة الأكثر أمنا ومصداقية مقارنة ببقية الطرق الأخرى لأنها تمكن البنك من التأكد ميدانيا من مدى صدق العميل وجدارته بالحساب البنكي⁽³⁹⁾. بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد أُلزم المشرع بموجب المادة R312-2⁽⁴⁰⁾ من القانون النقدي والمالي في إطار مكافحة جريمة تبييض الأموال القيام بتحقيقات إضافية بعد فتح الحساب البنكي قبل القيام بأية عملية على هذا الحساب⁽⁴¹⁾.

ولم يول المشرع عملية التحقق من عنوان العميل عناية كافية مثلما هو الحال بالنسبة للهوية حيث اكتفى بالإشارة إليه في صلب المادة 1/7 من القانون 01/05 وهو الأمر الذي يترك

للبنوك هامش من الحرية في إتباع الوسائل الملائمة في التحقق من عنوان طالب الحساب البنكي⁽⁴²⁾.

ب- الاستجابة لرقابة اللجنة المصرفية: تعدّ اللجنة المصرفية من سلطات الضبط المستقل⁽⁴³⁾ المكلفة إلى جانب مجلس النقد والقرض بضبط القطاع المصرفي. منح المشرع بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم اللجنة المصرفية مهمة التحري والرقابة فهي تقوم بفحص المستندات أو القيام بتحريات في عين المكان بغرض التحقق من مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمي⁽⁴⁴⁾.

وعليه تتحقق رقابة اللجنة المصرفية على البنوك والمؤسسات المالية في إطار مكافحة جريمة تبييض الأموال من خلال:

ب-1 الرقابة على المستندات: حسب نص المادة 108 من قانون النقد والقرض المعدل والمتمم فان اللجنة المصرفية وفي إطار رقابتها على البنوك والمؤسسات المالية، تنظم برنامج عمليات المراقبة التي تقوم بها والمعلومات التي تراها مفيدة ويمكنها أن تطلب من البنوك والمؤسسات المالية جميع المعلومات والإيضاحات والإثباتات اللازمة لممارسة مهمتها كما يمكن أن تطلب من أي شخص معين تبليغها بأي مستند وأية معلومة.

ب-2 في عين المكان: ويتحقق ذلك عن طريق تنظيم زيارات ميدانية لمراكز البنوك والمؤسسات المالية⁽⁴⁵⁾ ويتولى بنك الجزائر بواسطة أعوانه القيام بهذه المهمة لصالح اللجنة المصرفية. وتجدر الإشارة أن اللجنة المصرفية يمكنها أن تكلف أي شخص يقع عليه اختيارها للقيام بهذه المهمة. فالغاية من هذه الرقابة إضافة للوقاية من جريمة تبييض الأموال قبل وقوعها فإنها تهدف كذلك إلى تفادي اتخاذ البنوك والمؤسسات المالية قرارات ينتج عنها تطورات تعرقل السير الحسن للمؤسسة⁽⁴⁶⁾.

خاتمة

إن موازنة البنوك بين التزام السرية المصرفية وواجب مكافحة جريمة تبييض الأموال، لهو أمر في غاية الصعوبة وذلك بالنظر لاعتبارين يتعلق الاعتبار الأول بجريمة تبييض الأموال في حد ذاتها، أما الاعتبار الثاني فيتعلق بالبنوك؛ فطبيعة جريمة الأموال جعلت من ردعها أمرا صعبا وهذا لطبيعتها المعقدة وامتدادها عبر الزمن فهي تحتوي على مراحل عديدة، فهي بمثابة الأخطبوط الذي يملك أكثر من ذراع، فقطع ذراع واحدة منه لا يكفي للقضاء عليه. كما أن الكشف عن أسرار العملاء من طرف البنك يتعارض مع أهداف البنك الرامية إلى تعظيم الربحية مقابل أقل الخسائر.

لكنها تبقى غير مستحيلة وذلك من خلال:

- التقليل من مجال التطبيق المطلق للسرية المصرفية وإيراد استثناءات عليه وهو الأمر الذي يحول دون اتخاذ مبيضي الأموال للبنوك كملاذ وغطاء لجرائمهم.
- تشديد العقوبات في حالة المشاركة أو المساهمة في جريمة تبييض الأموال من طرف البنوك والمؤسسات المالية.
- ضرورة تكوين الموظفين في المؤسسات المصرفية بالقدر الذي يسمح لهم بالكشف عن هذه الجرائم عند وقوعها وتفاديها قبل وقوعها.

الهوامش:

(1) لمزيد من التفاصيل حول هذه الجرائم وكيفية ردعها أنظر في ذلك كل من:

- DUPUIS Marie_christine, finance criminelle, comment le crime organisé blanchit l'argent sale, PUF, Paris, 1998.
- BELGZADEH Ebrahim, « Présentation des instruments internationaux en matière de crime organisé », Archives de politique criminelle, 2013/1 n° 25, pp. 195-212.
- ANTHONY Amicelle et GILLES Farvarel, « la lutte contre l'argent sale au prisme des libertés fondamentales : quelles mobilisations ? », Culture et Conflits (en ligne), n° 76, hiver 2009, pp. 40-66.
- (2) أديب ميالة ومي محززي، " السرية المصرفية في التشريع السوري"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، 2011، ص. 8.

(3) مرجع نفسه، ص. 10.

(4) مرجع نفسه، ص. 11.

- (5) أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدّل ومنتّم بالأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009 والأمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 50، صادر في 01 سبتمبر 2010.
- (6) ميادة صلاح الدين تاج الدين، " السرية المصرفية: آثارها وجوانبها التشريعية دراسة مقارنة لعدد من الدول الأجنبية والعربية"، مجلة تنمية الرافدين، مجلد 31، عدد 95، 2009، ص. 257.

(7) " tout membre d'un conseil d'administration et selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui a un titre, quel qu'il soit participe a la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci, et tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code pénal...". code monétaire et financier, disponible sur le site internet: www.legifrance.gouv.fr/les_codes

(8) قانون العقوبات الجزائري، الأمانة العامة للحكومة، 2011، www.Joradp.dz

(9) طباع نجا، خصوصية النظام القانوني للنشاط المصرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2005، ص. 18.

(10) قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 16، صادر بتاريخ 18 أفريل 1990، معدّل ومنتّم بموجب الأمر رقم 01-01 مؤرخ في 27 فيفري 2001، ج ر ج ج، عدد 14، صادر بتاريخ 28 فيفري 2001. (ملغى).

(11) بن مدخن ليلة، تأثير النظام المصرفي على حركة الإستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، دون سنة المناقشة، ص. 12.

(12) تنص المادة 72 من قانون النقد والقرض على مايلي: " يمكن البنوك والمؤسسات المالية أن تجري جميع العمليات ذات العلاقة بنشاطها كالعمليات الآتية : عمليات الصرف،

- عمليات على الذهب والمعادن الثمينة والقطع المعدنية الثمينة،
- توظيف القيم المنقولة وكل منتج مالي، واكتتابها وشراؤها وتسييرها وحفظها وبيعها،
- الاستشارة والمساعدة في مجال تسيير الممتلكات،
- الاستشارة والتسيير المالي والهندسة المالية وبشكل عام كل الموجهة لتسهيل انشاء المؤسسات أو التجهيزات وإنمائها مع مراعاة الأحكام القانونية في هذا المجال".
- (13) نص المادة 115 من القانون رقم 90-10، يتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.
- (14) طباع نجاه، مرجع سابق، ص. 25.
- (15) قانون رقم 01-07 مؤرخ في 27 فبراير 2007، يتعلق بتعاونيات الادخار والقرض، ج ر ج ج، عدد 15 الصادر بتاريخ 28 فبراير 2007.
- (16) فكيريبي الطاهر، النظام القانوني لتعاونيات الإدخار والقرض، مذكرة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص. 3.
- (17) حيث جاء في نص المادة 5 من القانون رقم 01-07، يتعلق بتعاونيات الادخار والقرض، مرجع سابق على مايلي: "تقوم التعاونية بالعمليات الآتية:
- فتح حسابات لصالح أعضائها،
- تنفيذ وتلقي التحويلات وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها،
- إصدار وتسيير بطاقات الدفع والسحب وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها،
- إصدار وتسيير بطاقات أدوات دفع أخرى شريطة الحصول على رخصة من مجلس النقد والقرض،
- منح أعضائها جميع أنواع القروض،
- حجز المبالغ المستحقة من أجل تسديد أي دين، والقيام بالمقاصة على ذلك،
- استلام ودائع أعضائها المكافأ عليها أو غير المكافأ عليها،
- القيام بعمليات توظيف و/أو أموال من أسواق رؤوس الأموال،
- إقتناء أملاك عقارية ومنقولة أو النازل عنها أو تأجيرها أو تقديمها كضمان،
- القيام بجميع العمليات الأخرى المرخص بها بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما.
- (18) وهذا عملا بنص المادة 3/11 و4، مرجع نفسه التي تنص على مايلي: " يقسم رأسمال التعاونية إلى حصص شركة بمبلغ أدناه خمسة آلاف دينار (5000 دج) لكل حصة. وتكون حصص الشركة اسمية ولا يجوز تحويلها."
- (19) نسبية ابراهيم حمو وزينة غانم الصفار: " النطاق الموضوعي للالتزام بالسّر"، الرافدين للحقوق، مجلد 9/ السنة الثانية عشرة، عدد 31، 2007. ص. 1.
- (20) مرجع نفسه، ص. 2.
- (21) مرجع نفسه، ص. 4.
- (22) مرجع نفسه، ص. 5.
- (23) الحساب المرقم هو حساب مصرفي عادي يعبر عنه برقم ترميزي بدلا من اسم الزبون صاحب الحساب الذي لا يكون معروفا إلا لإدارة المصرف ممثلة بالموظف المسؤول عن الحساب وذلك من خلال الفصل بين اسم صاحب الحساب ورقم هذا الحساب، ويقدمه المصرف كإجراء وقائي. اما تاريخ ظهور الحساب المرقم فيعود إلى ثلاثينات القرن الماضي بألمانيا وهذا عندما قرر هتلر عقوبة الموت لكل ألماني لا يصرح بأمواله الموجودة في الخارج. نقلا عن: أديب ميالة ومي محرز، مرجع سابق، ص. 15.
- (24) مرجع نفسه.
- (25) نسبية إبراهيم حمو، مرجع سابق، ص. 8.

- (26) دريس باخوية، " واقع السرية المصرفية في الجزائر وتأثيره على مكافحة جريمة تبييض الأموال"، مجلة المفكر، العدد السابع، 2011، ص. 316.
- (27) الأخضر عزي: "دراسة ظاهرة تبييض الأموال عبر البنوك: تحليل الظاهرة في البنوك الجزائرية"، ملتقى المنظومة المصرفية الجزائرية والتحويلات الاقتصادية- واقع وتحديات-، ص. 167، متوفر على موقع الأنترنت: <http://iefpedia.com/arab/wp.pdf>
- (28) العمري صالح، "جريمة غسل الأموال وطرق مكافحتها"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس ص. 184، متوفرة على موقع الأنترنت: http://lab.univ-biskra.dz/ijdl/index.php?option=com_content&view=article&id=56:-5&catid=30:2012-11-29-09-09-23.
- (29) فريد علواش: "جريمة غسل الأموال_ المراحل والأساليب، مجلة العلوم الانسانية، العدد الثاني عشر، 2007، ص. 252.
- (30) واج، " الجمارك تكشف كيفية تهريب 400 مليون يورو في سنة واحدة"، 3 مارس، 2015، مقال منشور على جريدة الشروق: www.echoroukonline.com
- (31) قدور علي، المسؤولية الجزائية للبنك عن جنحة تبييض الأموال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص. 73.
- (32) قريمس عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، رسالة مقدمة لنيل رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010-2011، ص. 69.
- (33) مرجع نفسه، ص. 73.
- (34) مرجع نفسه، ص. 72.
- (35) سي يوسف زاهية: " دور البنوك في مكافحة عمليات تبييض الأموال"، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، يومي 10 و 11 مارس 2009، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري _ تيزي وزو، 2009، ص. 251.
- (36) وهذا عملا بنص المادة 7 من القانون رقم 01-05 وتجدر الإشارة إلى أنه تمّ تعديلها بموجب المادة 4 من الامر رقم 12-02 مؤرخ في 13 فبراير سنة 2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج ر ج ج، عدد 08 صادر بتاريخ 15 فبراير 2012 على ماييلي: " يجب على الخاضعين أن يتأكدوا من موضوع وطبيعة النشاط وهوية زبائنهم وعناوينهم، كل فيما يخصه قبل فتح حساب أو دفتر، أو حفظ سندات أو قيّم أو إيصالات، أو تأجير صندوق أو القيام بأي عملية أو ربط أي علاقة أعمال أخرى. يتم التّأكد من هوية الشخص الطبيعي بتقديم وثيقة رسمية أصلية سارية الصلاحية متضمنة للصورة، ومن عنوانه بتقديم وثيقة رسمية تثبت ذلك".
- (37) قريمس عبد الحق، مرجع سابق، ص. 70.
- (38) DECOCQ George et autres, Droit bancaire, Edition RB, Paris, 2010, p. 241.
- (39) قريمس عبد الحق، مرجع سابق، ص. 83.
- (40) Modifié par Décret n°2009-1087 du 2 septembre 2009 - art. 3
Le banquier doit, préalablement à l'ouverture d'un compte, vérifier le domicile et l'identité du postulant, qui est tenu de présenter un document officiel comportant sa photographie. Le banquier doit recueillir et conserver les informations suivantes : nom, prénoms, date et lieu de naissance du postulant, nature, date et lieu de délivrance du document présenté et nom de l'autorité ou de la personne qui l'a délivré ou authentifié. Pour l'ouverture d'un compte au nom d'une personne morale, le banquier demande la présentation de l'original ou l'expédition ou la copie de tout acte ou extrait de registre officiel datant de moins de trois mois constatant la dénomination, la forme juridique, l'adresse du siège social et l'identité des dirigeants. Pour l'application des dispositions du premier alinéa, l'adresse du centre communal ou intercommunal d'action sociale ou de l'organisme agréé au titre de l'article L. 264-2 du code de l'action sociale et des familles figurant sur la carte nationale d'identité en application des dispositions du cinquième alinéa de l'article 2 du décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité vaut justification du domicile. Il en est de même de l'attestation d'élection de domicile présentée par la personne ne disposant pas d'un domicile stable instituée par le même article.", disponible sur le site internet : www.legifrance.gouv.fr
- (41) PIEDELIEVRE Stéphane et PUTMAN Emanuel, Droit bancaire, ECONOMICA, Paris, 2011, p.240.

(42) قريمس عبد الحق: "مدى مسؤولية البنوك عن الإخلال بالالتزامات المقررة للوقاية من تبييض الأموال"، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، يومي 10 و11 مارس 2009، ص. 284.

(43) تعدّ سلطات الضبط المستقلة من إفرازات الإصلاحات الاقتصادية التي تبنتها الجزائر، وأول ظهور لها كان مع بداية التسعينات مع إنشاء مجلس الأعلى للإعلام بموجب قانون رقم 90-07 الملغى. واستتبع قيام هذه الهيئة إنشاء العديد من السلطات شملت مختلف المجالات كالتأمين البورصة البنوك... وتختلف سلطات الضبط المستقلة عن السلطات التقليدية في كونها لا تخضع لأية رقابة وصائية او ادارية كما لا تخضع لمبدأ التدرج الهرمي. انظر في ذلك راشدي سعيدة: "مفهوم السلطات الادارية المستقلة"، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية-، أيام 23 و24 ماي 2007، ص. 411 وما يليها.

(44) ZOUAIMIA Rachid, « Les pouvoirs de la commission bancaire en matières de la supervision bancaire », Revue Idara, n° 02, 2010, pp. 48 & 49.

(45) تومي نبيلة: " السلطة القمعية للجنة المصرفية عند إخلال البنوك بإجراءات التصدي لتبييض الأموال"، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية-، أيام 23 و24 ماي 2007، ص. 230.

(46) أعراب أحمد، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006-2007، ص. 126.

الامتياز بالتراضي كصيغة وحيدة لاستغلال العقار الصناعي في الجزائر*

ZADI sidali, Doctorant,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tizi-Ouzou 15000, Tizi-Ouzou, Algérie.

زادي سيدعلي، طالب دكتوراه،
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

سعيًا من السلطات العمومية على توفير المناخ الأنسب للاستثمار، تم اعتماد العديد من الآليات والاجراءات تضمنتها قوانين الاستثمار، هذه المنظومة التشريعية لم تعرف الاستقرار والثبات، نظرا للتعديلات التي طرأت عليها في العديد من المرات تماشيا مع السياسة المتبعة تسهيلا لعملية الاستثمار والحصول على العقار.

الأمر الذي دفع بالمشرع إلى البحث عن معايير وضوابط قانونية تحدد كيفية استغلال هذا النوع من العقار، التي تآرجحت ما بين الامتياز والتنازل إلى أن وصلت إلى نظام الامتياز بالتراضي، كوسيلة وحيدة لاستغلال العقار الصناعي.

الكلمات المفتاحية:

العقار الصناعي، الامتياز، الاستثمار.

The concession by mutual consent as only way for the exploitation of the industrial real estate in Algeria

Abstract:

In order to provide a most appropriate investments climate, many legal instruments and measures were taken by the public authorities, However, these procedures had not known the stability on account the several amendments adopted in the process to access to the investment real estate.

The legislature was driving to seek standards and regulatory measures, which determine the legal means to exploit this kind of property ; by cession or simple concession, before determining the system of the concession by mutual consent considered as the only way for the exploitation of the industrial real estate.

Key words:

Industrial real estate, concession, investment.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/09 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/26 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

La concession de gré à gré seul moyen d'exploitation du foncier industriel en Algérie

Résumé :

En vu d'assurer un climat favorable à la promotion de l'investissement, de nombreuses procédures et textes réglementaires ont été adoptés par les pouvoirs publics.

Néanmoins, ces dispositifs n'ont pas connus de stabilité, vue les différentes amendements adoptées dans le cadre de la politique de facilitation opérées dans le processus de réforme du système d'accès au foncier industriel, ce qui a amené le législateur à trouver des normes et des mesures législatives déterminant les moyens juridiques d'exploitation du foncier, soit par la procédure de cession ou de concession simple, avant d'assoir le système de la concession de gré à gré considéré comme seul moyen d'exploitation du foncier industriel.

Mots clés:

Foncier industriel, la concession, l'investissement.

مقدمة

من أجل إعادة بعث الاقتصاد الوطني وتحرير النشاط الاقتصادي، وإقامة صناعة وطنية قادرة على تنوع الصادرات وتخليص الاقتصاد الجزائري من التبعية للمحروقات، تم إصدار مجموعة من النصوص التشريعية التي فتحت المجال أمام الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر دعمًا وتعزيزًا للإصلاحات الاقتصادية المجسدة، حتى يتناسب الشكل القانوني مع التوجه الاقتصادي المبني على الحرية الاقتصادية وحرية الاستثمار، خاصة في مجال استغلال الحافطة العقارية الصناعية.

خطى المشروع الجزائري خطوات كبيرة في مجال استغلال الحافطة العقارية الصناعية، من خلال قوانين الاستثمار وقوانين المالية، بداية بمبدأ الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل لغاية اعتماد آليات وإجراءات جديدة، آخرها تلك التي أقرها قانون المالية التكميلي لسنة 2015. ما يجعلنا نطرح الإشكالية التالية: ماهي الآليات الجديدة التي اعتمدها المشروع الجزائري من أجل الاستغلال الأمثل للعقار الصناعي؟

إجابة عن هذه الإشكالية يقتضي الأمر التعرض للشروط القانونية للحصول على العقار

الصناعي (المبحث الأول) ثم تحديد نمط استغلال هذا النوع من العقارات (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الشروط القانونية للحصول على العقار الصناعي

إنّ الامتياز⁽¹⁾ في إطار الاستثمار له مفهوم ظهر لأول مرة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار⁽²⁾، فهو حق يُمنح لشخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، لمدة زمنية محددة يُرتب حق انتفاع بالعقار محل الاستثمار. يُمنح على أساس دفتر شروط مع دفع إتاوة ايجارية سنوية⁽³⁾، كما يُعرف أنّه نظام تمنح الدولة بموجبه قطعة أرضية لمدة محددة لمستثمر معين، قصد تحقيق مشروع اقتصادي لقاء دفع أجرة امتياز⁽⁴⁾، مع احترام أدوات التهيئة والتعمير⁽⁵⁾.

يمنح الامتياز في مجال الاستثمار الوارد على العقار بموجب عقد إداري، مرفق بدفتر شروط معدّ من طرف إدارة أملاك الدولة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين والمعنويين الخاضعين للقانون الخاص، الأمر الذي يدفعنا لتحديد الشروط العامة للامتياز المتعلقة أساساً بأطراف الامتياز (المطلب الأول) ثم نتعرض لبعض شروطه الخاصة لاسيما تلك المتعلقة بالقطعة الأرضية التي تحوي المشروع الاستثماري وتبيان الشرط المالي للامتياز (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الشروط العامة للامتياز (أطراف العقد)

يتطلب عقد الامتياز كغيره من العقود شروط عامة لانعقاده لاسيما تلك المتعلقة بأطراف العقد، الذي تحتل فيه الإدارة مانحة الامتياز مركزاً متميزاً باعتبارها صاحبة العقار (الفرع الأول) أما الطرف الثاني أي المستثمر صاحب الامتياز فرض عليه المشرع شروطاً معروفة تطبيقاً للقواعد العامة لكن مع بعض الخصوصية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شروط متعلقة بالإدارة مانحة الامتياز

يمنح الامتياز بموجب عقد يعدّه مدير أملاك الدولة بناءً على تفويض من وزير المالية، بين صاحب الامتياز والإدارة المكلفة بتسيير الملك الوطني محل الامتياز، فيشترط في الإدارة المانحة للامتياز الشروط العامة المتعارف عليها في مجال القانون الإداري لاسيما الاختصاص⁽⁶⁾. لكن أجبر المشرع الإدارة أن ترفق عقد الامتياز بدفتر شروط وفقاً للنموذجين المرفقين بالمرسومين التنفيذييين رقم 09-152⁽⁷⁾ و09-153⁽⁸⁾ المؤرخين في 02 ماي 2009.

كما أوجب أن يتم الترخيص بالامتياز من طرف هيئات معينة حسب الحالة، الترخيص بقرار من الوزير المكلف بالسياحة إذا تعلق الأمر بعقار سياحي، أو الترخيص بقرار من الوزير المكلف بالصناعة وترقية الاستثمارات إذا تعلق الأمر بعقارات الحافظة العقارية، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية المكلفة بتسييرها، أو الترخيص بقرار من الوالي المختص في باقي العقارات باقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار المنصوص عليها بالمادة 5 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008.⁽⁹⁾ كما قد يكون الترخيص بقرار من مجلس الوزراء في حالة منح الامتياز عن طريق التراضي باقتراح من المجلس الوطني لتطوير الاستثمار المنشأ بموجب المادة 18 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001.⁽¹⁰⁾

وبصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2015⁽¹¹⁾، مُنِحَت للوالي السلطة الحصرية في منح العقار الاقتصادي في إطار حق الامتياز، وذلك بعد استيفاء اجراءات مرنة باستشارة القطاعات المعنية⁽¹²⁾. تبعا لذلك صدرت التعليمات الوزارية المشتركة رقم 001 المؤرخة في 06 أوت 2015، وكّلت مهمة دراسة طلبات الحصول على حق الامتياز إلى السيد المدير الولائي

المكلف بالاستثمار، الذي يستشير المديرية المعنية على مستوى الولاية، التي تلتزم هي الأخرى بإبداء الرأي في أجل لا يتعدى 8 أيام.

يرسل الملف بعد ذلك إلى الوالي الذي يبتّ في الطلب باتخاذ قرار منح الامتياز بالتراضي، باعتباره الصيغة الوحيدة بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2011⁽¹³⁾ ثم يبلغه للمستثمر، ويرسل ذات الملف إلى مديرية أملاك الدولة التي تلتزم بإنهاء إجراءات الامضاء مع المستثمر لدفتر الشروط المذكور أعلاه وإعداد عقد الامتياز في أجل لا يتجاوز شهر⁽¹⁴⁾.

بعد ذلك يتعين على المحافظ العقاري المختص إقليميا (المحافظة العقارية مكان وجود العقار) أن يشهر عقد الامتياز في أجل 48 ساعة، ابتداء من تاريخ ايداعه أو عند الاقتضاء إبداء ملاحظات تعلق رفض الايداع في نفس الآجال، وفي كل الأحوال وفي إطار تحسين مناخ الاستثمار، صدرت عدة تعليمات في هذا المجال تحث في مجملها على عدم تجاوز عمليات اعداد العقود وتسجيلها وشهرها مدة 15 يوم⁽¹⁵⁾ كما جاء في أحكام البرقية المرسلة من المديرية العامة للأملاك الوطنية إلى السادة المدراء الولائيين للأملاك الدولة والحفظ العقاري، أنه أي تغيير في صفة المستثمر أو في القانون الأساسي للأشخاص المعنوية أو في طبيعة المشروع الاستثماري أو أي تغيير تقني أو قانوني، وجب أن يكون بموجب قرار جديد من الوالي بعد اقتراح وأخذ رأي المدير الولائي المكلف بالاستثمار (مدير الصناعة حاليا)، الذي حل محل الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري طبقا لأحكام المادة 48 من قانون المالية التكميلي لسنة 2015⁽¹⁶⁾. كما نوّه السيد المدير العام أنّ المدراء الولائيين للأملاك الدولة ليس لهم الأهلية والصلاحيات لاقتراح مثل تلك التغييرات، بل السيد المدير الولائي للصناعة هو المكلف بإعداد مشاريع القرارات التعديلية للامتياز⁽¹⁷⁾.

الفرع الثاني: شروط متعلقة بالمستثمر صاحب الامتياز

تنص المادة 15 من القانون رقم 11-11 المؤرخ في 18 جويلية 2011⁽¹⁸⁾ التي عدلت الفقرة الأولى من المادة 03 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 على ما يلي: « يمنح الامتياز على أساس دفتر شروط، عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية ومع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها».

طبقا لهذه المادة يُمنح الامتياز لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص، لكن بمراعاة الشروط العامة في التعاقد كأهلية التعاقد وموطننا أكيدا ويكون ميسورا ماليا ومتمتعاً بحقوقه المدنية، كما لم يشترط المشرع الجنسية الجزائرية في صاحب الامتياز⁽¹⁹⁾.

يشترط على المترشح للاستفادة من عقار في إطار الاستثمار في المجال الصناعي التصريح به لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، المُمثِّلة في الشباك الوحيد للامركزي⁽²⁰⁾ للاستفادة من المزايا المقررة في قانون الاستثمار.

كما أنّ الأراضي الموجهة للاستثمار محددة في قائمة معدّة من طرف الوالي المختص اقليمياً، و منشورة على مستوى أمانة اللجنة الولائية المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، وهي المخولة قانوناً في النظر في طلبات الاستفادة سابقاً قبل التعديلات المقررة.

يُقدِّم كذلك المستثمر مخططاً إجمالياً للمشروع المزمع إنجازه، يشتمل خصوصاً على كشف وصفي وتقديري للعملية وبرنامج الاستغلال وخطة تمويل تُبيِّن مبلغ التمويل لحق الامتياز، ومبلغ القروض المالية التي يمكن أن تمنح له ونسخة من القانون الأساسي بالنسبة للأشخاص المعنية. كما يجب تقديم ملف متضمن طلباً مرفقاً بدراسة تقنية واقتصادية لدى مديرية الصناعة والمناجم المؤهلة إقليمياً⁽²¹⁾.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة للامتياز

يتميز نظام الامتياز المكرّس بالعقد الإداري المُعدّ من طرف إدارة أملاك الدولة، ببعض الشروط الخاصة تميزه عن باقي العقود يمكن تحديدها في الشروط المتعلقة بالعقار محل الاستثمار (الفرع الأول) والشروط المالية للامتياز (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شروط خاصة بالقطعة الأرضية محل الامتياز

تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009 المذكور آنفاً، على وجوب أن يكون العقار محل الامتياز تابعاً للأملاك الخاصة للدولة، و غير مخصص وليس في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجاتها، وواقعة في قطاعات مُعمّرة أو قابلة للتعمير، كما هو محدد في أدوات التهيئة والتعمير باستثناء المشاريع الاستثمارية، التي يستلزم تمركزها خارج هذه القطاعات بسبب طبيعتها.

غير أنه تُستثنى من مجال تطبيق أحكام الامتياز أصناف الأراضي الآتية: الأراضي الفلاحية، القطع الأرضية المتواجدة داخل المساحات المنجمية، القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات واستغلالها ومساحات حماية المنشآت الكهربائية والغازية، القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية المستفيدة من إعانة الدولة، القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات المواقع الأثرية والثقافية، القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية التجارية التي تخضع لصيغة منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل، عند الانجاز الفعلي للمشروع طبقاً لأحكام دفتر الشروط والمثبت قانوناً بشهادة المطابقة⁽²²⁾.

يجب أن تكون القطعة الأرضية مُهيأة مسبقًا كونها محلاً للمشروع الاستثماري، نظراً لكون أدوات التعمير المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي _ هي التي تحدد موقع الأراضي، ولا يمكن انجاز أو بناء أي منشآت صناعية، دون أن تكون القطعة الأرضية المبني عليها مخصصة لذلك وفقاً لشهادة التعمير المقدمة من المصالح المختصة.

في هذا الإطار أصدرت المديرية العامة للأموال الوطنية مذكرة موجهة إلى المدراء الولائيين، تحثهم على عدم منح الامتيازات إلى حين التهيئة الكلية للموقع وتجزئتها، وعلى أساس وضعية واضحة ومطهرة منذ البداية تفادياً لكل نزاع لاحق. غير أنه وقصد السماح بالانطلاق السريع للمشاريع التي من شأنها المساهمة في الإحياء الفوري للتنمية الاقتصادية للوطن، يعود الفصل في هذه الحالة إلى الوالي المختص إقليمياً في منح أو عدم منح الامتياز، حسب احتياجات وخصوصيات المشروع رغم عدم اكتمال أشغال التهيئة⁽²³⁾.

كما اشترط المشرع في بعض القوانين الأخرى المتفرقة المتعلقة بالبيئة واجب احترام مقاييس حماية البيئة والتلوث، وهو ما يفسر وجوب الحصول على الرخصة قبل مباشرة أي استثمار بالنسبة لبعض النشاطات المقننة، فضلاً عن تقديم دراسة مدى التأثير على البيئة قبل مباشرة أي مشروع⁽²⁴⁾.

الفرع الثاني: شروط خاصة بمقابل الامتياز

حسب أحكام المادة 23 من دفتر الشروط النموذجي _ المحدد للبنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني _ فإن الامتياز كان يمنح مقابل إتاوة سنوية تمثل المبلغ الناجم عن عملية المزاد، تُحدّد حسب الأسلوب المتبع في منحه وعلى أساس السعر الافتتاحي المحدد من طرف مصالح أملاك الدولة بالنظر إلى القيمة التجارية للعقار تماشياً مع السوق العقارية الحرة²⁵. تُدفع هذه الإتاوة سنوياً ومسبقاً لدى صندوق مفتشية أملاك الدولة المختصة إقليمياً، يتم تحيينها كل 11 سنة استناداً إلى السوق العقاري⁽²⁶⁾.

عندما يتم منح الامتياز بالمزاد العلني فإن مبلغ الإتاوة السنوية يمثل ناتج عملية المزاد العلني⁽²⁷⁾، أما عندما يتم منح الامتياز بالتراضي فإن مبلغ الإتاوة السنوية يجب أن يمثل 5% من القيمة التجارية المستخرجة، مع الأخذ بعين الاعتبار عوامل التقييم ونوعية الأراضي المعنية (مناطق نشاطات أو مناطق صناعية)⁽²⁸⁾.

غير أنه بعد صدور قانون المالية لسنة 2015⁽²⁹⁾ _ الذي عدّل أحكام المادة 09 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 _ نص على تحديد مصالح أملاك الدولة المختصة إقليمياً بالإتاوة التجارية السنوية، التي تمثل 33/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الامتياز الممنوح بصيغة وحيدة وهي التراضي⁽³⁰⁾.

تجدر الإشارة أنّ المستثمر غير ملزم بدفع مصاريف تهيئة القطع الأرضية المنجز فوقها المشروع الاستثماري محل الامتياز، مهما كان مصدر الأموال المستعملة لإنجاز أشغال التهيئة⁽³¹⁾، فتعويض الهيئة العقارية التي قامت بعملية التهيئة⁽³²⁾ يتم من خلال الاقتطاع من سعر اتاوة الامتياز التي يدفعها المستثمر، والتي تُحصّل من طرف مصالح أملاك الدولة كما ذكرنا أعلاه.

المبحث الثاني: نمط استغلال العقار الصناعي

إنّ استغلال العقارات التابعة للأمالك الخاصة للدولة والأصول الفائضة أو المتبقية غير المستغلة، أي الأملاك العقارية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلّة المتوفرة⁽³³⁾، يكون بموجب نظام الامتياز غير قابل للتحويل إلى تنازل، وهو النمط الوحيد الموجه لفائدة المستثمرين بجميع أشكالهم كمبدأ عام (المطلب الأول)، غير أنّ السلطات المختصة نصت على إمكانية التنازل عن الأراضي التي تحوي مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري استثناءً (المطلب الثاني)

المطلب الأول: استغلال العقار الصناعي عن طريق الامتياز غير القابل للتحويل إلى تنازل كمبدأ عام.

إذا كان تبنيّ المشرع الجزائري لنظام الامتياز غير قابل للتحويل إلى تنازل كآلية للاستثمار في العقار الصناعي أمراً مسلماً به ابتداءً من سنة 2008، إلا أنّ نمط هذا الامتياز تأرجح ما بين أسلوب المزاد العلني سابقاً (الفرع الأول) و التراضي حالياً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: منح الامتياز بالمزاد العلني سابقاً

تنص المادة 3 من الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006⁽³⁴⁾ على ما يلي: « يمنح الامتياز ... بالمزاد العلني... عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة المتوفرة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية... ».

كما نصت المادة 05 من نفس الأمر على: « يرخّص بالامتياز ... بالمزاد العلني... بموجب: _

قرار من الوالي... لائحة من المجلس الوطني للاستثمار..»

يتّضح من خلال هذه المواد المذكورة أعلاه، أنّ منح الامتياز كان يتم بالمزاد العلني بقرار من الوالي أو بموجب لائحة صادرة عن المجلس الوطني للاستثمار⁽³⁵⁾ بالنسبة للمشاريع المستفيدة من نظام الاتفاقية _ أي المشاريع ذات الأهمية الخاصة التي من شأنها المحافظة على البيئة وحماية الموارد الطبيعية وادخار الطاقة وتحقيق التنمية المستدامة _ وفقاً لأحكام الأمر رقم 01-03 لاسيما المواد 12 و 12 مكرر⁽³⁶⁾ مقابل تسديد سعر الاتاوة الإيجارية السنوية الناتجة عن المزاد.

أما في ظل الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، فإنه يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء عن طريق المزاد العلني المفتوح، أو المقيّد على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ويرخص بهذا الامتياز بقرار من الوالي أو بقرار من الوزير المكلف بالصناعة وترقية الاستثمارات، عندما تكون القطعة الأرضية تابعة لهيئات عمومية مكلفة بالضبط والوساطة العقارية⁽³⁷⁾.

وفي إطار المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009، كان يمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود⁽³⁸⁾ حيث يقصد بالمزاد العلني المفتوح، عرض الامتياز عن طريق المنافسة لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الاستفادة من الامتياز لإنجاز مشروع استثماري. أما المقصود بالمزاد العلني المحدود عرض الامتياز عن طريق المنافسة على أرضية موجهة لمشروع استثماري ذي طبيعة محددة مسبقا، والذي لا يشارك فيه إلا المستثمرون الذين تتوفر فيهم شروط التأهيل⁽³⁹⁾.

كما جاء في أحكام المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 09-153 المؤرخ في 02 ماي 2009، أنّ الترخيص بالامتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود عن الأصول المتبقية والأصول الفائضة، بما فيها الأراضي المتوفرة في المناطق الصناعية يكون بقرار من الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، بناءً على اقتراح من الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري.

لكن بصدر قانون المالية التكميلي لسنة 2011 أبقى على أسلوب وحيد لمنح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة، والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية وهو أسلوب التراضي بناءً على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار⁽⁴⁰⁾.

الفرع الثاني: منح الامتياز بالتراضي حاليا (الصلاحيات الحصرية للوالي في منح العقار الصناعي)

بالعودة إلى الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006، يتم منح تراخيص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي أو بموجب لائحة صادرة عن المجلس الوطني للاستثمار. أما في ظل الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 فتتنص المادة 06 منه على ما يلي: « يرخص منح الامتياز بالتراضي من مجلس الوزراء وباقتراح من المجلس الوطني للاستثمار ».

في هذا الأمر يعدّ منح الامتياز عن طريق التراضي استثناءً عن القاعدة العامة، إذ أنّ مجلس الوزراء كان هو الذي يرخص بمنح الامتياز عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة، والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية بناءً على اقتراح من المجلس الوطني للاستثمار.

كما لا تكون قابلة لمنح الامتياز بأسلوب التراضي إلا الأراضي ذات الأولوية والأهمية الوطنية، مع إحداثها لمناصب شغل ومساهماتها في تنمية المناطق المحرومة، فضلا عن تلبية الطلب الوطني على السكن⁽⁴¹⁾.

غير أنه بصدر قانون المالية التكميلي لسنة 2011 الذي عدّل بموجب المادة 15 منه بعض مواد الأمر رقم 04-08 لاسيما المادة 05 المعدلة هي الأخرى بموجب قانون المالية لسنة 2013، أصبح الامتياز لا يمنح إلا عن طريق التراضي وغير قابل للتحويل إلى تنازل بترخيص من الوالي، بناءً على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المحلّة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات⁽⁴²⁾.

وبصدر قانون المالية التكميلي لسنة 2015⁽⁴³⁾ عدّل هو كذلك أحكام المادة 05 من الأمر رقم 04-08 المذكور أعلاه بموجب المادة 48 منه، حيث منحت للوالي سلطة إصدار قرار منح الامتياز بالتراضي غير قابل للتحويل إلى تنازل بناءً على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار.

في هذا الإطار، حددت التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 06 أوت 2015 كيفيات تطبيق الأحكام الجديدة المتعلقة بمنح حق الامتياز على العقارات التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة إلى انجاز مشاريع استثمارية، من خلال قيام الوالي بالبت في طلب الامتياز لمشاريع الاستثمار باتخاذ قرار منح الامتياز بالتراضي مع تبليغه إلى المستثمر دون أجل، وإرسال ذات الملف إلى مديرية أملاك الدولة باعتبارها موثق الدولة من أجل إعداد عقد الامتياز⁽⁴⁴⁾.

كما وجّه السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية تعليمة إلى ولاية الجمهورية يطلب منهم زيادة عن إصدار رخص من أجل منح الامتياز للمستثمرين، العمل على ضمان متابعة إجراءات إعداد عقود الامتياز حتى يتم إصدارها، ومرافقة المستثمر في اجراءات طلب رخصة البناء فضلا عن السهر على مراقبة مدى تقدم أشغال الانجاز، وبالنتيجة اتخاذ الاجراءات المناسبة في حالة عدم احترام الالتزامات التعاقدية⁽⁴⁵⁾.

المطلب الثاني: إمكانية تحويل الامتياز إلى تنازل استثناءً

بمناسبة تطبيق نظام الامتياز على العقار الصناعي الموجه للاستثمار، إستثنى المشرع الجزائري العقارات محل مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري من مبدأ عدم القابلية للتنازل (الفرع الأول) كما نص على استبعاد أي تنازل للأراضي الأخرى غير الترقية العقارية التجارية والتي كانت موضوع قرارات منح امتياز أو تنازل لفائدة المستثمرين مُعدّة قبل صدور الأمر رقم 04-08 ولم تُسلّم بعد (الفرع الثاني)

الفرع الأول: استثناء مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري من المبدأ

ذكرنا سابقاً أنه بصدر الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، جاء المشرع بمبدأ عام وهو صيغة منح الامتياز دون إمكانية التنازل عن القطعة الأرضية المنجز فوقها المشروع الاستثماري، غير أن المديرية العامة للأموال الوطنية في مذكرة صادرة عنها بتاريخ 20 جوان 2016⁽⁴⁶⁾، اعتبرت الأراضي الموجهة للترقية العقارية التجارية التابعة للهيئات المكلفة بالعقار، سيما الوكالات العقارية الولائية أو المؤسسة الوطنية للترقية العقارية قابلة للتحويل إلى تنازل، لأنه لا يوجد أي حكم تشريعي أو تنظيمي يشترط أن يكون تسييرها وفق صيغة الامتياز غير القابل للتحويل إلى تنازل، باعتبار أن المرسومين التنفيذي رقم 09-152 و 09-153 فيما يخص هذا النوع من العقار، أشارا فقط إلى الأراضي المتوفرة على مستوى مناطق النشاطات والموجهة لمشاريع استثمارية.

إذن حسب هذه المذكرة، فإن صيغة الامتياز بالنسبة لهذا النوع من العقارات يمكن أن يحوّل فيها إلى تنازل، شريطة الإنجاز الفعلي للمشروع العقاري مثبتاً قانوناً بموجب شهادة المطابقة.

غير أنه طرحت عدّة استفسارات في هذا الإطار، كحالة مشاريع ترقية تجارية مكرسة بعقود مشهورة غير قابلة للتحويل إلى تنازل، والتي لم تنقضي مدة انجازها أو تم تجاوزها بتاريخ نشر القرار الوزاري القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 جوان 2016⁽⁴⁷⁾، حيث يتم التكفل بهذه الحالة من خلال إعداد مصالح أملاك الدولة عقود امتياز قابلة للتحويل إلى تنازل تعديلية، مع تمكين المرقين العقاريين المعنيين من مدة إضافية لسنتين (02) تُدرج ضمن العقد التعديلي قصد السماح لهم من اتمام مشاريعهم⁽⁴⁸⁾.

أما بالنسبة للحالة العكسية، أي المشاريع الترقية المكرسة بعقود منح الامتياز غير قابلة للتحويل إلى تنازل مشهورة، والتي لم ينطلق بعد في أشغال انجازها بتاريخ نشر القرار الوزاري المشترك المذكور أعلاه، فإنه حسب أحكام المادة الثامنة منه يجب إقصاء من عملية التحويل إلى تنازل جميع المشاريع، التي لم تعرف أشغال انجازها أي انطلاقة بتاريخ نشر هذا القرار.

كما قدّمت المديرية العامة لأموال الوطنية في هذا الإطار تعليمات إلى السادة مدراء أملاك الدولة للولايات، بوجود عرض هذه الحالات بعد إحصائها من طرف مصالح التعمير والسكن على اللجنة التقنية الولائية المختصة، قصد استبعادها من عملية التحويل إلى تنازل، وذلك بقيام مصالح أملاك الدولة برفع دعوى قضائية لإلغاء عقد الامتياز الذي بحوزة المرقى العقاري⁽⁴⁹⁾.

الفرع الثاني: حالة عقود الامتياز المحررة قبل صدور الأمر رقم 04-08

حسّمت المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 30 جويلية 2009، مسألة قرارات منح الامتياز أو التنازل لفائدة المستثمرين والتي عرفت مختلف مراحل التقدم من عقود مفضية ومسجلة غير مشهورة أو مبالغ غير مسددة أو قيد التقييم المعدة قبل الفاتح سبتمبر 2008، وذلك من خلال استبعاد أي تنازل للأراضي المعنية حتى ولو كان قرار الوالي متخذاً في ظل الأمر رقم 06-11.

أما المبالغ التي من المحتمل أن يكون قد دفعها المستثمر، فتعتبر كتسبيق على أتاوى منح الامتياز مع الإبقاء على التقييم المعدّ بعد 01 سبتمبر 2007 (أي لم يتعد سنة كاملة إلى غاية الفاتح سبتمبر 2008)، أما إذا كان التقييم أعدّ قبل الفاتح سبتمبر 2007 (أي تعدى مدة سنة كاملة) في هذه الحالة يستوجب تحيينه⁽⁵⁰⁾.

خاتمة

لاحظنا من خلال التعرض للنظام القانوني لعقد الامتياز الوارد على العقار الصناعي، كثرة النصوص القانونية المنظمة للعملية نتيجة لتغير التوجهات الاقتصادية للدولة، رغبة منها في تحسين آليات استغلال هذا النوع من العقارات الذي يعدّ من أهم الانشغالات المطروحة على الساحة الاقتصادية والقانونية. فلإنجاح هذه السياسة الاقتصادية، وجب أن يكون هناك تكييف قانوني صحيح للاستثمار، خاصة أمام الإمكانيات المتعددة التي تزخر بها بلادنا لاسيما الحافطة العقارية الصناعية، التي رغم ذلك تبقى بحاجة إلى إلتفاته جديّة من السلطات العليا، من خلال وضع آليات تهيئة حقيقية لهذه القطع الأرضية بوضع حدّ للتعدّي والمتاجرة بهذا النوع من العقارات. لذلك يجب العمل على محاولة تطبيق النقاط التالية:

1. القيام بعملية جرد واسعة وجديّة من المصالح المعنية لهذا النوع من العقارات.
2. التقليل من آجال عملية منح الامتياز والتقليل من التضخم في الهيئات الإدارية المكلفة بتسيير العقار الصناعي، ما يؤدي إلى توضيح مراكز اتخاذ القرار. (وهو ما تم أخذه بعين الاعتبار في القانون الجديد المتعلق بترقية الاستثمار الصادر سنة 2016، في انتظار صدور النصوص التنظيمية له).

3. الاستثمار في العنصر البشري المكون للأجهزة المنظمة لعملية استغلال العقار الموجه للاستثمار، للقضاء على العقليات المشجّعة لداء البيروقراطية والمحاباة، من خلال توفير فرص التكوين المستمر للموظفين المكلفين بالمهمة (دورات تكوينية لشرح النصوص القانونية ومختلف التعديلات والتحيينات الواردة عليها إن وجدت) وعدم الاكتفاء بتعليمات ومذكرات من المديرية المركزية، التي تحتاج في كثير من الأحيان هي الأخرى إلى شرح وتوضيح.

الهوامش:

(1) الامتياز المقصود هنا، هو الذي يكون محله الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والأصول العقارية المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات.

(2) مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية عدد 64، الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993، ملغى بموجب الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، جريدة رسمية عدد 47، الصادر بتاريخ 22 أوت 2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006، جريدة رسمية عدد 47، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2006 والملغى بموجب الأمر رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية عدد 46 الصادر بتاريخ 03 أوت 2016.

(3) دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 27، الصادر بتاريخ 06 ماي 2009.

(4) أعمار يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومه، الجزائر، 2001، ص 138.

(5) راجع في هذا المعنى: مخلوف بوجردة، العقار الصناعي، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 69.

غير أنه يجب التمييز بين مفهوم الامتياز في إطار الاستثمار (موضوع الدراسة) عن غيره من المفاهيم المذكورة مثلا في: إطار القانون المدني الذي يعد فيه الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته وذلك بتتبع الدين في أي يد كان وكذا التقدم على بقية الدائنين. انظر المواد من 982 إلى 1001 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

أما في إطار ضبط المرافق الاقتصادية. عرفه الدكتور سليمان محمد الطماوي أنه:

« عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنتها عقد الامتياز» نقلا عن:

- عمار بوضياف، عقد الامتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص، الأكاديمية العربية المفتوحة بالدمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الدراسات العليا، محاضرات، دون سنة، ص 04. كما عرفه جانب من الفقه في الجزائر أنه: « وسيلة من وسائل تسيير المرافق العمومية تكلف بموجبه الإدارة المانحة (الدولة أو الولاية أو البلدية) شخصا طبيعيا أو معنويا من القانون العام أو من القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز، بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة ». راجع: ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري _ النشاط الإداري)، الطبعة الأولى، لباد، الجزائر، 2006، ص 211 و 212.

(6) أحمد جبوري، استغلال الأملاك الوطنية الخاصة عن طريق الامتياز، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2011، ص 92.

(7) مرسوم تنفيذي رقم 09-152 مؤرخ في 02 ماي 2009، مرجع سابق.

(8) مرسوم تنفيذي رقم 09-153 مؤرخ في 02 ماي 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، جريدة رسمية عدد 27، الصادر بتاريخ 06 ماي 2009.

(9) أمر رقم 08-04 مؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 49 الصادر بتاريخ 03 سبتمبر 2008.

(10) حكيمة كحيل، تحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز في ظل القانون 10-03، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 223.

Voir aussi : Ahmed Rahmani , Droit des biens publics,(propriété publique , domaine national, expropriation pour cause d'utilité publique) , ITCIS Edition, Algérie, 2015,p 138.

(11) أمر رقم 01-15 مؤرخ في 23 يوليو 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، جريدة رسمية عدد 40، الصادر بتاريخ 23 جويلية 2015.

(12) راجع تعليمية وزارة الداخلية والجماعات المحلية_ موجهة للسيدات والسادة الولاية بالاتصال بالولاية المنتدبين ورؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية_ رقم 2144 المؤرخة في 10 سبتمبر 2015 بخصوص انعاش الاستثمار الاقتصادي.

(13) قانون رقم 11-11 مؤرخ في 18 يوليو 2011، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، جريدة رسمية عدد 40، الصادر بتاريخ 20 جويلية 2011.

(14) Voir : instruction interministérielle N° 001 du 06 aout 2015 portant modalités de mise en œuvre des nouvelles dispositions relatives à la concession des biens immobiliers relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissements (Ministre de l'intérieur et des collectivités locales/ ministre des finances / ministre de l'industrie).

(15) Voir : note de la direction générale du domaine national n° 00417 du 14 janvier 2015 relative à l'amélioration du climat de l'investissement.

(16) أمر رقم 01-15 مؤرخ في 23 يوليو 2015، مرجع سابق.

(17) Voir : Télégramme N°114 DU 11 FEV 2016, expédie par Ministère des Finances_ Direction Général du Domaine National destiné au Directeurs des Domaines (toute wilayas), les Inspecteurs Régionaux des Domaines et de la Conservation Foncière (toute régions), les Directeurs de la Conservation foncière (toute wilayas).

(18) قانون رقم 11-11 مؤرخ في 18 يوليو 2011، مرجع سابق.

(19) أحمد جبوري، مرجع سابق، ص 93.

(20) إنَّ الشبكات الوحيد اللامركزي هو جزء من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار أنشئ على المستوى المحلي، يشمل إلى جانب إطارات من الوكالة ممثلي الادارات التي تتدخل في عملية الاستثمار. غير أنه بصدر الأمر رقم 09-16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، فإنه ينشأ لدى الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار أربعة مراكز تضم مجموع المصالح المؤهلة لتقديم الخدمات الضرورية لإنجاز المشاريع الاستثمارية وهي (مركز تسيير المزايا، مركز استيفاء الاجراءات، مركز الدعم لإنشاء المؤسسات، مركز الترقية الاقليمية) المادة 27 منه. فالملاحظ إذن أنه لم يذكر الشبكات الوحيد اللامركزي ضمن أجهزة الوكالة، فنقول أنّ هذا القانون الجديد بمثابة شهادة الوفاة لهذا الشبكات. هذا رغم ما جاءت به المادة 36 من نفس القانون التي تنص على استمرار العمل بالشبكات الوحيد اللامركزي لغاية تنصيب المراكز المذكورة سابقا.

(21) Voir : -instruction interministérielle N° 001 du 06 aout 2015, op.cit.

(22) راجع المادة 02 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، المعدلة بموجب المادة 61 من الأمر رقم 10-14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، جريدة رسمية عدد 78، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 2014.

انظر أيضا: مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 07875 المؤرخة في 30 جوان 2009، المحددة لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة، والموجهة للاستثمار والأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المحلة، والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية والأجزاء المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية.

(23) انظر: مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 04979 المؤرخة في 12 ماي 2014 المتعلقة بخلق فضاءات جديدة مهيئة موجهة للاستثمار.

(24) راجع على سبيل المثال القانون رقم 12-05 المؤرخ في 04 أوت 2005 المتعلق بالمياه، جريدة رسمية عدد 60، الصادر في 04 سبتمبر 2005، والمواد 149 وما بعدها من القانون رقم 10-01 المؤرخ في 03 جويلية 2001، المتضمن قانون المناجم، جريدة رسمية عدد 35، الصادر في 04 جويلية 2001.

(25) راجع: مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 010646 المؤرخة في 07 أكتوبر 2009 المتعلقة بشروط تسوية الأملاك المحازة على سبيل الانتفاع من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

(26) المادة 23 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009، مرجع سابق. للإشارة فإنه يوجد بمديرية أملاك الدولة الولائية مكتب للدراسات والتحليل تابع لمصلحة الخبرات وتقييمات أملاك الدولة، يقوم بتحليل السوق العقاري بصفة دورية بالاعتماد على شوكة الأسعار المستخلصة من الدراسة السداسية (كل ستة 06 أشهر)، لكن رغم ذلك فإنّ مبالغ الاتاوة السنوية المحددة تكون موضوع طعون من طرف أصحاب الامتياز، وحتى من هيئات تأطير ومتابعة الاستثمار الذين يعتبرون أنّ هذه المبالغ مُبالَغ فيها وتشكل عائق للمتعاملين العموميين والخواص.

تبعا لذلك اتخذت الدولة إجراءات تحفيزية بإدخال تخفيضات مهمة وحتى بالدينار الرمزي حسب الحالة (مدة الانجاز- مدة الاستغلال). راجع في هذا: مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 02993 المؤرخة في 20 مارس 2012 المتعلقة بمنح الامتياز على الأملاك العقارية التابعة للدولة الموجهة للاستثمار.

(27) المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009، مرجع سابق.

(28) منشور رقم 002 مؤرخ في 12 أوت 2009 صادر عن وزارة المالية يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز للأملاك المحازة على سبيل الانتفاع من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

(29) أمر رقم 14-10 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، مرجع سابق.

(30) المادة 62 من الأمر رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، نفس المرجع السابق.

(31) مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 04979 المؤرخة في 12 ماي 2014، مرجع سابق.

(32) يقصد بالهيئة العقارية المهيئة للعقار الصناعي: هيئات عمومية اقتصادية، عندما تحتوي المنطقة الصناعية مثلا على نشاطات ذات منفعة محلية أو نشاطات ذات منفعة وطنية ومتنوعة تابعة لوزارات مختلفة، كما قد تُجرى المناطق الصناعية عن طريق مؤسسات اقتصادية عندما تحتوي على نشاطات ذات منفعة وطنية خاصة وتابعة لسلطة رئاسة واحدة. تُجرى كذلك عن طريق وحدة متخصصة تنشأ بموجب قانون عندما تحتوي المنطقة الصناعية على نشاطات ذات منفعة وطنية تابعة لمؤسسة واحدة كما هو الحال في قطاع المحروقات. انظر: مخلوف بوجردة، مرجع سابق، ص 12 و13.

(33) المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 09-153 المؤرخ في 02 ماي 2009، مرجع سابق. لمعرفة المقصود بالأصول الفائضة راجع المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 09-153 المؤرخ في 02 ماي 2009، مرجع سابق.

(34) أمر رقم 06-11 مؤرخ في 30 أوت 2006 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 53 الصادر بتاريخ 30 أوت 2006. الملغى بموجب الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008.

(35) تم إنشاء المجلس الوطني للاستثمار بموجب المادة 18 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001. نشير في هذه النقطة أنه رغم أنّ المشرع الجزائري لم يشير صراحة في أحكام القانون الجديد المتعلق بترقية الاستثمار (الأمر رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016) خاصة في الفصل الخامس المتعلق بأجهزة الاستثمار، إلى المجلس الوطني للاستثمار على عكس الأمر رقم 01-03، إلا أنه يستشف من خلال بعض المواد أنّه لم يتم إلغاؤه بل أبقى عليه كجهاز أساسي في عملية الاستثمار ومنح الموافقة يظهر ذلك من خلال المواد: 14، 17، 18.

(36) حنان سميحة خوادجية، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 2015، ص 137 و138.

(37) راجع المادتين 03 و05 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، مرجع سابق. للإشارة أنّ هذه المواد معدلة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011 المذكور سابقا ثم بموجب المادة 34 من القانون رقم 12-12 المؤرخ في 26 ديسمبر 2012 المتضمن قانون المالية لسنة 2013، جريدة رسمية عدد 72، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2012.

(38) المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009، مرجع سابق.

(39) المادة الثانية والثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009، مرجع سابق. نشير هنا أنّه قد يحدث أن يطعن المستثمر في إجراءات المزايدة في حالة وجود خروقات قانونية يلاحظها، غير أنّ المشرع لم يوضح في هذا الأمر الطريقة التي من خلالها يمكن للمستثمر الطعن في إجراءات المزايدة، أو في قرار الترخيص بإجراء المزايدة، أو في العقد المبرم من مصالح إدارة أملاك الدولة فيما بعد. فهل يفهم من ذلك أنّ المشرع الجزائري جعل من هذه الإجراءات إجراءات غير قابلة للطعن القضائي أم أنّها تخضع للقواعد العامة، ومن المنطقي فإنّ قرار رسو المزايدة يمكن الطعن ضده في حالة عدم شرعيته، في حين أنّ العقد المتضمن إبرام الامتياز هو عقد تنفيذي لقرار رسو المزايدة ففي حالة إلغاء قرار رسو يلغى معه العقد تلقائيا.

(40) تم إنشاء هذه اللجنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-120 المؤرخ في 23 ابريل 2007، يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها، جريدة رسمية عدد 27، الصادر بتاريخ 25 ابريل 2007.

(41) انظر المادة 07 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، مرجع سابق. للإشارة أنّ هذه المادة ملغاة بموجب المادة 16 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011.

(42) المادة 34 من القانون رقم 12-12 المؤرخ في 26 ديسمبر 2012، مرجع سابق.

(43) أمر رقم 15-01 مؤرخ في 23 يوليو 2015، مرجع سابق.

(44) Voir : instruction interministérielle N° 001 du 06 aout 2015, op.cit.

تطبيقا لأحكام هذه التعليمات الوزارية يتم انشاء على مستوى كل ولاية لجنة ولائية مكلفة بدراسة وضعية تقدم المشاريع الاستثمارية يترأسها الوالي تضم كل من مدير التعمير والهندسة المعمارية والبناء ومدير الصناعة والمناجم ومدير أملاك الدولة ومدير الحفظ العقاري، كما يمكنها استدعاء أي شخص من شأنه مساعدتها في أشغالها. تعقد هذه اللجنة بصفة إلزامية اجتماعاتها مرة كل أسبوع لدراسة وضعية تقدم مشاريع الاستثمار المعتمدة ومرة كل شهر لتقديم حصيلة عامة عن وضع الاستثمار في الولاية (مثلا القرار رقم 3541 المؤرخ في 08 أكتوبر 2015 المتضمن إنشاء لجنة ولائية مكلفة بدراسة وضعية تقدم مشاريع الاستثمار المعتمدة، صادر عن والي ولاية البويرة).

(45) تعليمات وزارة الداخلية والجماعات المحلية رقم 2144 بتاريخ 10 سبتمبر 2015، مرجع سابق.

قد يحدث أن يُخَلّ المستفيد من الامتياز بالالتزامات المذكورة في دفتر الشروط المرفق بعقد الامتياز، تقوم إدارة أملاك الدولة في هذه الحالة باتخاذ إجراءات إسقاط حق الامتياز أمام الجهات القضائية، مع دفعها للمستفيد تعويضا مستحقا بعنوان فائض القيمة المحتملة التي يمكن أن أضافها المستثمر على القطعة الأرضية محل الاستثمار. غير أنّه لا يتم المبادرة بالإجراءات القضائية قبل توجيه إعدارين لصاحب الامتياز برسالة موصى عليها مع الأشعار بالاستلام، فإذا بقيت رغم ذلك دون جدوى يتم اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة من أجل إسقاط الامتياز، كما لا يمكن سحب الامتياز إذا أثبت المستثمر حالة القوة القاهرة في عدم إنجاز المشروع في الآجال والشروط المحددة في دفتر الأعباء، وهي مسألة قانونية مادية يقدرها القضاء. (في هذا المعنى انظر: مخلوف بوجردة، مرجع سابق، ص 100).

(46) مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 07007 المؤرخة في 20 جوان 2016 المتضمنة شهر عقود تدخل في إطار عمليات الترقية العقارية التجارية تخص أراضي تابعة لهيئات مكلفة بالعقار.

(47) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 29 جوان 2016، يحدد شروط وكيفيات التكفل بالامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري الممنوح قبل نشر المرسوم التنفيذي رقم 15-281 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015، جريدة رسمية عدد 62 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 2016.

- (48) مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 01261 المؤرخة في 06 فيفري 2017، المتعلقة بكيفية تسوية الأوعية العقارية المخصصة لإنجاز مشاريع ترقية تجارية في إطار الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المعدل والمتمم.
- (49) مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 01261 المؤرخة في 06 فيفري 2017، نفس المرجع السابق.
- (50) مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 07875 المؤرخة في 30 جوان 2009، مرجع سابق.

برامج الأمم المتحدة لنزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج

- الجهود والتحديات - *

ARKOUB Nawel, Doctorant,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tizi-Ouzou 15000, Tizi-Ouzou, Algérie.

عرقوب نوال، طالبة دكتوراه،
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

تعد برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج آلية ضرورية لإستراتيجية منظمة الأمم المتحدة لحفظ وبناء السلام، بحيث أصبحت من المهام الرئيسة لبعثات السلام التي تسعى أجهزة المنظمة وضع سياسة متكاملة لها .

وعلى الرغم من التدابير المتعددة التي تبنتها المنظمة، فإنّ التنفيذ الكامل لبرامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج يواجه تحديات كبيرة بالنظر للمعطيات المعقدة لمرحلة ما بعد النزاع.

الكلمات المفتاحية:

نزع السلاح، بناء السلام، الأسلحة الصغيرة، الأمم المتحدة، عمليات السلام.

The United Nations Disarmament, demobilization and reintegration programs - Efforts and challenges -

Abstract :

Disarmament, demobilization and reintegration programs are an important mechanism for the United Nations peacekeeping and peace building strategy; in fact, it is integrated in the most peace operations of which the organization organs aim to the establishment of an integral policy.

Despite the multiple measures adopted by the organization, the full implementation of the disarmament, demobilization and reintegration programs is facing up major challenges seeing the complex circumstances of the post-conflict period.

Key words:

Disarmament, peace building, small arms, United Nations, peace operations.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/09/04 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/02/16 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Les Programmes des Nations-Unies pour le désarmement, démobilisation et réintégration – efforts et défis-

Résumé:

Les programmes de désarmement, démobilisation et réintégration (DDR) sont un mécanisme cardinal pour la stratégie onusienne de maintien et de consolidation de la paix, En effet, ils sont devenus une tâche indispensable des opérations de paix dont les organes de l'organisation visent l'instauration d'une politique intégrale.

Malgré les multiples mesures adoptées par l'Organisation, la mise en œuvre des programmes de désarmement, démobilisation et réintégration est confrontée à des défis majeurs vu les circonstances complexes de la période post-conflit.

Mots clés :

Désarmement, consolidation de la paix, armes de petit calibre, les nations unies, opérations de paix.

مقدمة

كثيرا ما تشكل مرحلة ما بعد النزاع تحديا كبيرا للمجتمعات المحلية والمجتمع الدولي بشكل عام حيث تجد الدول نفسها أمام ضرورة بناء السلام⁽¹⁾، لكن ضعف الدولة و غياب مؤسساتها في مثل هذه المراحل يجعل من الصعب عليها أخذ زمام المبادرة لوحدها وانتهاج إستراتيجية شاملة، وعليه يتم إشراك فاعلين آخرين وغالبا ما تكون عمليات الأمم المتحدة للسلام هي الحل لأنها أصبحت فاعلا هاما في حفظ وبناء السلام على المدى البعيد⁽²⁾.

وتتعدد المهام الموكلة للبعثات الأممية لضمان الانتقال الديمقراطي كتنظيم الانتخابات وبناء قوات أمنية، ومن المحاور الأولية أيضا في عملها التعامل مع انتشار الأسلحة عن طريق برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج (Désarmement Démobilisation et Réintégration " DDR ") باعتبارها من دعائم توفير الأمن.

إنّ نجاح أية مبادرة للسلام متوقف على وجود الأمن و الاستقرار وهو ما لا يتحقق إلا بتجريد المقاتلين والمدنيين من السلاح لضمان مسار بناء إنمائي و الأهم تجنب العودة إلى النزاع أو تغذية نزاعات جواريه أو منخفضة⁽³⁾، وبما أنّ هذا الإجراء أصبح من الأساسيات في عمل منظمة الأمم المتحدة سواء في إطار بعثات سلام أو خارجها، وبعد التجارب الميدانية الكثيرة خاصة في إفريقيا، تبرز ضرورة البحث عن أي دور للمنظمة في وضع وتنفيذ برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج ومدى فعالية جهودها في ظل التحديات الكبيرة لمراحل ما بعد النزاع؟

أولا: أعمال برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج في أجندة السلام الأممية

تعد عملية نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج متعددة الأبعاد، هادفة لاحتواء ومنع الإشكالات الأمنية لمرحلة ما بعد النزاع ودعم تطبيق القانون، فقد تحولت أهدافها بمرور الجيل الثاني(1) وأصبحت بأبعاد متداخلة ومعقدة (2) بما يستوجب سياسة تنسيق بين أجهزة ووكالات منظمة الأمم المتحدة(3).

1) تطور برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج في عمل المنظمة

إنّ التوجه الملاحظ في أنسنة نشاط منظمة الأمم المتحدة والتطور الذي عرفته عمليات السلام أدى بتحول برامج نزع السلاح، فبينما كان الجيل الأول أو ما يعرف بنزع السلاح التقليدي (le DDR traditionnel) لا يتم إلا بوجود اتفاقية سلام ووفق أهداف محدودة كتنفيذ بنود اتفاق السلام ونزع السلاح لإعادة بناء قوات مسلحة، أصبحت العملية تتم حتى قبل توصل الأطراف إلى اتفاق مع توجيه الاهتمام نحو المجتمعات والفئات المعرضة للعنف، بذلك تعددت أهداف البرامج لتشمل المشاركة والعمل على تعزيز الثقة وإرساء أسس بناء السلام⁽⁴⁾.

لقد ازدادت بهذا التحول مقتضيات التنفيذ و أصبحت للبرامج مساهمة في تحقيق التنمية وإن كان نجاحها يرتبط أيضا بضرورة مساندة عملية تنمية شاملة⁽⁵⁾. وتشكل الشمولية بنطاقها العملي والشخصي أحد متطلبات الفعالية، إذ تعنى البرامج بأنشطة واسعة كإعادة التأهيل والتهجير وتشمل فئات متعددة مع تكريس المساواة بين الجنسين لارتباط المرأة بمسائل السلم والأمن⁽⁶⁾، وهذا ما يفرض اعتماد المرونة بمراعاة الظروف الخاصة بكل دولة عند التخطيط والبرمجة⁽⁷⁾. وبذلك تكون العملية في إطار الجيل الثاني أكثر تعقيدا.

2) التركيبة المعقدة لبرامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج

سعي منظمة الأمم المتحدة لوضع توجهات وحلول للأبعاد والمشاكل الإنسانية، والعسكرية، والسياسية، والاجتماعية لحالات ما بعد النزاع عن طريق برامج نزع السلاح، يفرض إدراج عدة أنشطة تخدم المجتمع والمقاتلين سواء تواجدوا داخل أو خارج إقليم الدولة، لذا قد تعنى في بعض الحالات أيضا بالإعادة إلى الوطن وإعادة التوطين في حال وجود مقاتلين أو مدنيين مسلحين خارج إقليم الدولة وهذا الوضع الصعب الذي تعاملت معه بعثة تحقيق الاستقرار في الكونغو فأبرم اتفاق في الموضوع بين الكونغو الديمقراطية، رواندا، وأوغندا⁽⁸⁾.
أ/نزع السلاح: عملية جمع الأسلحة الصغيرة والخفيفة، الأسلحة الثقيلة، الذخائر، والمتفجرات من المقاتلين والمدنيين مع وضع خطة لإدارتها وتدميرها، ويشمل أيضا هذا الإجراء تأمين المخازن ووضع تشريعات تنظم حيازة، وانتقال الأسلحة وقد تشكل إزالة الألغام جزء من العملية⁽⁹⁾، وعليه فهذه البرامج لا تشمل نزع أسلحة الدمار الشامل (النووية، البيولوجية، والكيميائية) بل تعنى بالأسلحة التقليدية (اللاإنسانية) وبالأخص:

— فئة الأسلحة الخفيفة: وهي أسلحة قابلة للحمل ومصممة للاستعمال من طرف طاقم من الأشخاص كالبنادق الثقيلة، القذائف المضادة للطائرات ومدافع الهاون والصواريخ التي تطلق من الكتف.

— فئة الأسلحة الصغيرة: وهي أسلحة مصممة للاستخدام الشخصي وتشمل بعض الأسلحة النارية والبنادق الخفيفة والمسدسات الآلية والرشاشات الأوتوماتيكية والهجومية⁽¹⁰⁾. وهذه الأسلحة يخضع استعمالها في النزاعات المسلحة للقواعد العرفية واتفاقية جنيف لسنة 1980 بشأن حظر وتقييد بعض الأسلحة التقليدية التي يمكن اعتبارها عشوائية الأثر أو تسبب معاناة لا داعي لها، إلى جانب بعض الاتفاقيات الخاصة كاتفاقية أوسلو بشأن الذخائر العنقودية.

ب/التسريح: إجراء يلي نزع السلاح بمقتضاه يكتسب المقاتل مركز المدني ويتم على مرحلتين بحل (démantèlement) التنظيمات العسكرية ووضع المقاتلين في مراكز خاصة أولاً، ثم إعادة الإسكان (réinsertion) القائم على مساعدة المقاتلين وتوفير الحاجات الضرورية لهم ولعائلاتهم، مع وضع برامج للإغاثة الإستعجالية وتكوين و/أو عمل قصير المدى وتعرف هذه المرحلة بإعادة الإدماج المؤقت⁽¹¹⁾.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ تقديم المساعدة و المنح المالية في هذه المرحلة يجب أن يكون مدروساً لأنّ المبالغة في تقديم الإعانات قد يمس بمصداقية مثل هذه البرامج و تتحول في نظر المجتمع إلى مكافئة، كما أن الدعم يظل مؤقت ولا يقيد بضرورة تحقق إعادة الإدماج.

ج/إعادة الإدماج: عملية اقتصادية واجتماعية معقدة على المدى البعيد ضمن جهود التنمية الشاملة بهدف إدماج المسرحين، وهي مسؤولية داخلية لكن صعوبتها ومتطلباتها تجعلها محل مساعدة ودعم خارجي خاصة من جانب المؤسسات المالية الدولية والإقليمية، أما إعادة الإدماج في شقه الاجتماعي فيعتمد على احتواء المجتمع وتقبله للمقاتلين المسرحين واندماجهم في الحياة المدنية وإن كان ذلك صعباً خاصة لبعض الفئات الخاصة (الأطفال والنساء)⁽¹²⁾.

3) الأجهزة المعنية ببرامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج

تعنى أجهزة ووكالات منظمة الأمم المتحدة ببرامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، وعليه يعمل كل جهاز وفقاً لحدود اختصاصه في إطار سياسة التنسيق⁽¹³⁾.

تتولى الأجهزة الرئيسية في الهيئة مهمة الإقرار والتخطيط وحتى المتابعة، فيلعب مجلس الأمن دوراً رئيسياً باعتباره المسؤول عن السلم والأمن وهي مسألة لا تطرح فقط أثناء النزاع إنما تأخذ أبعادها في مرحلة ما بعد النزاع، وعليه يشكل إنشاء بعثة سلام أحد التدابير التي يتخذها المجلس بالاستناد لأحكام ميثاق المنظمة⁽¹⁴⁾.

لقد عمل المجلس على إصدار بعض القرارات لوضع أسس يقوم عليها نشاط البعثات كالتوصية رقم 1325 بشأن المرأة، والسلام والأمن، والتي فرض بموجبها اعتماد تدابير خاصة بهذه الفئة من حيث الحماية والمشاركة في برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، وأشار بموجبها لضرورة أخذ الأطراف خصوصية حقوق المرأة بعين الاعتبار أثناء التفاوض لصياغة

اتفاقات السلام خاصة من جانب إعادة اللوطن وإعادة التوطين، كما أكد على ضرورة التمييز في سياقه الضروري والطبيعي بين المقاتلين والمقاتلات⁽¹⁵⁾.

استحوذ المجلس على صلاحيات إقرار برامج نزع السلاح لا يعني استبعاد الجمعية العامة كلياً، فالنظر في المبادئ العامة للتعاون في حفظ السلم والأمن الدوليين يجعلها المنبر الذي تناقش فيه مسائل نزع السلاح بصفة عامة لتمتعها باختصاص أصيل وفق المادة 11 من ميثاق المنظمة، كما تصادق على الميزانية وتحدد حصة كل نشاط وجهاز بما في ذلك عمليات السلام وفق أحكام المادة 17، كذلك تشارك وتبادر بإنشاء أجهزة فرعية لحفظ وبناء السلام كما هو الحال بالنسبة للجنة بناء السلام المنشأة في 2005 بالتنسيق مع مجلس الأمن، والتي كلفت بمساعدة الدول الخارجة من النزاعات في ضمان الاستقرار وإعادة البناء عن طريق بناء المؤسسات⁽¹⁶⁾.

يؤدي الأمين العام للمنظمة دوراً كبيراً من الناحية العملية في برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، إذ يعد تقارير مرجعية يستند إليها مجلس الأمن في إنشاء وتحديد مهام بعثات السلام⁽¹⁷⁾، وتقع على مسؤوليته أيضاً اختيار الدول المشاركة في القوات وتعيين المسؤولين فيها مع تقديم تقارير دورية عن تقدم عمل البعثات⁽¹⁸⁾، ويساعد الأمين العام جهاز تنفيذي تقني يعمل على وضع سياسة عامة في المجال وتسيير عمليات السلام وهو إدارة عمليات حفظ السلام⁽¹⁹⁾.

أما التنفيذ الميداني لبرامج نزع السلاح فيبقى مبدئياً من مهام قوات حفظ السلام، وهي قوة منسبانية تنشأ عندما تستدعي الأوضاع ذلك وفق هيكلية مختلفة وتشكل من وحدات عسكرية تابعة للدول الأعضاء في المنظمة⁽²⁰⁾.

ومن جانبها تعد الوكالات المتخصصة فاعلاً أساسياً في المبادرة لتنفيذ برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، فلا يمكن تجاهل جهود برنامج الأمم المتحدة الإنمائي خاصة في إعادة الإدماج الدائم، ويشرف بالاشتراك مع إدارة عمليات حفظ السلام على الفريق العامل المشترك بين الوكالات المعني بنزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، هذا الأخير يعمل لوضع قواعد بيانات ونهج موحدة ويقدم توجيهات في محاور أساسية كتسريح ذوي الإعاقات والأطفال⁽²¹⁾، وعلى خلاف الأجهزة الأخرى في المنظمة يؤدي البرنامج دوراً هاماً حتى في حالة غياب بعثة أممية في الميدان وإن كان نشاطه يختلف في هذه الحالة فيؤدي مسؤولياته المزدوجة كبرنامج إنمائي وكعملية سلام⁽²²⁾.

ويقتضي مسعى حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة ومنع تجنيدهم مشاركة صندوق الأمم المتحدة للطفولة في إعادة تأهيل وإدماج الأطفال الجنود بتقديم دعم مالي، وتوجيهي، وتقني، وقد كان الصندوق من أول الوكالات الأممية المتخصصة التي عملت لضمان تسريح

وإعادة إدماج هذه الفئة في البرامج المنفذة في الكونغو الديمقراطية حتى قبل إنشاء بعثة أممية⁽²³⁾.

كما يجعل النطاق الجوّاري والدولي لبرامج نزع السلاح أيضا من المفوضية السامية لشؤون اللاجئين فاعلا أساسيا في التنفيذ والتأطير فعلى سبيل الذكر قامت خلال سنة 2009 في إطار التنسيق مع البعثة الأممية في الكونغو بإعادة توطين حوالي 15000 رواندي⁽²⁴⁾. إذن فمجلس الأمن استطاع الأفراد بسلطة اتخاذ القرار في إقرار برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج بالرغم من كون المسألة إنسانية قبل أن تكون أمنية، ولئن كان دور الأمين العام في مضمون ميثاق منظمة الأمم المتحدة محدود، فقد استطاع مع نهاية الحرب الباردة أن يؤدي دورا محوريا في تطوير دور الأمم المتحدة في دبلوماسية وعمل السلام في طابعه الإنساني ويضع آفاقا جديدة، بل كان يمكن أن يؤسس لنمط أممي متقدم لولا عراقيل الدول الدائمة العضوية التي رفضت تساوي أدوار الأمانة العامة والمجلس في هذا الشأن، ومع ذلك تبقى الأمانة وعلى رأسها الأمين العام فاعلا لازما في الجانب العملي.

ثانيا: الإشكالات العملية لبرامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج

بتطور برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج أصبحت مسؤولية الأمم المتحدة واسعة، وبتزايد الحاجة إلى دعم الهيئة للمبادرة المحلية أو تعويضها تظهر للواجهة تحديات تعيق التنفيذ الكلي للبرامج (أ)، خاصة في ظل واقع التهديدات الأمنية (ج) وحجم مقتضيات الدعم المالي (ب).

1) صعوبة التنفيذ الشامل

تواجه الأمم المتحدة تضاعف الحاجة إلى توسع التواجد القطري والعملي لبعثاتها فاتسعت مهامها لتشمل فئات ونشاطات كثيرة، ولهذا تعمل بعثات المنظمة على الاستجابة لمتطلبات مرحلة ما بعد النزاع ومواجهة العديد من الصعوبات بداية بإقناع الأشخاص بالمشاركة في مبادراتها، لأنّ نجاح برامج نزع السلاح يعتمد على مشاركة شاملة من المقاتلين والمدنيين، لكن كثيرا ما تصادف البعثات مشكلة العزوف عن المشاركة لأسباب كثيرة كانهدام الثقة في عمليات السلام نظرا لإخفاق بعض التجارب السابقة، والتخوف من الرفض الاجتماعي، والرغبة في الإبقاء على حد أدنى من القوات لمواجهة أي فشل محتمل للسلام⁽²⁵⁾.

كما تعنى بعض الفئات الخاصة بعمليات نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج مما يستدعي إجراءات خاصة، فمثلا تشكل فئة المقاتلين المصابين بإعاقات تحديا كبيرا لأغلب بعثات السلام، وعلى الرغم من خصوصية حاجة هذه الفئة للدعم وإعادة التأهيل، فإنّ عدد البرامج التي تأخذ هذه المسؤولية وتراعي حقوقهم المكرسة في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة قليلة جدا، ومع ازدياد ظهور حالات كثيرة من المصابين بفيروس نقص المناعة في

أوساط المقاتلين المسرحين، أصبح من الضروري الاستجابة لمتطلبات هذه الوضعية، لكن تبقى البعثات العاملة على قيادة حملات التوعية والتوجيه جد محدودة⁽²⁶⁾.

وهناك فئات أخرى تتطلب تكفل خاص وتشمل الأطفال، الشباب والنساء فمثلا حتى ولو تم تجاوز تحدي إشراك النساء في عملية نزع السلاح والتسريح فإن مسألة إعادة إدماجهن اجتماعيا تعرف صعوبات وقد تكون مستحيلة خاصة في حالة تعرضهن لاعتداءات، وإذا ما فشلت سياسة إدماج هذه الفئة فإن احتمال استغلالهن من طرف التنظيمات الإجرامية وارد جدا⁽²⁷⁾، وعليه عمل البعثات لا يقتصر على تحضير المقاتلين للاندماج لكن أيضا العمل على ضمان تقبل المجتمعات المحلية لهم.

وأصبح ضمن مسؤولية البعثات أيضا إدارة مخزونات الأسلحة ورصد تنفيذ نظم حظر توريد السلاح، لأن بقاء الأسلحة في ظل عدم فعالية أنظمة الرقابة يشكل تهديدا للأمن الدولي ولسلامة العاملين في المخازن، فقد أصبحت ليبيا مصدر وقاعدة للتداول غير المشروع للأسلحة بسبب عدم قدرة الحكومة على تأمين مخزونات الأسلحة كمثال عن أخطر الحالات الراهنة التي يشكل فيها تسريب السلاح خارج الحدود تهديدا للأمن الإقليمي والدولي⁽²⁸⁾.

على هذا الأساس يلجأ مجلس الأمن لفرض جزاءات بحظر توريد السلاح إلى مناطق النزاع وينشئ فرق عمل لرصد تنفيذها، لكن صعوبة المهمة جعلته يكلف أيضا بعثات السلام بهذه المهمة، وهو الوضع الذي عرفته عمليات السلام في كوت ديفوار وجنوب السودان⁽²⁹⁾، كما كلف أيضا البعثة الأممية في الكونغو الديمقراطية سنة 2000 بمتابعة تنفيذ حظر انتقال الأسلحة وأوكل إليها سنة 2004 مصادرة الأسلحة الموجودة في إقليمها انتهاكا لقرار حظر التوريد⁽³⁰⁾.

وفي هذا الصدد يتوقف نجاح عمل بعثات الهيئة بالمعطيات الإقليمية ودون الإقليمية وبوفرة المعلومات عن نطاق انتشار الأسلحة، فالدول الإفريقية مثلا لم تستطع أن تتحكم في رقابة انتقال السلاح عبر حدودها وتنفيذ التزاماتها المنبثقة عن الاتفاقيات دون الإقليمية للأسلحة الصغيرة والخفيفة بالرغم من إدراج مسألة عمليات السلام فيها، فاتفاقية دول المجموعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا نصت على وضع سجل للأسلحة الصغيرة والخفيفة والذخيرة خاص بعمليات السلام ومثل هذه السجل يضمن حفظ بيانات هامة لبرامج نزع السلاح التي تنفذ في المنطقة وخارجها⁽³¹⁾، لكن تنفيذ وتفعيل مثل هذه الاتفاقيات يعرف صعوبات كثيرة ويؤثر سلبا على عمل البعثات.

2) مقتضيات التمويل

تحتاج برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج إلى دعم مالي كبير دون وجود ضمانات أكيدة لنجاحها، فأحد البرامج التي عرفتها منطقة البحيرات الكبرى خلال عشرية كلفت حوالي

500 مليون دولار، إلا أنّ المنطقة عرفت أعمال عنف غذتها قوات مسرحية ما أدى ببعض التنظيمات إلى إعادة التجنيد فتراجعت بذلك الكثير من المكاسب⁽³²⁾.

تعرف مسألة تمويل مثل هذه البرامج إشكالات كثيرة، فباعتبارها جزء من عمل السلام يتم تمويلها كما سبقت الإشارة إليه ضمن الميزانية العامة للهيئة وفق أحكام المادة 17 وتحت طائلة المادة 19 كما أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بمناسبة طلب الجمعية العامة سنة 1962⁽³³⁾.

لكن كون التمويل مسألة إدارية يجعل الأمانة العامة مسؤولة عن التمويل المبكر، حيث للأمين العام في إطار إنشاء أو توسيع عمليات حفظ السلام صلاحية إقرار التزامات بالإنفاق في حدود 50 مليون دولار من الصندوق الاحتياطي لعمليات حفظ السلام بعد موافقة اللجنة الاستشارية لشؤون الإدارة والميزانية، ويكمن الإشكال في سلطات التمويل للأمانة أنه في حال تجاوز المبلغ - وهو ما يحدث في غالب الأحيان - أو تجاوز مبلغ 150 مليون دولار في مجموعة من الالتزامات يقتضي الأمر موافقة الجمعية العامة⁽³⁴⁾، وهذه المحدودية في سلطات التمويل الأولية التي يتمتع بها الأمين العام لا تتوافق مع المعطيات الجديدة لعمل بعثات السلام وتضاعف تكاليفها ليفشل بذلك النظام المالي في مواكبة التحول الكبير في التزامات البعثات وإستراتيجية الاستجابة المبكرة⁽³⁵⁾.

وتقوم السياسة المنتهجة في المنظمة على تمويل عملية نزع السلاح والتسريح عن طريق الميزانية العادية فيما تبقى عملية إعادة الإدماج مرهونة بمساهمات طوعية للمانحين أو الإمكانيات الوطنية⁽³⁶⁾، وتكمن المفارقة في أنّ كلا الأسلوبين بدون فعالية لضعف الاقتصاد المحلي وغياب المؤسسات من جهة، واختلال الدعم الخارجي من جهة أخرى.

فالجهاز المانحة غالباً ما تكون مؤسسات مالية في مقدمتها البنك الدولي تقدم قروض بعد دراسة وضعية الدولة مراعاة لأولوية مصلحتها وهذا ما يؤثر على مواصلة البرامج، فقد أعاققت السياسة التمويلية للبنك عمل برنامج الأمم المتحدة الإنمائي في الكونغو، كما أن انسحابه أوقف عملية إعادة الإدماج في ليبيريا التي عرفت احتجاجات قوية أمام البعثة الأممية من طرف المقاتلين المسرحين بسبب عدم الحصول على التعويضات المالية كما لجأ البعض للاستغلال غير المشروع للموارد الطبيعية، لهدد البنك بذلك أحد أنجح تجارب نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج في إفريقيا⁽³⁷⁾، ثم هل بإمكان الدولة خاصة الدول الإفريقية التي تبقى تتخبط في مراحل عنف أو تتأثر بنزاعات جواريه أن تكون قادرة فعلاً على تسديد ديون وتكاليف السلام؟

3) مشكلة المقتضيات الأمنية

كما سبقت الإشارة إليه فإنّ برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج تهدف لاحتواء مرحلة ما بعد النزاع من الجانب الأمني بما يشكل دعامة لبناء الثقة، فوجود جماعات مسلحة يمثل تهديداً أمنياً يؤسس للنزاعات المنخفضة⁽³⁸⁾.

لكن وفي المقابل تقتضي مباشرة ومواصلة عملية نزع السلاح وجود الأمن ولو في أدنى مستوياته، إذ يجد المقاتلون والمدنيون في تدهور الوضع الأمني مؤشراً على إمكانية عودة العنف وانتشار الجريمة بما لا يشجع على المغامرة بتسليم السلاح وحل التنظيمات، وهذا الوضع يستوجب إيجاد حلول من طرف القائمين على حفظ السلام لضمان أمن المسرحين وكفالة حقوقهم، فكثيراً ما تتعرض هذه الفئة للانتقام من جماعات مسلحة ومن طرف القائمين على إنفاذ القانون في المؤسسات الرسمية وقد وقفت بعثات الأمم المتحدة على مثل هذه الحالات في سيرى لانكا وليبيريا⁽³⁹⁾.

وبوجود عناصر مسلحة في شكل ميليشيات أو عصابات أصبح تنفيذ برامج نزع السلاح أكثر صعوبة ما أفضى لضرورة إيجاد آليات، فالى جانب حفظ السلام باستعمال القوة الذي أصبح آلية معتمدة من طرف مجلس الأمن بإعطاء صلاحية استخدام القوة لحماية المدنيين وأعضاء البعثات لتنفيذ مهامها بصفة رديعية كما هو الحال بالنسبة للعنصر العسكري للبعثة الأممية في الكونغو⁽⁴⁰⁾، أصبحت البعثات تعتمد سياسة وضع خطة شاملة للحد من العنف المجتمعي وتهيئة المجتمع بتوفير فرص عمل لأفراد العصابات مثلاً، وهذا استجابة لقرار مجلس الأمن 1702 لسنة 2006 وهو ما سعت لتحقيقه بعثتي الأمم المتحدة في دارفور والصومال⁽⁴¹⁾.

يبدو واضحاً أنّ متطلبات الأمن قد أضافت مسؤوليات وأعباء أخرى لقوات السلام ليطول بذلك النطاق الزمني للتنفيذ الكامل لمهامها، فنجاح إستراتيجية الحد من العنف المجتمعي مؤشراً على إمكانية مباشرة واستكمال برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج.

خاتمة

تسعى منظمة الأمم المتحدة لتطوير برامج نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج بما يتماشى وتغيرات مرحلة ما بعد النزاع، وتحاول في كل مرة الاستفادة من التجارب السابقة بهدف وضع قواعد وأسس موحدة.

وإذا كان لمعطيات بيئة ما بعد النزاع دور كبير في محدودية نجاح المبادرات الأممية، فإنّ نظام التسيير والإدارة واختلال التناسب بين مسؤوليات وصلاحيات بعض الأجهزة المعنية بنزع السلاح يشكل عائقاً، بما في ذلك التوجه الملاحظ في تعزيز مجلس الأمن لسياسة حفظ السلام باستعمال القوة ليضع الطابع الإنساني والمحايد لعمليات السلام على المحك، ويضعف بذلك

الاستجابة والمشاركة في برامج الهيئة أو حتى البرامج الوطنية التي تنفذ ميدانيا بمساعدة بعثات الهيئة.

وعليه فإن تدخل المنظمة لا يجب أن يصل إلى حد المساس بالطابع الوطني للبرامج، لأن كثرة تدخلها في وضعها وطول أمد تنفيذها قد يفقدها هذا الطابع ويضعف من مسؤوليات المنظمة بما يؤثر على نوعية الأداء.

ومن هذا المنطلق الأجدر ترك المبادرة مبدئياً للدولة والمنظمات الإقليمية ليسهم ذلك في اكتساب الفاعلين على المستويين الإقليمي ودون الإقليمي لخبرة تسمح لهم بمواجهة أية ضرورة لعملية نزع سلاح، ولما لا التمهيد لأنظمة جوارية في المجال ليقصر بذلك دور بعثات الهيئة على تهيئة بيئة تساعد على نجاح العمليات كاحتواء العنف المجتمعي والمساعدة في وضع خطط وطنية للتكفل وإعادة التأهيل وبناء القدرات وكفاءات مختصة في التخطيط والتنفيذ، فيكون عملها منحصراً في تقديم الدعم التقني والمادي والقيام بالتوجيه والمتابعة فتأخذ على عاتقها مسؤولية الرصد والتقييم ويبقى التنفيذ الأممي المباشر استثناء.

كذلك أضحى من الضروري الاعتماد على العمل المشترك والمتكامل على مستويين، بين البعثات الأممية المختلفة بوضع آلية خاصة بالتنسيق في هيكلية كل بعثة لإرساء إستراتيجية عمل موحدة كقاعدة مرجعية، وبين البعثات والأجهزة الإقليمية ودون الإقليمية خاصة الأجهزة المعنية بمتابعة تنفيذ الاتفاقيات الخاصة بمكافحة انتشار الأسلحة الصغيرة والخفيفة.

الهوامش:

(1) وفق أجندة الأمم المتحدة فبناء السلام (la consolidation de la paix) عملية تلحق و/أو تتزامن بعملية حفظ السلام (le maintien de la paix) قائمة على دفع التنمية المستدامة الشاملة وتعزيز الثقة باعتبارها الدعامة الأساسية للسلام، ويهدف بناء السلام إلى منع عودة النزاع بالتصدي والتعامل مع أسباب وجذور الصراعات للمزيد من التفاصيل حول عمليات السلام راجع:

- Rapport de Secrétaire Général " Agenda pour la paix : diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix", document A /47/277, adopté le 17/06/1992, pp 6 -7.

http://www.un.org/french/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/47/277

(2) عرفت عمليات حفظ السلام تحولاً كبيراً استجابة لتغيرات نهاية الحرب الباردة فتوسعت أنشطة بعثات الأمم المتحدة وأصبحت لها إسهامات في بناء السلام المستدام، في إطار الجيل الثاني (العمليات المتعددة الأبعاد). للمزيد من التفاصيل راجع:

- Département Des Opérations De Maintien De La Paix, Opérations de maintien de la paix des Nations Unies : principes et orientations, Publications des Nations Unies, New York, 2008, pp 23-28.

(3) ويقصد بالنزاعات المنخفضة الاشتباكات المسلحة التي تحدث في مرحلة ما بعد النزاع وبعد وقف إطلاق النار ويمكن القول أنها مرحلة السلام الجزئي.

(4) لتفاصيل أكثر راجع:

- Département Des Opérations De Maintien De La Paix, Les pratiques de désarmement, démobilisation, et réintégration (DDR) : une contribution aux discussions «nouvel horizon» sur les défis et les opportunités de maintien de la paix de l'ONU, Publications des Nations Unies, New York, 2010, p 04.

(5) SCOGNAMILO Corrado, GASPER DA COSTA Helder, Le Processus de désarmement, démobilisation et réintégration (DDR), Security & Devlopment, s a p, p 05.

(6) COUTO Mélanie, Du discours à la pratique : le genre et les opérations de paix des Nations Unies, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en science politiques, Département de Science Politique, Université de Québec, Montréal, 2012, pp 86-95

(7) يشكل التخطيط الجيد خطوة أساسية في نجاح نزع السلاح وذلك بالتنسيق مع الأطراف الفاعلة، مراعاة أمن وسلامة القائمين بالتنفيذ، التقييم الدوري والأهم وضع خطة للمغادرة تسمح باستمرار المكاسب وتسلم الدولة لمسؤولياتها.

- معهد تدريب عمليات السلام، نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج: مبادئ التدخل والإدارة في عمليات حفظ السلام، نيويورك، 2008، ص ص، 18-19.

(8) SCOGNAMILO Corrado, GASPER DA COSTA Helder, Op Cit, p 03.

(9) تقرير الأمين العام حول دور عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام في نزع سلاح المقاتلين وتسريحهم وإعادة إدماجهم، تقرير الأمين العام حول دور عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام في نزع سلاح المقاتلين وتسريحهم وإعادة إدماجهم، وثيقة رقم S/2000/101، 2000/02/11، ص 02..

<http://daccess-ods.un.org/TMP/9757561.08760834.html>

(10) المادة الأولى من بروتوكول منع والسيطرة على وتخفيض الأسلحة الصغيرة والخفيفة في منطقة البحيرات الكبرى ومنطقة القرن الإفريقي، اعتمد بنبروي في 2004/04/21.

<https://armerdesarmer.files.wordpress.com/2014/07/nairobi-protocol-arabe-english-franc3a7ais-2006.pdf>

(11) SCOGNAMILO Corrado, GASPER DA COSTA Helder, Op Cit, p 03.

(12) حامد السعيد، الأمم المتحدة وعمليات تدعيم السلام، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص ص 137، 139.

(13) من الوكالات والصناديق المعنية بنزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج أيضا: منظمة العمل الدولية، صندوق الأمم المتحدة للسكان، هيئة الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين وتمكين المرأة.

- تقرير الأمين العام حول نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، وثيقة رقم A/65/741، 2011/03/12، ص 05.

<http://daccess-ods.un.org/TMP/9010790.58647156.html>

(14) حتى وإن كان إنشاء عملية سلام يمكن أن يتم استنادا للفصل السادس من الميثاق فإن المجلس يستند غالبا للفصل السابع (الصلاحيات الواردة في المادتين 41 و42)، أنظر في ذلك مثلا:

- قرار مجلس الأمن رقم 1528، المتعلق بإنشاء عملية الأمم المتحدة في كوت ديفوار، وثيقة رقم S/RES/1528(2004)، 2004/02/27.

<http://daccess-ods.un.org/TMP/3640930.05657196.html>

(15) توصية مجلس الأمن رقم 1325، متعلقة بالمرأة، السلام، والأمن، وثيقة رقم (S/RES/1325(2000))، 2000/10/31.

(16) لتفاصيل أكثر حول تشكيلة وعمل اللجنة راجع:

عمليات السلام في الأمم المتحدة: استعراض عام 2005، قسم الأمن والسلام، إدارة الأمم المتحدة لشؤون الإعلام، الأمم المتحدة، 2006، ص 05.

(17) Département Des Opérations De Maintien De La Paix, Opérations de maintien de la paix des Nations Unies : principes et orientations, Op.cit, pp 53-54.

(18) PETIT Yves, Droit international du maintien de la paix, LGDJ, Paris, 2000, p 44.

(19) لتفاصيل أكثر حول تطور دور إدارة عمليات حفظ السلام راجع:

- حامد السعيد، المرجع السابق، ص ص 90-92.

(20) قلي أحمد، قوات حفظ السلام دراسة في ظل المستجدات الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 92 و93.

(21) تقرير الأمين العام حول نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، المرجع السابق، ص 07.

(22) SCOGNAMILO Corrado, GASPER DA COSTA Helder, Op.cit, p 09.

(23) MÉNARD Stéphanie, La réintégration des filles associées aux groupes armés en république démocratique de Congo, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en science politique, Département De Science Politique, Université De Québec, Montréal, 2011, p62.

(24) PEAS Wolf-Christian, ZEEBROEK Xavier, Etude sur la prolifération des armes légères en république démocratique de Congo, Group De Recherche et d'Information sur la Paix et La Sécurité et Bonn International Center for Conversation, 2010, p29.

(25) PROSPER NZIKANI Zina, « Leçons et limites du DDR en Afrique », Bulletin de la Sécurité Africaine, Centres d'Etudes Stratégique De l'Afrique, n° 24, p 04.

(26) تقرير الأمين العام حول نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، المرجع السابق، ص 17.

(27) المرجع نفسه، ص 18.

(28) تقرير الأمين العام حول الأسلحة الصغيرة، وثيقة رقم S/2013/503، 2013/08/22، ص ص 06.

(29) المرجع نفسه، ص ص 13-14.

(30) PEAS Wolf-Christian, ZEEBROEK Xavier, op.cit, p 37et 38.

(31) Article 11 de la Convention de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) sur les armes légères et de petit calibre, leurs munitions et autres matériels connexes, adopté à Abuja le 14/06/2006.

<https://armerdesarmer.files.wordpress.com/2014/convention-cedeao-franc3a7ais-juin-2006.pdf>

(32) PROSPER NZIKANI Zina, Op Cit, p 02.

(33) PETIT Yevs, Op.cit., p 40.

(34) تقرير الأمين العام حول استراتيجية تقديم الدعم الميداني على الصعيد العالمي، وثيقة رقم A/64/633، 2010/01/26، ص ص 19-20.

(35) المرجع نفسه، ص 17.

(36) تقرير الأمين العام حول نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، المرجع السابق، ص 19.

(37) DIALLO Mamadou Yaya, Les Nations Unies et le lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre : défis, enjeux et perspectives, thèse de doctorat en droit public, UFR de Droit et De Science Politique, Université de Reims, Reims, 2009, p 210 et 218.

(38) SCOGNAMILLO Corrado, GASPER DA COSTA Helder, Op.Cit. p 32.

(39) لتفاصيل أكثر راجع:

- تقرير الأمين العام حول نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، المرجع السابق، ص ص 22-23.

(40) انظر في ذلك قرار مجلس الأمن 2089، وثيقة رقم S/2089/2013، 2013/03/28.

<http://daccess-ods.un.org/TMP/1719801.72395706.html>

(41) تقرير الأمين العام حول نزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج، المرجع السابق، ص ص 05 و 06.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Revue Académique
de la Recherche Juridique
RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/Huitième Année/Volume 15/N°01-2017

ISSN : 2170 - 0087
Dépôt légal n° 2010-57

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

AIT MANSOUR Kamal, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques - Université Abderrahmane Mira - Bejaia,

Rédacteur en Chef

BERRI Noureddine, Maître de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques - Université Abderrahmane Mira – Bejaia.

Secrétariat Technique

- Mr. AOUF Saadi
- Mr. BENKHELIFA Samir
- Mr. BENMOUHOU B Fawzi
- Mr. MOURI Sofiane

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. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Alanbar, Irak,
- Pr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Institut d'Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. RAZGUINE Ramdhan, Université de Batna,
- Pr. KAHLOULA Mohamed, Université de Tlemcene,
- 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,
- Dr. KHELFI Abderrahmane, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. IGROUFA Zoubida, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. DAHMANI Abdeslam, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. KEBAILI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabie Saoudite,
- Dr. AMAL FADAL Mohamed Abdullah, Université Kabous, Oman.

Protocole de rédaction

Les articles adressés à la rédaction de la revue peuvent être rédigés 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 étrangers doivent joindre à leur contribution un *Curriculum Vitae* avec le cachet de leur établissement ou, le cas échéant, une attestation de travail.

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 habilitier 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 nouveau numéro de la Revue académique de la recherche juridique. Depuis la dernière édition un changement a été opéré à la direction de la Revue ; c'est le premier numéro sous ma gouverne. Je tiens donc à remercier le Dr. KHELFI Abderrahmane qui a accompli, pendant qu'il était à la tête de la Revue, un travail formidable et je tiens à souligner sa grande contribution à son histoire.

Au cours des prochains numéros, 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 de la régulation et concurrence, droit bancaire, investissements et arbitrage, droit international et humanitaire, droit administratif, 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

ZOUAÏMIA Rachid

Les aides de l'Etat aux entreprises publiques économiques : une entrave au principe de libre concurrence ?07

Jaleel Hasan Al-Saadi & Hussein Abdullah Challabi

Electronic Contract under Iraqi law A Study Under the Iraqi electronic transactions Act No. 78 / 2012.....31

DAHMANI Abdeslem

Le retrait des États d'Afrique du Statut de Rome : Un nouveau défi pour la Cour Pénale Internationale39

BOUDA Nassima

Les innovations normatives de l'Union africaine en matière de paix et de sécurité47

TOUATI Mohand Cherif

L'impartialité des autorités de régulation économique66

YAHIAOUI Lotfi

Le concept de sanctions ciblées comme une nouvelle alternative: entre efficacité et droits de l'Homme80

Les aides de l'Etat aux entreprises publiques économiques : une entrave au principe de libre concurrence ?*

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

بروفيسور زوايمية رشيد،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

Le droit de la concurrence a vocation à appréhender toute activité humaine, pourvu qu'elle soit économique, c'est-à-dire qu'elle puisse être présente sur un marché où se rencontrent l'offre et la demande. Dans le cas des entreprises publiques, elles sont soumises *de plano* au droit de la concurrence et à la compétence du Conseil de la concurrence dans le cadre de leurs activités de production, de distribution ou de services et ce, au même titre que toute entreprise privée. Toutefois, depuis la fin des années 2000, on assiste à la résurgence de l'Etat-producteur et à un renouveau de l'interventionnisme de la puissance publique qui contraste fort avec la substance des réformes de 1988, de sorte que l'entreprise publique revient sur la scène pour s'imposer comme un agent économique particulier aux yeux de l'Etat. Ce dernier renoue avec les anciennes pratiques de subventions à l'excès à un secteur public déstructuré, ce qui nécessite d'analyser la nouvelle politique d'aides de l'Etat aux entreprises publiques sous le prisme du droit de la concurrence.

Mots-clés :

Aide, Concurrence, Entreprise publique, Service public, Subvention.

The state Aid to economic public companies: a barrier to the principle of free competition?

Abstract:

The competition law is intended to capture all human activity, provided it is economic, that is to say, it may be present in a market where supply and demand meet. In the case of public companies, they are submitted automatically to the competition law and the jurisdiction of the Competition Council in the context of their production, distribution and services and, just like any business Private. However, since the late 2000s, there has been a resurgence of the producing state and a revival of interventionism of public power that contrasts strongly with the substance of the 1988 reforms, so that the public company returned to the stage to itself as a particular economic agent in the eyes of the state. This revives the old practices of excessive subsidies to public sector unstructured, requiring an analysis of the new policy on state aid to public companies under the prism of competition law.

Key words:

Aid, Competition, Grant, Public company, Public service.

* Article reçu le 22/12/2016, rendu publiable le 12/06/2017.

مساعات الدولة للمؤسسات العمومية الاقتصادية في مواجهة مبدأ المنافسة الحرة الملخص:

يهدف قانون المنافسة إلى تغطية كل نشاط بشري، شريطة أن يتسم بالطابع الاقتصادي، أي أن يتواجد في السوق حيث يلتقي العرض بالطلب. بالنسبة للمؤسسات العمومية، يتم إخضاعها تلقائياً إلى قانون المنافسة واختصاص مجلس المنافسة في إطار قيامها بنشاط إنتاجي أو توزيعي أو خدماتي وذلك مثل أية مؤسسة خاصة. غير أنه منذ أواخر الألفينيات، نسجل عودة الدولة المنتجة وإحياء التدخل المبدئي للسلطة العامة الذي يتناقض بشدة مع جوهر إصلاحات سنة 1988، مما أدى إلى إعادة الإعتبار للمؤسسة العمومية التي أصبحت تمثل العون الاقتصادي المميز في نظر الدولة. فتلجأ السلطات العمومية إلى سياسة الدعم المبدئي للقطاع العام مما يتطلب تحليل سياسة المساعات المفرطة المعتمدة من طرف الدولة من منظور قانون المنافسة.

الكلمات المفتاحية:

المرفق العام، الدعم، مساعدة، المنافسة، مؤسسة عمومية.

Introduction

L'objet du droit de la concurrence, qui est un instrument de mise en œuvre de la politique de la concurrence, consiste à réguler le marché de manière à ce que l'exercice de l'activité économique ne soit pas perturbé par des pratiques de nature à fausser le jeu de la loi de l'offre et de la demande. En d'autres termes, il peut être défini comme un instrument de régulation de la politique économique qui tend à assurer le fonctionnement concurrentiel du marché⁽¹⁾. D'un point de vue finaliste, la concurrence stimule les agents économiques et favorise la croissance. A ce titre, la politique de la concurrence adoptée par les pouvoirs publics n'est pas un but en soi.

L'arsenal juridique mis en œuvre permet d'assurer le progrès économique à travers l'utilisation efficace des moyens de production, l'augmentation de l'offre de biens et services, l'efficacité économique qui résulte d'une saine compétition entre entreprises. En définitive, le droit de la concurrence n'est qu'un moyen mis en œuvre par les pouvoirs publics en vue d'assurer un développement équilibré et harmonieux des activités économiques et le progrès économique. Ici, on relève que la notion d'ordre public économique domine tout le droit de la concurrence. En effet, les atteintes au droit de la concurrence ne sont pas tant réprimées en ce qu'elles touchent les intérêts des entreprises qui en sont victimes, elles le sont spécialement en ce qu'elles portent atteinte à l'ordre public économique, une sorte d'intérêt général économique qui domine le marché.

Le droit de la concurrence a vocation à appréhender toute activité humaine, pourvu que celle-ci soit économique, c'est-à-dire qu'elle puisse être présente sur un marché où se rencontrent l'offre et la demande même si l'offre est réduite à un seul opérateur comme dans le cas d'un monopole. Aux fins de l'application de la loi, pour que l'agent ou l'entité soit considéré comme une entreprise, il est nécessaire que lui soit reconnu l'exercice d'une activité économique sur un marché. C'est ainsi qu'une

personne qui achète un produit quelconque sur un marché pour sa consommation personnelle ne peut être envisagée comme une entreprise.

Pour que le même acheteur réponde à la définition du droit de la concurrence, il est nécessaire que les produits qu'il achète fassent l'objet soit d'une revente, soit fassent l'objet d'une transformation pour être offerts sur un marché.

S'il ne fait aucun doute qu'une entreprise privée intervenant sur un marché doit se soumettre aux dispositions de la loi, la solution n'est pas des plus évidentes pour les personnes publiques ou encore les syndicats, les organisations professionnelles, les ordres professionnels. Dans le cas des personnes publiques, elles sont soumises au même titre que les personnes privées au droit de la concurrence, pourvu qu'elles exercent des activités économiques et non des missions régaliennes⁽²⁾ ou des activités sociales fondées sur le principe de solidarité, comme dans le cas des caisses de sécurité sociale par exemple.

La notion d'activité économique est entendue au sens large dans la mesure où se trouvent concernées les associations⁽³⁾ et corporations professionnelles. Il a par exemple été considéré en droit français que l'activité de commissaire-priseur constituait une « activité économique » qui relève du dispositif ayant trait à la concurrence. La même solution a été adoptée dans le cas des autres professions libérales. S'agissant enfin des organismes professionnels, les syndicats ou associations professionnelles, si ceux-ci n'exercent pas d'activité économique, il n'en demeure pas moins qu'ils sont soumis aux dispositions de l'ordonnance dès lors que les pratiques qui leur sont imputables ont associé leurs adhérents, lesquels exercent une activité d'une telle nature.

Quant aux entreprises publiques économiques, elles sont soumises de plein droit au droit de la concurrence et à la compétence du Conseil de la concurrence dans le cadre de leurs activités de production, de distribution ou de services et ce, au même titre que toute entreprise privée.

Toutefois, depuis la fin des années 2000, on assiste à la résurgence de l'Etat-producteur et à un renouveau de l'interventionnisme de la puissance publique qui contraste fort avec la substance des réformes de 1988, de sorte que l'entreprise publique revient sur la scène pour s'imposer comme un agent économique particulier aux yeux de l'Etat. Ce dernier renoue avec les anciennes pratiques de subventions à l'excès à un secteur public déstructuré, ce qui nécessite d'analyser la nouvelle politique d'aides de l'Etat aux entreprises publiques sous le prisme du droit de la concurrence.

I – Le statut de l'entreprise publique

A la suite des réformes entreprises à partir de l'année 1988, l'entreprise publique a subi de profonds bouleversements dans son statut : elle intègre désormais le champ des personnes morales de droit privé et obéit au régime des sociétés commerciales.

A - L'entreprise publique : une personne morale de droit privé

En France, l'entreprise publique est une catégorie qui comprend divers organismes :

- Les établissements publics à caractère industriel et commercial, personnes morales de droit public ;
- Les sociétés nationales, soit des entreprises de droit privé dont le capital appartient en majorité ou intégralement à l'Etat ;

– Les sociétés d'économie mixte, soit des sociétés privées dans lesquelles l'Etat, les collectivités territoriales ou des entreprises du secteur public détiennent une participation majoritaire⁽⁴⁾.

En Algérie, la situation se présente différemment. La notion d'entreprise publique se distingue de celle des établissements publics industriels et commerciaux. En effet, et en vertu des dispositions de l'article 4 de la loi n° 88-01 du 2 janvier 1988, « L'entreprise publique économique se distingue :

1) des établissements publics, personnes morales de droit public, chargés de la gestion de services publics,

2) des associations, coopératives et autres groupements »⁽⁵⁾.

On le voit, le législateur distingue l'entreprise publique de l'établissement public, quelle que soit sa nature. En effet, si l'entreprise publique est une personne morale de droit privé, l'établissement public relève de la catégorie des personnes morales de droit public.

Contrairement à une idée reçue, sont considérés comme personnes morales de droit public non seulement les établissements publics à caractère administratif, mais également les établissements publics à caractère industriel et commercial. A titre d'exemple, la société nationale des transports ferroviaires a été transformée en établissement public industriel et commercial. Le texte portant transformation de la nature juridique de l'entité précise en son article 1^{er} que « La société nationale des transports ferroviaires, par abréviation la "SNTF" est, en vertu des dispositions des 4, 44 à 47 de la loi n° 88-01 du 12 janvier susvisée, transformée en établissement public à caractère industriel et commercial, personne morale de droit public »⁽⁶⁾. Il en est de même de l'entreprise nationale de télévision, transformée en établissement public à caractère industriel et commercial : le décret exécutif y ayant trait dispose en son article 1^{er} que « L'entreprise nationale de télévision créée par décret n° 86-147 du 1^{er} juillet 1986 susvisé, est érigée en établissement public à caractère industriel et commercial dénommé « Etablissement public de télévision ». Quant à l'article 3 du même texte, il précise que « L'établissement est doté de la personnalité morale de droit public et de l'autonomie de gestion administrative et financière »⁽⁷⁾. La même démarche a été adoptée par les pouvoirs publics s'agissant tant de l'entreprise nationale de radiodiffusion sonore que de l'agence nationale télégraphique de presse « Algérie presse service », toutes les deux transformées en établissements publics à caractère industriel et commercial. En effet le texte ayant trait à l'entreprise nationale de radiodiffusion sonore dispose en son article 1^{er} que « L'entreprise nationale de radiodiffusion sonore créée par décret n° 86-146 du 1^{er} juillet 1986 susvisé est érigée en établissement public à caractère industriel et commercial dénommé établissement public de radiodiffusion sonore, par abréviation "R.A" ». L'article 3 du même dispositif précise que « L'établissement est doté de la personnalité morale de droit public et de l'autonomie de gestion »⁽⁸⁾. Quant au décret exécutif relatif à l'agence nationale télégraphique de presse, il dispose en son article 1^{er} que « L'agence nationale télégraphique de presse "Algérie presse service" (APS) réorganisée par le décret n° 85-285 du 19 novembre 1985 susvisé est érigée en établissement public à caractère industriel et commercial ». L'article 2 du texte ajoute : « L'établissement est doté de la personnalité morale de droit public et de l'autonomie de gestion administrative et financière »⁽⁹⁾.

S'agissant de l'entreprise publique, son appartenance au secteur public ne s'oppose pas à son intégration dans la catégorie des personnes morales de droit privé. Elle est désormais régie par le droit commun contrairement aux établissements industriels et commerciaux qui obéissent à un régime mixte de droit privé et de droit

public. La transformation du statut de l'entreprise peut être aisément perçue au niveau des rapports contractuels qui se nouent entre elle et d'autres parties. Une telle mutation marque le passage de la culture de la prescription à la culture du contrat, de la contrainte imposée unilatéralement (l'acte administratif) à la contrainte consentie (le contrat) et ce, sous la pression « des nécessités accrues de souplesse et d'adaptation du système juridique face aux multiples évolutions technologiques et économiques »⁽¹⁰⁾.

Le contrat devient ainsi l'instrument privilégié de l'organisation des relations économiques et ce, au vu de sa capacité à produire à la fois un droit plus « réactif » et mieux en phase avec les attentes de l'entreprise. En un mot, on assiste à l'émergence de la régulation de la sphère économique par le contrat qui traduit le libre choix des agents dans l'organisation de leur activité économique.

Une telle tendance à la contractualisation des relations juridiques peut être perçue essentiellement au plan des rapports qu'entretient l'entreprise avec ses employés, ses cocontractants ainsi qu'avec l'Etat.

1 - Relations de l'entreprise avec ses employés

Durant la période interventionniste, on relève une nette tendance du législateur à l'unification des règles applicables aux entreprises publiques et aux établissements publics à caractère administratif. C'est le cas notamment en matière de relations professionnelles et ce, avec la promulgation du Statut général du travailleur (SGT)⁽¹¹⁾.

En vertu des dispositions du SGT, les rapports entre l'entreprise et ses employés sont soumis à un régime exorbitant de droit commun en ce que la loi et ses textes d'application déterminent dans le détail un ensemble de prescriptions obligatoires qui s'étendent à tous les aspects de la relation de travail. A titre d'exemple, les textes législatifs et réglementaires fixent la classification des postes de travail, les salaires, le régime indemnitaire, les règles d'avancement et de promotion (...), de sorte que l'entreprise n'a plus rien à négocier. Les pouvoirs publics ont par ailleurs établi un contrat-type de travail qui s'impose à toutes les entreprises.

Ici, le législateur tente de concilier entre deux logiques contradictoires :

- d'une part, le choix de la technique contractuelle au lieu du régime statutaire et réglementaire, traduit la volonté du législateur de soumettre la relation de travail à un régime souple comparativement aux règles applicables aux fonctionnaires ;
- d'autre part, le caractère instrumental de l'entreprise, conçue comme un instrument d'exécution des plans de développement, incite au contraire à la soumettre à un régime exorbitant qui permet son étroite soumission au pouvoir central.

En pratique, on aboutit à l'émergence de relations contractuelles d'un type particulier : le contrat, qui reproduit les clauses déterminées par voie réglementaire, n'a plus qu'un lointain rapport avec la technique contractuelle du droit commun. La notion de contrat usitée par le législateur n'est qu'un simple excès de langage en ce que toutes ses clauses sont déterminées par les pouvoirs publics et s'imposent aux parties. Des auteurs ont pu parler à ce titre de contrats d'adhésion. Une telle qualification ne peut être retenue en ce que ce n'est pas l'une des parties au contrat qui impose des clauses à l'autre partie, il s'agit d'un tiers, l'Etat, qui impose de telles clauses aux deux parties.

Dans la mesure où le contrat est enserré dans un réseau dense de prescriptions de nature à faire douter de la nature contractuelle de la relation qui unit les parties en cause, une partie de la doctrine s'est empressée de le qualifier de contrat « réglementaire ».

Dès 1988, les pouvoirs publics édictent un ensemble de textes destinés à lever, à tout le moins de manière partielle, les contraintes qui pèsent sur l'entreprise en lui reconnaissant une certaine marge en matière de rémunération, s'agissant notamment du régime indemnitaire⁽¹²⁾, ainsi qu'en matière de classification des postes de travail⁽¹³⁾.

Par ailleurs, à l'occasion de la promulgation de la loi de 1990 relative aux relations de travail, on assiste au retrait de l'Etat de la sphère ou du champ de la réglementation de la relation de travail en ce que désormais, le contrat succède au règlement dans diverses matières précédemment réglementées dans le détail par voie de prescriptions unilatérales et autoritaires⁽¹⁴⁾.

A titre d'exemple, l'article 81 de la loi précitée précise que le salaire de base résulte de la classification professionnelle de l'organisme employeur. C'est le contrat qui détermine par ailleurs le régime indemnitaire auquel peut prétendre le travailleur.

2 - Relations de l'entreprise avec les cocontractants

Il s'agit de l'un des domaines où l'entreprise publique ne se distinguait en rien de l'établissement public administratif. En effet, si au lendemain de l'indépendance le législateur algérien opte pour le régime dualiste à travers lequel on distingue entre les contrats conclus par les établissements publics à caractère administratif, soumis au code des marchés publics⁽¹⁵⁾, et les contrats de l'entreprise publique, régis par le droit commun, dès 1974, le législateur opère une brèche dans le régime dualiste en ce qu'il soumet les contrats d'équipement des entreprises au code des marchés publics⁽¹⁶⁾. En 1982, il est définitivement mis fin à un tel régime et le législateur opte pour un régime unitaire⁽¹⁷⁾. Désormais, les contrats conclus par toute entité relevant du secteur public sont soumis aux dispositions du code des marchés publics, peu importe le caractère administratif ou commercial de l'entité publique. Ainsi, l'entreprise publique perd toute latitude dans ses rapports contractuels en ce que les dispositions du code lui imposent une série de prescriptions qui sont autant de limites à la liberté contractuelle dont doit pouvoir jouir tout agent économique : choix du cocontractant, du mode de passation du marché, contrôle *a priori*, ...

A titre d'exemple, l'article 23 du décret précité dispose que « l'opérateur public doit solliciter, en priorité, la production nationale disponible ». Par ailleurs, l'article 24 précise que « l'appel à la concurrence et le choix du partenaire cocontractant par l'opérateur public s'opèrent dans l'ordre de priorité suivant :

- les opérateurs publics nationaux,
- les entreprises privées nationales,
- les entreprises étrangères offrant une garantie d'Etat,
- les entreprises étrangères offrant des garanties appropriées de bonne exécution ».

En outre, « le choix du cocontractant s'effectue dans le cadre des orientations générales et directives du Gouvernement » (Art. 52). Ce à quoi il faut ajouter que « les marchés conclus par les opérateurs publics sont soumis au contrôle, préalablement à leur mise en vigueur, durant et après leur exécution » (Art. 105).

Enfin, la conclusion du contrat est soumise au visa préalable de la commission des marchés qui peut refuser de le délivrer (Art. 151).

En 1988, la loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques rompt avec une telle démarche et l'entreprise publique recouvre sa liberté contractuelle⁽¹⁸⁾.

L'article 7 de la loi précitée dispose en effet que « l'entreprise publique économique à la pleine capacité juridique de stipuler, s'engager et contracter, d'une manière autonome, par le biais de ses organes habilités à cette fin, par les statuts, conformément aux règles du commerce et aux dispositions législatives en vigueur en

matière d'obligations civiles et commerciales ». Quant à l'article 59, il précise que « les entreprises publiques économiques et les établissements publics à caractère industriel et commercial, régis par les règles de droit commercial, ne sont pas assujettis aux dispositions de l'ordonnance n° 67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics ».

En application de telles dispositions, le décret de 1982 est amendé de sorte qu'il ne s'applique plus aux contrats des entreprises publiques. Les textes ultérieurs confirment une telle tendance : c'est le cas de l'ordonnance relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat qui qualifie les entreprises de sociétés commerciales régies par le droit commun⁽¹⁹⁾, c'est le cas également de l'ordonnance relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques dont l'article 2 précise que « les entreprises publiques économiques sont des sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient directement ou indirectement la majorité du capital social. Elles sont régies par le droit commun »⁽²⁰⁾.

Enfin, les différents textes relatifs aux marchés publics excluent l'entreprise publique de leur champ d'application. Il en est ainsi du décret présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010 modifié et complété portant réglementation des marchés publics dont l'article 2, après plusieurs modifications, précise que « Les entreprises publiques économiques ne sont pas soumises au dispositif de passation des marchés prévu par le présent décret. Toutefois, elles sont tenues d'élaborer et de faire adopter, par leurs organes sociaux, des procédures de passation de marchés, selon leurs spécificités, fondées sur les principes de liberté d'accès à la commande, d'égalité de traitement des candidats et de transparence »⁽²¹⁾.

Enfin, à l'occasion de la refonte du texte réglementaire, le nouveau dispositif prévoit à l'article 9 que « Les entreprises publiques économiques ne sont pas soumises au dispositif de passation des marchés publics prévu par le présent titre. Toutefois, elles sont tenues d'élaborer et de faire adopter, par leurs organes sociaux, des procédures de passation de marchés, selon leurs spécificités, fondées sur les principes de liberté d'accès à la commande, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »⁽²²⁾.

Ainsi, le régime des marchés publics ne s'applique plus à l'entreprise en ce qu'il ne concerne que l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif. Quant à l'entreprise publique, elle recouvre sa capacité de contracter en toute liberté dans le cadre du dispositif juridique de droit commun que constituent le code civil et le code de commerce.

3 - Rapports de l'entreprise à l'Etat

La loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 rompt avec une pratique ancrée qui consiste à imposer à l'entreprise un ensemble de sujétions qui n'ont aucune relation avec son activité ou qui sont susceptibles de grever sa trésorerie. Outre la pratique des prix réglementés à laquelle elle est soumise, l'entreprise reçoit des injonctions en vue de répondre aux besoins de la population de sorte qu'elle exerce souvent des missions de service public à part entière.

En vertu de la loi d'orientation sur les entreprises publiques, « lorsque l'entreprise publique économique subit des sujétions de service public, il lui est attribué, selon les procédures budgétaires, une dotation financière équivalente aux charges subies à ce titre, et évaluée conformément à la réglementation en vigueur. Dans tous les cas, ladite subvention est prédéterminée » (Art. 57). Si l'Etat peut

imposer des obligations de service public à l'entreprise, il ne peut le faire que moyennant compensation financière de telles charges.

Dès lors que les objectifs des pouvoirs publics s'écartent de la logique de l'entreprise, cette dernière a droit à une rémunération des charges que l'Etat fait peser sur elle, ce qui aboutit à la dissociation entre les notions d'entreprise et de service public. Formule d'autonomie qui rappelle la technique des contrats de programme du droit français où les engagements réciproques des parties sont fixés à la suite d'une série de consultations⁽²³⁾. Il s'agit de contrats pluriannuels où l'Etat définit les objectifs publics, l'entreprise établit son plan d'entreprise, enfin le contrat fixe les engagements réciproques⁽²⁴⁾.

L'ordonnance de 2001 est plus explicite quant au moule dans lequel se nouent les rapports entre l'Etat et l'entreprise. L'article 7 du texte en question dispose en effet que « des conventions peuvent être conclues entre l'Etat représenté par le Conseil des Participations de l'Etat visé à l'article 8 ci-dessous et les entreprises publiques économiques soumises à des sujétions de service public ». On passe ainsi de la prescription au contrat : l'entreprise est habilitée à négocier les clauses du contrat en fonction de ses intérêts propres.

Au plan pratique, on peut citer la convention conclue entre l'Etat et la société nationale des transports ferroviaires (S.N.T.F.)⁽²⁵⁾ et ce, avant qu'elle ne soit transformée en établissement public à caractère industriel et commercial en 1990⁽²⁶⁾. A titre d'exemple, l'article 8 de la convention stipule que « lorsque l'Etat estime nécessaire un abaissement des tarifs applicables à certains transports ou demande d'effectuer des transports à titre gratuit, il indemnise la société nationale des transports ferroviaires du montant correspondant à la perte de recettes résultant de l'abaissement en cause ou de la gratuité, compte tenu des tarifs en vigueur ». Ainsi, dans la situation où les rapports de l'Etat à l'entreprise se contractualisent, la part des liens prescrits de manière unilatérale y régresse au profit des liens consentis.

Une telle pratique contractuelle est susceptible d'être mise en œuvre essentiellement dans les activités économiques soumises à des sujétions de service public comme dans le domaine des télécommunications, de la distribution du gaz et de l'électricité ou encore de l'eau.

B – L'entreprise publique : une société commerciale

En vertu des dispositions de l'article 5 de la loi relative n° 88-01 du 12 janvier 1988, « Les entreprises publiques économiques sont des sociétés par actions ou des sociétés à responsabilité limitée dont l'Etat et/ou les collectivités locales détiennent, directement ou indirectement, la totalité des actions et/ou parts sociales »⁽²⁷⁾. A l'occasion de la refonte de la législation ayant trait aux entreprises publiques en 2001, le législateur opte pour une nouvelle définition : selon les termes de l'article 2 de l'ordonnance du 20 août 2001, il n'est plus nécessaire que l'Etat ou les personnes morales de droit public détiennent la totalité du capital social pour l'entreprise relève du secteur public. En effet, l'article en cause dispose : « Les entreprises publiques économiques sont des sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient directement ou indirectement la majorité du capital social. Elles sont régies par le droit commun ». Ainsi, la détention de la majorité du capital suffit pour que l'entreprise ait le caractère public⁽²⁸⁾. C'est la position du Conseil d'Etat français qui considère comme entreprise du secteur public toute entreprise dont plus de la moitié du capital social est détenu par les collectivités publiques⁽²⁹⁾.

Par ailleurs, l'article 5 de l'ordonnance de 2001 dispose que « La création, l'organisation et le fonctionnement des entreprises publiques économiques obéissent aux formes propres aux sociétés de capitaux prévues par le code de commerce ». Il ressort de ces dispositions que l'entreprise publique est une société commerciale intégralement soumise au Code de commerce⁽³⁰⁾. A ce titre, elle est assimilable à l'entreprise privée sauf que les actionnaires ou les détenteurs des parts sociales de l'entité sont des personnes morales de droit public.

En représentation du capital social de l'entreprise, l'Etat ou les personnes morales de droit public actionnaires détiennent des fonds publics sous forme d'actions, de titres participatifs, de certificats d'investissements, de parts sociales ou autres valeurs mobilières et dont les modalités d'émission, d'acquisition et de cession sont prévues par le Code de commerce.

Par ailleurs, dans la mesure où l'entreprise publique adopte le moule de la société commerciale, il va sans dire qu'elle est tenue de reproduire les organes sociaux prévus par le Code de commerce, soit une assemblée générale, un organe d'administration⁽³¹⁾ et un organe de gestion. Comme dans le cas de toute société par actions, l'entreprise publique est dirigée soit par un directeur général, soit par un directoire, elle est administrée soit par un conseil d'administration, soit par un conseil de surveillance, les deux organes agissant sous le contrôle de l'assemblée générale⁽³²⁾.

En outre, dans la mesure où l'entreprise publique est régie par les dispositions du Code de commerce, elle se voit appliquer tout le dispositif du Livre III sur les faillites. C'est ainsi que l'article 217 du Code de commerce précise que « Les sociétés à capitaux totalement ou partiellement publics sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires ».

Par ailleurs, l'article 4 de l'ordonnance de 2001 dispose : « Le patrimoine des entreprises publiques économiques est cessible et aliénable conformément aux règles de droit commun et des dispositions de la présente ordonnance. Leur capital social constitue le gage permanent et irréductible des créanciers sociaux ». De telles dispositions tranchent avec celles en vigueur sous l'empire de la Constitution de 1976 qui considérait irréversible l'appropriation par l'Etat des moyens de production et proclamait le caractère inaliénable des biens gérés par les entreprises publiques. D'ailleurs avant même l'adoption de la Constitution de 1976, un texte législatif a été adopté en vue de régler la question des dettes imputables aux entreprises publiques : pour écarter toute procédure de saisie sur les biens de l'entreprise, le texte législatif précise en son article 5 que « Les justiciables bénéficiaires de décisions de justice portant condamnations pécuniaires (...) des entreprises socialistes (...), peuvent recouvrer, auprès du trésor public et dans les conditions ci-après déterminées, le montant de leurs créances »⁽³³⁾. Le texte en cause a été abrogé par une loi du 8 janvier 1991 qui remet en cause la garantie du trésor public et soumet ainsi l'entreprise publique aux règles de droit commun en matière de saisie. En effet, l'article 5 de la loi dispose : « Les justiciables bénéficiaires de décisions de justice portant condamnations pécuniaires de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics à caractère administratif peuvent recouvrer auprès du trésor public et dans les conditions déterminées aux articles 6 et suivants de la présente loi, le montant de leurs créances »⁽³⁴⁾.

En somme, les biens de l'entreprise publique sont non seulement aliénables mais répondent également des engagements de l'entreprise de sorte qu'ils peuvent être saisis par les créanciers de cette dernière comme dans le cas de toute société commerciale.

Les entreprises publiques apparaissent ainsi comme des sociétés de droit commun qui exercent des activités de production, de distribution ou de services au sens de l'ordonnance relative à la concurrence. « Cette reconnaissance de leur commercialité va de pair avec l'application des règles de concurrence puisqu'il faut et il suffit qu'elles se livrent à des activités économiques pour y être assujetties »⁽³⁵⁾.

En vertu de l'article 2 de l'ordonnance de 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence, « Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent, nonobstant toutes autres dispositions contraires :

- aux activités de production, y compris agricoles et d'élevage, aux activités de distribution dont celles réalisées par les importateurs de biens pour la revente en l'état, les mandataires, les maquignons et chevillards, aux activités de services, d'artisanat et de la pêche, ainsi qu'à celles qui sont le fait de personnes morales publiques, d'associations et de corporations professionnelles, quels que soient leur statut, leur forme et leur objet ;
- aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché ».

Par ailleurs, l'article 3 du texte législatif précise qu'il est entendu par la notion d'entreprise « toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant d'une manière durable des activités de production, de distribution, de services ou d'importation ».

Le législateur opte ainsi pour un critère matériel pour l'applicabilité des dispositions de l'ordonnance, rejetant par là-même la conception organique de l'entreprise. Le champ d'application de l'ordonnance est ainsi défini en termes non d'entité mais en termes d'activité : si les entreprises publiques ne font pas « l'objet d'un traitement particulier : cela confirme leur soumission de principe au droit de la concurrence »⁽³⁶⁾.

En tant que sociétés commerciales, les entreprises publiques sont soumises de plein droit au droit de la concurrence et à la compétence du Conseil de la concurrence et ce, en ce qu'elles exercent des activités de production, de distribution ou de services et ce, au même titre que n'importe quel opérateur privé.

C'est ainsi que sous l'empire de l'ordonnance de 1995, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de connaître de pratiques imputables à des entreprises publiques. C'est ainsi qu'il a rendu deux décisions sanctionnant des abus de position dominante imputables à deux entreprises publiques, l'une relative à des pratiques mises en œuvre par l'entreprise SNTA, la seconde aux pratiques d'abus de l'ENIE de Sidi-Bel-Abbès.

Dans une première décision, le Conseil de la concurrence enjoint à la Société nationale des tabacs et allumettes (unité de Tiaret) de mettre fin immédiatement aux pratiques abusives qui lui étaient imputées et qualifiées de pratiques de ventes conditionnées et discriminatoires selon les termes de l'ordonnance de 1995⁽³⁷⁾.

Dans une seconde décision du 23 juin 1999, le Conseil de la concurrence fait injonction à l'entreprise publique ENIE de mettre fin aux pratiques auxquelles elle s'est livrée en violation des dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence (art. 7 de l'ordonnance de 1995 portant sur l'abus de position dominante) et ce, en ces termes : « Il est fait injonction à l'Entreprise nationale des industries électroniques (unité de Sidi-Bel-Abbès) de mettre fin immédiatement aux pratiques auxquelles elle s'est livrée en violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance relative à la concurrence »⁽³⁸⁾. En conséquence, l'entreprise est tenue de renégocier les termes des contrats qui la lient à ses partenaires tels les grossistes de manière à en élaguer toutes les stipulations leur accordant des privilèges au détriment d'autres opérateurs.

On retrouve le même type d'injonction dans la décision du Conseil rendue à propos des pratiques d'abus de position dominante imputées à la Société algérienne des foires et expositions⁽³⁹⁾.

Sous l'empire de l'ordonnance de 2003, et dans une affaire plus récente, un groupe de distributeurs privés de lubrifiants dénonce des pratiques restrictives à la concurrence imputables à l'entreprise publique SONATRACH avec la complaisance de l'Autorité de Régulation de Hydrocarbures (ARH). Après examen du dossier relatif à l'affaire, le conseil a prononcé la recevabilité de la saisine et fait injonction à SONATRACH « de récupérer l'activité de vente des lubrifiants aux distributeurs et ce, en vue d'éviter de recréer une situation de monopole en faveur de NAFTAL qui, en plus, demeure une de ses filiales »⁽⁴⁰⁾. Toutefois, dans la mesure où SONATRACH reconnaît l'infraction qui lui est reprochée et s'engage à ne plus commettre d'infractions liées à l'application des dispositions des textes régissant la concurrence, il lui est fait application des dispositions de l'article 60 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée⁽⁴¹⁾ : elle est exonérée de la sanction pécuniaire en contrepartie de l'engagement à souscrire par écrit, « dans un délai maximum de deux mois à compter de la notification de cette décision, aux opérations suivantes qui feront l'objet de suivi et évaluation périodique par le Conseil de la concurrence :

- Le transfert des dossiers des distributeurs privés de NAFTAL vers SONATRACH en vue de leur approvisionnement direct et régulier.
- Le traitement de l'ensemble des distributeurs privés ou publics sur un même pied d'égalité et sans discrimination de prix, de qualité ou de répartition des quantités »⁽⁴²⁾.

II – Les aides de l'Etat sous le prisme du droit de la concurrence

On assiste depuis la promulgation de la loi de finances complémentaire pour 2009 non seulement à un reflux de la privatisation des entreprises publiques, mais également à un redéploiement du secteur public qui confirme la thèse de la résurgence de l'Etat producteur. Il s'agit en somme de la remise en cause de toute la politique de privatisation des entreprises publiques et de la mise en branle d'une action de grande envergure de réhabilitation d'entreprises dont le mode de gestion aboutit à alourdir de manière continue les charges du trésor public.

Dans un rapport édité en novembre 2009, le ministère des finances estimait la dette totale des entreprises publiques à plus de 300 milliards de dinars. Le rapport précise que « Cent cinquante entreprises en difficulté requièrent une intervention urgente de l'Etat pour assurer leur avenir » et d'ajouter que l'objectif est de « mettre un terme à la pression financière constante résultant de l'injection continue par le Trésor public de grandes quantités d'argent pour garantir la survie de ces entreprises ». Parmi les entreprises ciblées par le rapport, on peut citer cinq d'entre elles que sont SAIDAL, Air Algérie, la Compagnie nationale de l'industrie automobile (CNIA), le Comptoir national des industries électroniques et la Société de production de matériaux de construction⁽⁴³⁾.

Si la réhabilitation du secteur public marchand ne pose pas de problème particulier eu égard aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence, il en va différemment lorsque l'Etat prend en charge de manière systématique les opérations de restructuration financière d'entreprises déstructurées au moyen de subventions du trésor qui s'analysent comme des aides d'Etat. Se pose ainsi la question de savoir si de telles aides n'ont pas pour effet de fausser le jeu de la libre concurrence sur un segment du marché dans la mesure où elles favorisent les entreprises publiques qui ne sont pas soumises en conséquence à la sanction du marché.

A – Le principe de la prohibition

1 - L'objet de la prohibition : la notion d'aide

Dans le droit de l'union européenne, la notion d'aide englobe toutes les « interventions qui sous des formes diverses allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise »⁽⁴⁴⁾. A cela il convient d'ajouter que du point de vue finaliste, l'aide a pour caractéristique d'être « spécialement destinée à la poursuite d'une fin déterminée, laquelle ne pourrait en général être atteinte sans un concours étranger »⁽⁴⁵⁾. Pour qu'une mesure soit ainsi qualifiée, il est nécessaire « qu'elle comporte une charge pécuniaire pour les finances publiques, soit sous la forme d'une dépense, soit sous la forme d'une recette en moins »⁽⁴⁶⁾.

Au niveau des organismes internationaux on retiendra que pour l'OMC, la notion de subvention comporte trois éléments :

- c'est une contribution financière ;
- elle est allouée par les pouvoirs publics ou par tout organisme public du ressort territorial d'un État membre ;
- elle confère enfin un avantage.

En droit comparé, et pour le Conseil d'Etat français, « l'aide peut indifféremment prendre la forme d'une subvention proprement dite, d'une bonification d'intérêt, d'une garantie de prêt à des conditions plus favorables que celles du marché ou d'un taux de réescompte préférentiel à l'exportation. Elle peut aussi consister en une exonération fiscale, un allègement des charges sociales dues par l'entreprise, un tarif préférentiel consenti pour une fourniture déterminée ou des facilités de paiement octroyées par un organisme public »⁽⁴⁷⁾. En somme, l'aide peut prendre une multitude de formes comme l'ont fait remarquer les télévisions privées qui ont mis en cause « un ensemble de mesures d'aides d'État qui comportaient des recapitalisations, des rééchelonnements de dettes, des aides au fonctionnement, des allègements fiscaux et divers autres éléments d'aides d'État »⁽⁴⁸⁾.

En Algérie, la notion d'aide d'Etat ne figure dans aucun texte juridique. C'est plutôt celle de subvention que l'on retrouve dans certains dispositifs juridiques, notamment à propos des compensations octroyées par l'Etat pour couvrir les dépenses d'entreprises publiques soumises à des sujétions de service public.

2 – Les justifications de la prohibition des aides

L'analyse littérale du texte de l'ordonnance relative à la concurrence ne permet pas de conclure à l'effet restrictif de concurrence des actes de la puissance publique par lesquels celle-ci intervient au profit des entreprises publiques en vue de les faire bénéficier d'aides destinées à leur permettre de s'affranchir des règles de rentabilité. En effet, le texte en cause ne vise que les ententes, les abus de position dominante, l'abus de dépendance économique ou exploitation abusive d'un état de dépendance économique, les pratiques de prix abusivement bas, les pratiques exclusives.

Toutefois, au-delà de l'analyse littérale, on découvre qu'il y a lieu d'établir une distinction entre :

- Les règles de la concurrence : celles contenues dans le dispositif de l'ordonnance et qui se déclinent comme un ensemble de prescriptions imposant aux entreprises des comportements de nature à garantir une saine concurrence sur les marchés.
- Le principe de libre concurrence : il s'impose aux pouvoirs publics dans le cadre du fonctionnement et de l'activité des organes de l'administration.

En somme, si les aides de l'Etat ne portent pas nécessairement atteinte aux règles de la concurrence, en revanche, elles créent une distorsion de concurrence. L'article 1^{er} de l'ordonnance de 2003 précise en effet que le texte « a pour objet de

fixer les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché, de prévenir toute pratique restrictive de concurrence et de contrôler les concentrations économiques afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs ». La notion d'efficacité économique ne peut en effet s'accommoder d'un régime d'aides qui fausse le jeu de la concurrence entre entreprises publiques et privées. Le principe de base du droit de la concurrence consiste en effet à orienter les comportements des entreprises dans le sens d'une saine compétition de sorte qu'elles fournissent les meilleurs produits aux meilleurs coûts. Le principe de libre concurrence se décline ainsi comme un instrument d'une politique économique bénéfique pour le consommateur en ce qu'il se traduit par une compétition autour des prix, profitable aux entreprises dans la mesure où il incite sans cesse au dynamisme, avantageux pour l'économie d'une manière générale en ce sens que sa mise en œuvre participe d'une lutte contre les effets pervers de l'inflation.

Par ailleurs, il est nécessaire que l'entreprise subisse ce qu'on appelle la contrainte d'incitation : « une entreprise si elle sait par exemple à l'avance que ses dépenses, ses coûts vont être couverts par la compensation, eh bien elle n'est pas incitée à faire des efforts amenant à une réduction des coûts »⁽⁴⁹⁾. En effet, les contraintes concurrentielles imposent « une gestion financièrement plus efficace et constamment adaptée à des évolutions rapides, obligent les entreprises à se doter d'une gouvernance davantage réactive et vigilante »⁽⁵⁰⁾.

Lorsque l'Etat adopte une législation sur la concurrence, on en déduit qu'il accepte le principe « que les autorités publiques agissant dans le champ économique doivent se comporter comme des investisseurs privés en économie de marché »⁽⁵¹⁾.

En déployant des opérations d'aides systématiques au profit d'entreprises du secteur public, l'Etat contrevient au principe de libre concurrence en ce sens que ces dernières échappent à la compétition et ne subissent plus la contrainte qui pousse les opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en termes de qualité et de prix pour s'imposer sur le marché.

Comme le fait remarquer un auteur, « l'aide se traduit par une prise en charge par les pouvoirs publics d'une partie des coûts qui incombent normalement à l'entreprise bénéficiaire, qu'il s'agisse de la recherche, des investissements de la main d'œuvre, des matières premières, ou encore de la commercialisation »⁽⁵²⁾. En apportant une telle aide à l'entreprise, « l'Etat modifie le jeu de la concurrence en rompant artificiellement l'égalité des moyens et partant des chances des entreprises venant en compétition »⁽⁵³⁾.

En outre, les entreprises en cause échappent à la sanction du marché qui se traduit par la mise en faillite de toute entreprise non performante. L'aide d'Etat « a pour objectif essentiel de maintenir en vie des entreprises qui, sans cette intervention, auraient été amenées à disparaître »⁽⁵⁴⁾. C'est pourquoi l'aide fausse la concurrence dans la mesure où « elle supprime la sanction normale du jeu de l'économie de marché qui est la suppression des entreprises non compétitives »⁽⁵⁵⁾. Dès lors, l'entreprise publique ne peut être assimilée à l'entreprise privée en ce qu'elle échappe à la discipline de la concurrence et de la responsabilité et ce, comme en témoignent les dispositions de l'article 217 du Code de commerce qui, après avoir énoncé que « Les sociétés de capitaux totalement ou partiellement publiques sont soumises aux dispositions du présent titre relatif aux faillites et règlements judiciaires », ajoutent que « Les mesures de désintéressement des créanciers peuvent être toutefois prises par l'autorité publique habilitée par voie réglementaire.

Les mesures visées à l'alinéa ci-dessus emportent clôture de la procédure en cours conformément aux dispositions de l'article 357 ci-dessous ».

C'est dire que les entreprises publiques ne sont pas des sociétés commerciales ordinaires et peuvent ainsi échapper à la sanction du marché dans la mesure où l'Etat ne se comporte pas comme un investisseur privé sur le marché.

C'est ainsi par ricochet que le droit de la concurrence peut être opposable à l'Etat dans ses rapports financiers à l'entreprise publique. Ce dernier ne peut, sans violer le principe de libre concurrence, fausser les conditions d'une libre concurrence entre agents économiques, notamment en recourant aux dispositifs classiques de subventions au profit des entreprises du secteur public. Le droit comparé fournit de précieuses indications dans ce sens comme dans le cas d'aides de l'Etat français à des entreprises publiques telles Air France⁽⁵⁶⁾ ou le Crédit Lyonnais⁽⁵⁷⁾.

Toutefois, il n'existe pas de sanction prévue dans le texte et le Conseil de la concurrence n'est pas compétent s'agissant d'un acte administratif. C'est le juge administratif qui est habilité à annuler l'acte en ce qu'il comporte des effets nocifs sur le libre jeu de la concurrence. Il reste que de telles mesures sont généralement prises par voie législative, dans les lois de finances, ce qui écarte toute possibilité de mise en échec de telles interventions des pouvoirs publics devant le juge de l'excès de pouvoir.

B – Les tempéraments au principe de l'interdiction

Au-delà de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence, le principe comporte certaines dérogations qui se justifient par les missions particulières qui peuvent leur être imparties par les pouvoirs publics. « C'est moins alors le statut d'entreprise publique en tant que telle qui justifie des aménagements du régime de la concurrence, que la mission particulière attribuée à des entreprises publiques : il se trouve que cette mission pèse souvent sur elles et que les aménagements leur profitent particulièrement »⁽⁵⁸⁾.

On distingue entre deux types d'aménagements au principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence : d'abord dans le cas de l'exercice de missions de service public, ensuite lorsque l'entreprise exerce des fonctions administratives qui relèvent traditionnellement de la compétence de l'administration publique. Lorsque l'entreprise publique exerce ce type de missions, étrangères aux activités à caractère commercial et industriel, l'Etat est en droit de subventionner les entreprises en cause du fait qu'elles subissent des sujétions exorbitantes.

1 – L'exercice de missions étrangères à l'activité économique

En vertu de l'article 55 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, « Lorsque l'entreprise publique économique est régulièrement habilitée à gérer, dans le cadre de la mission qui lui est dévolue, des ouvrages publics ou une portion du domaine public artificiel, la gestion des biens domaniaux est assurée conformément à la législation régissant le domaine public.

Dans ce cadre, la gestion s'effectue conformément à un contrat administratif de concession et un cahier de clauses générales. Le contentieux portant sur les dépendances du domaine public est de nature administrative »⁽⁵⁹⁾.

De telles dispositions, toujours en vigueur, signifient que l'entreprise publique est habilitée à gérer pour le compte de l'Etat une portion du domaine public qu'elle met à la disposition du public ou des entreprises. A ce titre, elle subit des charges étrangères à son activité d'agent économique. Il en est ainsi lorsqu'elle réalise des équipements permettant l'utilisation de la dépendance domaniale ou lorsqu'elle engage des dépenses destinées à l'entretien des biens publics en cause. Ici, l'entreprise est en droit de bénéficier de subventions destinées à la couverture des frais d'entretien ou de réalisation des équipements qui sont mis à sa charge. Les

mesures prises dans ce cadre par l'entreprise publique sont de nature administrative, ce qui explique qu'elles relèvent de la compétence du juge administratif.

Par ailleurs, on se retrouve dans la même situation en application des dispositions de l'article 56 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques. Celui-ci prévoit que « Lorsque l'entreprise publique économique est régulièrement habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique et, qu'a ce titre, elle délivre au nom et pour le compte de l'Etat, des autorisations, licences et autres actes administratifs, les modalités et conditions d'exercice de ces prérogatives, ainsi que celles du contrôle y afférents, font préalablement l'objet d'un règlement de service établi conformément à la législation et à la réglementation en vigueur. Le contentieux y afférent est régi par les règles applicables à l'administration »⁽⁶⁰⁾. Ici encore, on se retrouve face à une mission étrangère à l'activité économique de l'entreprise et qui est susceptible de lui occasionner des dépenses n'ayant aucun rapport avec son objet social.

2 – La soumission de l'entreprise publique à des sujétions de service public

En vertu de l'article 57 de la loi d'orientation sur les entreprises publiques, « Lorsque l'entreprise publique économique subit des sujétions de service public, il lui est attribué, selon les procédures budgétaires, une dotation financière équivalente aux charges subies à ce titre, et évaluée conformément à la réglementation en vigueur. Dans tous les cas, ladite subvention est prédéterminée ».

De telles dispositions, toujours en vigueur, sont reprises par l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques dont l'article 7 précise que « Des conventions peuvent être conclues entre l'Etat représenté par le Conseil des Participations de l'Etat visé à l'article 8 ci-dessous et les entreprises publiques économiques soumises à des sujétions de service public »⁽⁶¹⁾.

On le sait, les activités de service public sont généralement prises en charge par des établissements publics. Toutefois, il arrive souvent qu'elles le soient par des entreprises publiques ou même des personnes privées dans le cadre des formules de délégation de service public⁽⁶²⁾.

En droit comparé, l'article 77 du traité de Rome admet « les aides... qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » (art. 73 dans la version consolidée après le traité d'Amsterdam). De même, la directive du 19 décembre 1996 sur le marché intérieur de l'électricité admet en son article 3.2 que « les Etats membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public, dans l'intérêt économique général, qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et les prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement ».

En Algérie, divers textes législatifs mettent à la charge des entreprises publiques un ensemble de sujétions exorbitantes que justifient les missions de service public dont elles ont la charge. On peut mentionner, à titre d'exemple, celles intervenant dans le transport aérien d'une part et celles ayant la charge de services publics en réseaux.

2.1. – L'entreprise publique de transport aérien

Si la loi relative à l'aviation civile autorise la réalisation et l'exploitation d'un aéroport, d'un aéroport ou d'une héliport ouverts à la circulation aérienne publique par des personnes physiques de nationalité algérienne ou des personnes morales de droit algérien et ce, sur la base d'une convention⁽⁶³⁾, il reste que le

transport aérien comporte des charges de service public. C'est pourquoi l'article 9 de la loi précitée prévoit que « Le transport aérien public et les services de travail aérien sont assurés par une ou plusieurs compagnies nationales de transport aérien.

Une ou plusieurs compagnies nationales de transport aérien peuvent être chargées d'assurer les sujétions de service public en contrepartie d'une compensation financière versée par l'Etat et ce, conformément aux droits et obligations du cahier des charges fixé par voie réglementaire ».

Un décret exécutif du 27 décembre 2003 établit le cahier des charges applicable à la compagnie nationale de transport aérien chargée d'assurer des sujétions de service public : il précise en son article 1^{er} : « En application des dispositions de l'article 9 de la loi n° 98-06 du 27 juin 1998, modifiée et complétée, susvisée, le présent décret a pour objet de définir le cahier des charges applicable à la compagnie nationale de transport aérien qui est chargée d'assurer des sujétions de service public en contrepartie d'une compensation financière versée par l'Etat. Cette compensation est inscrite au budget de l'Etat »⁽⁶⁴⁾.

De manière plus précise, le cahier des charges précise en son article 2 : « En contrepartie de la réalisation de ces sujétions de service public, la compagnie nationale désignée ci-dessus reçoit de l'Etat une compensation financière juste et équitable ».

Au plan pratique, les contributions de sujétions de service public sont inscrites au budget du ministère en charge de l'aviation civile. La compagnie nationale adresse au ministre chargé de l'aviation civile, avant le 30 avril de chaque année, une évaluation des subventions qui doivent lui être allouées pour la couverture des charges réelles induites par les sujétions de service public qui lui sont imposées par l'Etat pour l'exercice en cours. S'agissant du montant des dotations, il est arrêté en commun par le ministre chargé des finances et le ministre chargé de l'aviation civile. Il reste que le cahier des charges prévoit que « Les dotations de crédits peuvent faire l'objet d'une révision en cours d'exercice, au cas où de nouvelles sujétions de service public sont imposées à la compagnie nationale ».

Enfin, un bilan de l'utilisation des contributions de l'Etat doit être obligatoirement transmis au ministre chargé des finances à la fin de chaque exercice budgétaire.

2.2. – Les services publics en réseaux

2.2.1. - L'électricité et le gaz

La loi du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations précise en son article 1^{er} que les activités liées à la production, au transport, à la distribution, à la commercialisation de l'électricité ainsi qu'au transport, à la distribution et à la commercialisation du gaz par canalisations « sont assurées, selon les règles commerciales, par des personnes physiques ou morales de droit public ou privé et exercées dans le cadre du service public ». Par ailleurs, l'article 3 du même texte législatif dispose que « La distribution de l'électricité et du gaz est une activité de service public ». Ce dernier « a pour objet de garantir l'approvisionnement en électricité et en gaz, sur l'ensemble du territoire national, dans les meilleures conditions, de sécurité, de qualité, de prix et de respect des règles techniques et de l'environnement »⁽⁶⁵⁾. C'est ce qui explique que SONELGAZ ait été érigée en établissement public à caractère industriel et commercial⁽⁶⁶⁾. Si la loi relative à l'électricité et au gaz l'a transformée en holding de sociétés par actions, il reste qu'elle continue, en dépit de la mutation de sa nature juridique, à exercer des missions de service public comme en témoignent les dispositions de l'article 7 de ses

nouveaux statuts qui précisent que l'entreprise publique « assure une mission de service public conformément à la législation et la réglementation en vigueur »⁽⁶⁷⁾.

L'exercice de l'activité de distribution est régi, comme toute activité de service public, par les lois de Rolland : principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité. A ce titre, l'article 5 du texte réglementaire ayant trait à la concession de distribution d'électricité et du gaz dispose que « Les principes généraux de la concession de distribution d'électricité et/ou du gaz sont notamment : (...) l'obligation pour le concessionnaire de respecter les principes de continuité et d'adaptabilité du service concédé, l'égalité de traitement des clients ainsi que toute autre obligation résultant des missions de service public »⁽⁶⁸⁾. Quant à l'article 12 du cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire de distribution de l'électricité et/ou du gaz, il prévoit que « le concessionnaire a l'obligation, pendant toute la durée de la concession, d'assurer le service concédé dans les meilleures conditions de continuité et de qualité sur l'ensemble du périmètre de la concession »⁽⁶⁹⁾ et ce, même en cas d'exploitation déficitaire.

Au plan pratique, le distributeur est tenu de livrer l'électricité et le gaz en permanence, hors le cas d'interruption motivée par des intempéries ou en cas de force majeure⁽⁷⁰⁾ ; il est tenu de prévoir des groupes de secours dans chaque site de production, à charge pour la commission de régulation de l'électricité et du gaz de s'assurer que la capacité installée permet la garantie de la continuité du service. Par ailleurs, et au titre du principe de l'adaptabilité du service, le concessionnaire doit s'engager « à améliorer les critères de performance en matière d'exploitation de service concédé sur les plans technique, commercial, économique et financier ainsi qu'en matière de respect des obligations du service public »⁽⁷¹⁾. Quant au principe d'égalité qui s'impose au bénéficiaire de la concession, la réglementation prévoit que « A conditions identiques, le distributeur est tenu à tous les égards à une stricte égalité de traitement vis-à-vis des clients quels qu'ils soient »⁽⁷²⁾.

En contrepartie des charges et sujétions exorbitantes qui pèsent sur l'entreprise publique délégataire, celle-ci bénéficie de droits et avantages. En effet, lorsque de telles sujétions de service public sont de nature à porter atteinte à l'équilibre financier de l'exploitation de l'activité et à sa rentabilité, elle bénéficie d'une compensation financière. L'article 4 de la loi du 5 février 2002 dispose en effet que « Toute sujétion de service public donne lieu à rémunération par l'Etat, après avis de la commission de régulation, notamment dans les cas suivants :

- les surcoûts issus de contrats de fourniture et d'achat d'énergie imposés par l'Etat ;
- les participations en faveur de client spécifique ;
- les surcoûts des activités de production et de distribution dans des régions particulières ;
- les contraintes identifiées comme telles par la commission de régulation ».

Au plan pratique, il appartient à la Commission de régulation de l'électricité et du gaz d'établir « le calcul des coûts et pertes relatifs aux sujétions de service public et aux coûts de transition »⁽⁷³⁾ et ce, en ce que le texte législatif l'investit « d'une mission de réalisation et de contrôle du service public de l'électricité et de la distribution du gaz par canalisations »⁽⁷⁴⁾.

Enfin, l'Etat peut imposer à l'entreprise le déplacement ou la modification d'ouvrages de production, de transport ou de distribution d'électricité ou de distribution publique de gaz, notamment pour des motifs liés à l'aménagement, l'urbanisme, l'environnement. Dans ce cas de figure, et « Lorsqu'il s'avère indispensable que les travaux de déplacement d'ouvrage doivent être réalisés, l'entreprise bénéficiera des délais nécessaires à l'exécution du déplacement ou à la

modification des ouvrages concernés ». Par ailleurs, lorsque le déplacement ou les modifications apportées aux ouvrages en cause sont imposés par l'Etat à titre de sujétion de service public, « les frais de déplacement ou de la modification sont pris en charge sur le budget de l'Etat »⁽⁷⁵⁾. Dans toutes ces situations, les compensations financières octroyées par l'Etat ne sont pas de nature à fausser le jeu de la libre concurrence dans la mesure où il s'agit de sujétions de service public qui ne relèvent pas de l'activité économique de l'entreprise publique comme une société commerciale soumise aux règles de la rentabilité.

2.2.2. - Le secteur des télécommunications

L'activité des télécommunications a toujours été considérée comme une activité de service public. Au point de vue de ses modalités de gestion, le service public était exploité sous le régime de la régie en ce que c'est l'administration centrale qui prend en charge la gestion des activités et ce, sans qu'il n'y ait création d'une personne publique distincte de l'Etat. Toutefois, à l'occasion de la réforme du secteur en 2000⁽⁷⁶⁾, le législateur renonce au régime de la régie en confiant l'activité postale à un établissement public à caractère industriel et commercial⁽⁷⁷⁾ tandis que l'exploitation des télécommunications est dévolue à un opérateur public : Algérie Télécom Mobile qui est une entreprise publique à caractère économique.

Dans la mesure où l'exploitation d'activités de télécommunications constitue une activité de service public, le législateur en soumet la délégation à un ensemble de sujétions auxquelles correspondent des droits et prérogatives au profit du délégataire.

S'agissant des sujétions de service public qui pèsent sur le délégataire, il y a lieu de noter les trois règles fondamentales qui gouvernent traditionnellement l'ensemble des services publics : la continuité, l'égalité et l'adaptabilité du service. C'est ce que prévoient les dispositions des articles 8 et 9 de la loi relative aux télécommunications qui précisent que le délégataire est tenu à la mise à disposition des usagers d'un service minimum « et ce, dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité ». Le délégataire se voit plus précisément imposer un ensemble de charges que le législateur traite sous le générique de service universel⁽⁷⁸⁾ : dans le domaine des télécommunications, le service universel consiste en la mise à la disposition du public usager d'une desserte en cabines téléphoniques installées sur la voie publique, de l'acheminement gratuit des appels d'urgence, de la fourniture du service de renseignements et d'un annuaire d'abonnés, de la desserte téléphonique, de la fourniture des services internet, de l'accès aux services internet à un débit minimum de 512 kbits⁽⁷⁹⁾.

En outre, et dans la mesure où l'intérêt général l'exige, notamment pour des raisons liées à l'ordre public ou à la sécurité nationale, l'administration est en mesure de modifier le cahier des charges, sous réserve que la décision de modification soit notifiée au titulaire de la licence au moins 6 mois avant son entrée en vigueur⁽⁸⁰⁾. De telles modifications ne doivent pas toutefois remettre en cause de manière fondamentale les équilibres économiques sous-jacents à la licence.

Par ailleurs, on recense un ensemble de sujétions qui pèsent sur l'entreprise publique et qui sont répertoriées dans le cahier des charges relatif à l'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et à la fourniture des services de télécommunications au public⁽⁸¹⁾. Le texte impose en effet à l'opérateur "Algérie Télécom" un ensemble de sujétions liées à la défense nationale et à la sécurité publique. C'est ainsi que l'article 24 dudit cahier des charges prévoit que le titulaire de la licence « est tenu de répondre positivement et dans les plus brefs délais aux injonctions des autorités compétentes en vue de respecter les

prescriptions exigées par la défense nationale, la sécurité publique, et les prérogatives de l'autorité judiciaire en mettant en œuvre les moyens nécessaires, en particulier en ce qui concerne :

- l'établissement de liaisons de télécommunications dans les zones d'opérations ou sinistrées ;
- le respect des priorités en matière d'utilisation des réseaux en cas de conflit ou dans les cas d'urgence ;
- l'interconnexion avec les réseaux propres aux services chargés de la défense nationale et de la sécurité publique ;
- les réquisitions des installations pour des besoins de sécurité intérieure ;
- l'apport de son concours, en permettant (i) l'interconnexion et l'accès à ses équipements et (ii) l'accès aux fichiers et autres informations détenues par le titulaire, aux organismes traitant au niveau national des questions de protection et de sécurité de systèmes de télécommunications ;
- l'interruption partielle ou totale du service ou l'interruption des émissions radioélectriques, sous réserve du versement d'une indemnité correspondant à la perte de chiffre d'affaires générée par ladite interruption ».

Le même dispositif est reproduit à l'article 22 du cahier des charges annexé au décret exécutif du 2 décembre 2013 portant approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications de troisième génération (3G) et de fourniture de services de télécommunications au public attribuée à la société "Algérie Télécom Mobile"⁽⁸²⁾ : il y est prévu, notamment, qu'en matière de prescriptions exigées pour la défense nationale et la sécurité publique, l'entreprise est tenue de répondre aux injonctions des autorités compétentes en décidant « l'interruption partielle ou totale du service ou l'interruption des émissions radioélectriques, sous réserve du versement d'une indemnité correspondant à la perte de chiffre d'affaires générée par ladite interruption ». Le même texte ajoute : « Le Titulaire est indemnisé pour sa participation aux actions ci-dessus dans la mesure des conditions prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur ».

En contrepartie de telles sujétions exorbitantes, le cahier des charges prévoit ainsi que l'entreprise publique titulaire de la licence bénéficie d'une indemnisation au titre de sa participation aux diverses actions mentionnées à l'article 22 précité. A ce titre, une telle compensation est compatible avec les règles ayant trait à la concurrence dans la mesure où l'entreprise publique n'a pas vocation à supporter les charges de service public au même titre qu'un établissement public et qu'elle est gouvernée par la loi du profit au même titre qu'une entreprise privée.

Conclusion

L'entreprise publique en Algérie ne peut être analysée au même titre que n'importe quelle entreprise du secteur public dans un quelconque pays libéral où l'intervention d'une telle entité reste encadrée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, il est admis que les personnes publiques ne peuvent « prendre en charge une activité économique [...] que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence » ; en outre, « pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée »⁽⁸³⁾. La tendance qui se dégage de la jurisprudence du Conseil d'Etat français tourne d'ailleurs autour d'un principe suivant lequel « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée »⁽⁸⁴⁾. Même si la jurisprudence du Conseil

d'Etat a évolué sur la question de sorte que l'intervention des personnes publiques soit largement admise dans son principe, « une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci »⁽⁸⁵⁾.

Dans le cas algérien, l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie à travers les entreprises publiques est une donnée de base héritée de l'économie administrée et qui n'a pas été véritablement remise en cause. En témoignent de manière éclatante la remise à l'ordre du jour des mesures de nationalisation, d'étatisation et de préemption qui visent à étendre le secteur public en remettant en cause la politique de privatisation des entreprises du secteur public. Il s'ensuit que l'entreprise publique joue de nouveau le rôle qui était le sien sous l'empire de l'économie administrée, soit celui de catalyseur des contradictions sociales et d'instrument de la paix sociale.

Une telle pratique des pouvoirs publics, largement favorisée par l'embellie financière consécutive à l'accumulation de réserves de change d'un niveau appréciable, a conduit à la remise en cause de toutes les réformes engagées entre 1990 et 2008. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, consacré par la Constitution de 1996⁽⁸⁶⁾, est purement et simplement mis entre parenthèses et l'entreprise publique redevient, comme par magie, l'acteur-clé du développement économique du pays. Une telle situation donne tout naturellement naissance à un phénomène connu en Algérie : celui de l'ineffectivité des règles juridiques. C'est notamment le cas de tout le dispositif juridique ayant trait à la concurrence et qui ne joue plus qu'un rôle décoratif : si l'Etat est en droit de subventionner les entreprises publiques soumises à des sujétions de service public, il ne l'est pas en dehors de ce cas de figure et il viole de manière délibérée le principe de libre concurrence qui s'oppose à ce que les pouvoirs publics octroient des aides systématiques aux entreprises du secteur public dont la majorité accuse annuellement un déficit. C'est ainsi que dans l'une de ses propositions d'amendement de l'ordonnance de 2003, le Conseil de la concurrence suggère de « soumettre les aides de l'Etat et des collectivités aux entreprises à l'avis du Conseil de la concurrence dès lors qu'elles peuvent avoir un impact sur la concurrence »⁽⁸⁷⁾.

Il reste toutefois que la crise dans laquelle s'enfonce le pays à la suite de la baisse drastique des ressources tirées de la rente pétrolière a remis en cause pareille politique en ce que le trésor public ne peut continuer à prendre en charge de telles subventions systématiques. C'est ce qui ressort des dispositions de la loi de finances pour 2016 qui renouent avec le processus de privatisation des entreprises publiques⁽⁸⁸⁾. On en arrive ainsi à la même situation que celle consécutive à la mise sous tutelle du FMI que le pays a vécu au cours des années 1990 et qui a abouti à l'édiction d'un ensemble de textes de lois, dont celui ayant trait à la privatisation des entreprises publiques. En un mot, c'est l'histoire qui se répète !

Notes :

⁽¹⁾ Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *Droit de la concurrence*, Belkeise Editions, Alger, 2012.

⁽²⁾ Lorsque la personne publique exerce des missions régaliennes, elle peut toutefois se voir appliquer les règles de la concurrence par effet de ricochet, comme par exemple lorsqu'elle impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 6 ou renforce les effets de telles ententes. Dans un tel cas de figure, c'est le juge administratif et non le Conseil de la concurrence qui est compétent pour apprécier la conformité de l'acte aux dispositions de l'ordonnance relative à la concurrence.

⁽³⁾ A titre d'exemple, en France, a été considérée comme une activité de services la mise à disposition par une association chargée de l'organisation de manifestations culturelles ou commerciales, de locaux

d'exposition à des antiquaires et brocanteurs. Voir, Commission française de la concurrence, *Rapport annuel pour 1984*, p. 11.

⁽⁴⁾ Voir, Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON, Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 9^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2004, pp. 322-329.

⁽⁵⁾ Loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, *JORA* n° 02 du 13 janvier 1988 (partiellement abrogée. Les titres III et IV de la loi ont été maintenus en vigueur par l'ordonnance n° 95-25 du 25 septembre 1995 relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat, *JORA* n° 55 du 27 septembre 1995).

⁽⁶⁾ Décret exécutif n° 90-391 du 1^{er} décembre 1990 portant transformation de la nature juridique et statut de la société nationale des transports ferroviaires, *JORA* n° 54 du 12 décembre 1990.

⁽⁷⁾ Décret exécutif n° 91-100 du 20 avril 1991 érigeant l'entreprise nationale de télévision en établissement public à caractère industriel et commercial, *JORA* n° 19 du 24 avril 1991.

⁽⁸⁾ Décret exécutif n° 91-102 du 20 avril 1991 érigeant l'entreprise nationale de radiodiffusion sonore en établissement public de radiodiffusion sonore, *JORA* n° 19 du 24 avril 1991.

⁽⁹⁾ Décret exécutif n° 91-104 du 20 avril 1991 érigeant l'agence nationale télégraphique de presse « Algérie presse service » en établissement public à caractère industriel et commercial, *JORA* n° 19 du 24 avril 1991.

⁽¹⁰⁾ Alain CHOURAKI, « Quelques difficultés actuelles d'articulation du juridique et du social », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (s/dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991, p. 294.

⁽¹¹⁾ Loi n° 78-12 du 05 août 1978 portant statut général du travailleur, *JORA* n° 32 du 08 août 1978 (abrogée).

⁽¹²⁾ Décret n° 88-219 du 2 novembre 1988 fixant les modalités de calcul de l'indemnité de nuisance, *JORA* n° 46 du 09 novembre 1988 ; Décret n° 88-220 du 2 novembre 1988 complétant et modifiant le décret n° 81-14 du 31 janvier 1981 fixant les modalités de calcul de l'indemnité de travail posté, *JORA* n° 46 du 09 novembre 1988 ; Décret n° 88-221 du 2 novembre 1988 portant conditions de mise en œuvre des primes de rendement et des mécanismes de la liaison salaires-production, *JORA* n° 46 du 09 novembre 1988.

⁽¹³⁾ Décret n° 88-222 du 2 novembre 1988 modifiant et complétant le décret n° 80-119 du 12 avril 1980 portant création des comités et commissions de classification des postes de travail, *JORA* n° 46 du 9 novembre 1988.

⁽¹⁴⁾ Loi n° 90-11 du 21 avril 1990 modifiée et complétée relative aux relations de travail, *JORA* n° 17 du 25 avril 1990.

⁽¹⁵⁾ Ordonnance n° 67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics, *JORA* n° 52 du 27 juin 1967 (abrogée).

⁽¹⁶⁾ Ordonnance n° 74-9 du 30 janvier 1974 portant réaménagement du code des marchés publics, *JORA* n° 13 du 12 février 1974 (abrogée).

⁽¹⁷⁾ Décret n° 82-145 du 10 avril 1982 modifié et complété portant réglementation des marchés de l'opérateur public, *JORA* n° 15 du 13 avril 1982 (abrogé).

⁽¹⁸⁾ Loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, op. cit.

⁽¹⁹⁾ Ordonnance n° 95-25 du 25 septembre 1995 relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat, *JORA* n° 55 du 27 septembre 1995.

⁽²⁰⁾ Ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 47 du 22 août 2001, complétée par ordonnance n° 08-01 du 28 février, *JORA* n° 11 du 2 mars 2008.

⁽²¹⁾ Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, *JORA* n° 58 du 7 octobre 2010, modifié et complété par décret présidentiel n° 11-98 du 1^{er} mars 2011, *JORA* n° 14 du 6 mars 2011, décret présidentiel n° 11-222 du 16 juin 2011, *JORA* n° 34 du 19 juin 2011, décret présidentiel n° 12-23 du 23 janvier 2012, *JORA* n° 4 du 26 janvier 2012, décret présidentiel n° 13-03 du 13 janvier 2013, *JORA* n° 02 du 13 janvier 2013 (abrogé).

⁽²²⁾ Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *JORA* n° 50 du 20 septembre 2015.

⁽²³⁾ Voir, André de LAUBADERE, Pierre DELVOLVE, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1986, p. 829.

⁽²⁴⁾ Voir, Michel BAZEX, « Contrats de plan entre l'Etat et les entreprises publiques », *AJDA* 1984, p. 69.

⁽²⁵⁾ Décret n° 88-128 du 28 juin 1988 portant approbation de la convention entre l'Etat et la société nationale des transports ferroviaires (S.N.T.F.), *JORA* n° 26 du 29 juin 1988.

⁽²⁶⁾ Décret exécutif n° 90-391 du 1^{er} décembre 1990 portant transformation de la nature juridique et statut de la société nationale des transports ferroviaires (SNTF), *JORA* n° 54 du 12 décembre 1990.

⁽²⁷⁾ Loi n° 88-01 du 2 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, op. cit.

⁽²⁸⁾ Ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 complétée relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, op. cit.

⁽²⁹⁾ Voir, CE, Ass. 22 décembre 1982, Comité central d'entreprises de la S.F.E.N.A., *RDP* 1983.497, concl. Bacquet, note J.M. Auby ; *AJDA* 1983.172, chr. Lasserre et Delarue.

⁽³⁰⁾ Toutefois, et en vertu de l'article 6 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001, « Nonobstant les dispositions de la présente ordonnance, les entreprises publiques dont l'activité revêt un caractère stratégique au regard du programme du Gouvernement sont régies par leurs statuts organiques en vigueur, ou par un statut spécial fixé par voie réglementaire ». C'est le cas, à titre d'exemple, de SONATRACH (Décret présidentiel n° 98-48 du 11 février 1998 portant statuts de la société nationale pour la recherche, la production, le transport la transformation et la commercialisation des hydrocarbures "SONATRACH", *JORA* n° 7 du 15 février 1998, modifié et complété par décret présidentiel n° 2000-271 du 23 septembre 2000, *JORA* n° 57 du 24 septembre 2000), ou encore de SONELGAZ (Décret présidentiel n° 02-195 du 1^{er} juin 2002 portant statuts de la Société algérienne de l'électricité et du gaz dénommée " SONELGAZ Spa ", *JORA* n° 39 du 2 juin 2002).

⁽³¹⁾ S'agissant de la composition de l'organe d'administration, l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 prévoit en son article 5 *alinéa* 2 que « Le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, selon le cas, doit toutefois, comporter deux sièges au profit des travailleurs salariés, selon les dispositions prévues par la loi relative aux relations de travail ».

⁽³²⁾ Toutefois, l'article 5 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 prévoit que « Des formes particulières d'organes d'administration et de gestion peuvent être prévues par voie réglementaire pour les entreprises publiques économiques, dont le capital est détenu en totalité, directement ou indirectement par l'Etat ou toute autre personne morale de droit public ». Voir décret exécutif n° 2001-283 du 24 septembre 2001 portant forme particulière d'organe d'administration et de gestion des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 55 du 26-09-2001. En vertu des dispositions du texte en cause, il est prévu une forme particulière d'organes dans le cas des entreprises chargées des participations de l'Etat. Elles sont dotées d'une assemblée générale et d'un directoire. Quant à la soumission de l'entreprise à de telles formes particulières, elle est décidée par voie de résolution du Conseil des participations de l'Etat.

⁽³³⁾ Ordonnance n° 75-48 du 17 juin 1975 relative à l'exécution des décisions de justice et des sentences arbitrales, *JORA* n° 53 du 4 juillet 1975 (abrogée).

⁽³⁴⁾ Loi n° 91-02 du 8 janvier 1991 relative aux dispositions particulières à certaines décisions de justice, *JORA* n° 02 du 9 janvier 1991.

⁽³⁵⁾ Martine LOMBARD, « Les conséquences juridiques du passage de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence », *Revue française d'administration publique*, n° 4, 2007, p. 573.

⁽³⁶⁾ Pierre DELVOLVE, « Les entreprises publiques et le droit de la concurrence », www.asmp.fr/

⁽³⁷⁾ Cons. conc., Décision n° 98-D-03 du 13 décembre 1998 relative aux pratiques mises en œuvre par la Société nationale des tabacs et allumettes (inédite).

⁽³⁸⁾ Cons. conc. Décision n° 99 D 01 du 23 juin 1999 relative aux pratiques mises en œuvre par l'Entreprise nationale des industries électroniques (ENIE), unité de Sidi-Bel-Abbès (inédite).

⁽³⁹⁾ Cons. conc. Décision n° 2000 D 03 du 19 novembre 2000 relative à la saisine de la Société SOMEX International contre la Société SAFEX (inédite).

⁽⁴⁰⁾ Cons. conc. Décision n° 20/2015 du 16 Avril 2015, Saisine du 31 mars 2013 relative au dossier n° 49/2013, M. DOUKHANDJI Rabah c/ ANRH et SONATRACH, in Rapport d'activité du Conseil de la concurrence, Année 2015, *Bulletin Officiel de la Concurrence*, n° 10, 24 octobre 2016, p. 52 et s. La décision est publiée intégralement en langue arabe in *Bulletin Officiel de la Concurrence*, n° 8, 2 juin 2016, p. 56.

⁽⁴¹⁾ L'article 60 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée relative à la concurrence dispose : « Le Conseil de la concurrence peut décider de réduire le montant de l'amende ou ne pas prononcer d'amende contre les entreprises qui, au cours de l'instruction de l'affaire les concernant, reconnaissent les infractions qui leur sont reprochées, collaborent à l'accélération de celle-ci et s'engagent à ne plus commettre d'infractions liées à l'application des dispositions de la présente ordonnance.

Les dispositions de l'alinéa 1 ci-dessus ne sont pas applicables en cas de récidive quelle que soit la nature de l'infraction commise ».

⁽⁴²⁾ Cons. conc. Décision n° 20/2015 du 16 Avril 2015, op. cit.*

⁽⁴³⁾ Marah BUKAI, « L'Algérie envisage une aide aux entreprises publiques endettées », 9 novembre 2009, www.menabwn.org/fr/

⁽⁴⁴⁾ Marianne DONY-BARTHOLME, « Les aides publiques aux entreprises face au droit européen de la concurrence », *Politiques et management public*, n° 4, 1991, p. 3.

⁽⁴⁵⁾ Idem.

⁽⁴⁶⁾ Ibid.

⁽⁴⁷⁾ Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, 2002, p. 366.

⁽⁴⁸⁾ Nicolas CHARBIT, « Table ronde : financement des services publics et aides d'Etat : Quelles compensations aux obligations du service public admettre ? », *LPA*, 2004, p. 52.

⁽⁴⁹⁾ François LEVÊQUE, « Table ronde : financement des services publics et aides d'Etat : Quelles compensations aux obligations du service public admettre ? », *LPA*, 2004, p. 42.

⁽⁵⁰⁾ André DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *Revue française d'administration publique*, n° 4, 2007, p. 549.

⁽⁵¹⁾ Guylain CLAMOUR, « La notion d'entreprise et d'aide sectorielle », Colloque : Entretiens du Palais Royal sur les aides d'Etat, *Concurrences*, n° 3, 2008, p. 48.

- (52) Marianne DONY-BARTHOLME, « Les aides publiques aux entreprises face au droit européen de la concurrence », op. cit. p. 7.
- (53) *Idem.*
- (54) *Ibid.*
- (55) *Ibid.*
- (56) Décision de la Commission du 27 juillet 1994 concernant l'augmentation de capital d'Air France, T.P.I. 12 décembre 1996, Air France c/ Commission, aff. T- 358/94. Rec.II.2109.
- (57) Voir, Laurence IDOT, « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », *RTDE*, 1998, p. 295 ; Jan WOUTERS et Bruno VAN HEES, « Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'Etat », *RMCUE*, n° 2, 1999, p. 35.
- (58) Pierre DELVOLVE, « Les entreprises publiques et le droit de la concurrence », op. cit.
- (59) Loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, op. cit.
- (60) Dispositions en vigueur.
- (61) Ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 complétée relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, op. cit.
- (62) Voir, Rachid ZOUAÏMIA, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Belkeise Editions, Alger, 2012.
- (63) Loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, *JORA* n° 48 du 28 juin 1998, modifiée et complétée par loi n° 2000-05 du 6 décembre 2000, *JORA* n° 75 du 10 décembre 2000, modifiée et complétée par ordonnance n° 03-10 du 13 août 2003, *JORA* n° 48 du 13 août 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-02 du 23 janvier 2008, *JORA* n° 4 du 27 janvier 2008, modifiée et complétée par loi n° 15-14 du 15 juillet 2015, *JORA* n° 41 du 29 juillet 2015.
- (64) Décret exécutif n° 03-501 du 27 décembre 2003 portant cahier des charges applicable à la compagnie nationale de transport aérien chargée d'assurer des sujétions de service public en contrepartie d'une compensation financière versée par l'Etat, *JORA* n° 82 du 28 décembre 2003.
- (65) Loi n° 02-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, *JORA* n° 8 du 06 février 2002, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014.
- (66) Décret exécutif n° 91-475 du 14 décembre 1991 portant transformation de la nature juridique de la société nationale de l'électricité et du gaz (SONELGAZ), en établissement public à caractère industriel et commercial, *JORA* n° 66 du 22 décembre 1991 (abrogé), décret exécutif n° 95-280 du 17 septembre 1995 portant statuts de l'établissement public à caractère industriel et commercial "SONELGAZ", *JORA* n° 54 du 24 septembre 1995 (abrogé).
- (67) Décret présidentiel n° 02-195 du 1^{er} juin 2002 portant statuts de la Société algérienne de l'électricité et du gaz dénommée " SONELGAZ Spa ", *JORA* n° 39 du 2 juin 2002.
- (68) Art. 5 du décret exécutif n° 08-114 du 9 avril 2008 fixant les modalités d'attribution et de retrait des concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire, *JORA* n° 20 du 9 avril 2008.
- (69) Cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire annexé au décret exécutif n° 08-114 du 9 avril 2008 fixant les modalités d'attribution et de retrait des concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire, *JORA* n° 20 du 9 avril 2008.
- (70) Art. 2 du décret exécutif n° 02-194 du 28 mai 2002 portant cahier des charges relatif aux conditions de fourniture de l'électricité et du gaz par canalisations, *JORA* n° 39 du 2 juin 2002.
- (71) *Ibid.* Art. 13. Les critères pris en compte concernent notamment la qualité et la continuité de l'alimentation en énergie, le taux de desserte, la relation avec la clientèle et le montant des investissements.
- (72) Art. 6 du décret exécutif n° 02-194 du 28 mai 2002 portant cahier des charges relatif aux conditions de fourniture de l'électricité et du gaz par canalisations, *JORA* n° 39 du 2 juin 2002.
- (73) Art. 115/25 de la loi n° 02-01 du 5 février 2002 modifiée et complétée relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, op. cit.
- (74) *Ibid.* Art. 114.
- (75) Art. 50 du décret exécutif n° 90-411 du 22 décembre 1990 relatif aux procédures applicables en matière de réalisation et de déplacement des ouvrages d'énergie électrique et gazière et au contrôle, *JORA* n° 56 du 26 décembre 1990, modifié par décret exécutif n° 08-114 du 9 avril 2008 fixant les modalités d'attribution et de retrait des concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire, op. cit.
- (76) Loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06-08-2000, modifiée et complétée par loi n° 06-24 du 26 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007, *JORA* n° 85 du 27 décembre 2006, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014.
- (77) Décret exécutif n° 02-43 du 14 janvier 2002 portant création d'"Algérie Poste", *JORA* n° 4 du 16 janvier 2002.

(78) Sur la question du service universel en Algérie, voir, Noureddine BERRI, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse de doctorat en sciences, spécialité droit, Université M. Mammeri de Tizi-Ouzou, 2014, pp. 175-194, Noureddine BERRI, « La régulation des services publics: le secteur des télécommunications », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 02, 2010, pp. 13-27, Noureddine BERRI, « La régulation des télécommunications en Algérie : Essai sur une concurrence en demi-teinte ! », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 01, 2013, pp. 42-65, Nasser LEBED, « La place du service universel dans l'action administrative », in Walid LAGGOUNE (s/dir.), *Algérie : Cinquante ans après. La part du droit*, Tome II, AJED Editions, Alger, 2013, pp. 699-728.

(79) Voir décret exécutif n° 03-232 du 24 juin 2003 déterminant le contenu du service universel de la poste et des télécommunications, les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement, *JORA* n° 39 du 29 juin 2003, modifié et complété par décret exécutif n° 09-310 du 23 septembre 2009, *JORA* n° 55 du 27 septembre 2009, modifié et complété par décret exécutif n° 16-188 du 22 juin 2016, *JORA* n° 39 du 29 juin 2016.

(80) Art. 22 du décret exécutif n° 01-124 du 9 mai 2001 portant définition de la procédure applicable à l'adjudication par appel à la concurrence pour l'octroi des licences en matière de télécommunications, *JORA* n° 27 du 13 mai 2001.

(81) Cahier des charges relatif à l'établissement et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et à la fourniture des services de télécommunications au public annexé au décret exécutif n° 02-186 du 26 mai 2002 portant approbation, à titre de régularisation, de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et de fourniture de services de télécommunications au public, *JORA* n° 38 du 29 mai 2002 (rectificatif in *JORA* n° 4 du 22 janvier 2003), complété par décret exécutif n° 03-36 du 13 janvier 2003, *JORA* n° 4 du 22 janvier 2003.

(82) Décret exécutif n° 13-405 du 2 décembre 2013 portant approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications de troisième génération (3G) et de fourniture de services de télécommunications au public attribuée à la société "Algérie Télécom Mobile", *JORA* n° 60 du 2 décembre 2013.

(83) CE, Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, www.legifrance.gouv.fr/ ; CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, www.legifrance.gouv.fr/

(84) CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, www.legifrance.gouv.fr/

(85) CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, www.legifrance.gouv.fr/

(86) A la suite de la révision constitutionnelle de 2016, l'article 37 devient l'article 43 ainsi rédigé : « La liberté d'investissement et de commerce est reconnue. Elle s'exerce dans le cadre de la loi.

L'Etat œuvre à améliorer le climat des affaires. Il encourage, sans discrimination, l'épanouissement des entreprises au service du développement économique national » (Constitution du 28 novembre 1996, promulguée par décret présidentiel n° 96-438 du 7 décembre 1996 relatif à la promulgation au *Journal officiel* de la République algérienne démocratique et populaire de la révision constitutionnelle adoptée par référendum du 28 novembre 1996, *JORA* n° 76 du 8 décembre 1996, modifiée par Loi n° 02-03 du 10 avril 2002 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 25 du 14 avril 2002, Loi n° 08-19 du 15 novembre 2008 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 63 du 16 novembre 2008, Loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 14 du 7 mars 2016, rectificatif in *JORA* n° 46 du 3 août 2016).

(87) Rapport d'activité du Conseil de la concurrence, Année 2015, *Bulletin Officiel de la Concurrence*, n° 10, 24 octobre 2016, p. 83.

(88) Art. 62 de la loi n° 15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finances pour 2016, *JORA* n° 72 du 31 décembre 2015.

Electronic Contract under Iraqi law
A Study
Under the Iraqi electronic transactions Act No. 78 / 2012*

Dr. Jaleel Hasan Al-Saadi,
Prof. PhD. Civil law,
College of law, Baghdad University, Iraq.
Dr. Hussein Abdullah Challabi,
Asst. Prof. PhD. Civil law,
College of law, Baghdad University, Iraq.

د. جليل حسن الساعدي، دكتوراه قانون،
أستاذ القانون الخاص،
كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.
د. حسين عبدالله الكلابي، دكتوراه قانون،
أستاذ القانون المدني المساعد،
كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

Abstract:

Internet has been widely used in the conclusion and implementation of electronic contracts in the law and appeared as a new type of contracts which are implemented through non-traditional means and traditional rules which are not able to cope with the problems of this type of contract law.

There is legal problems were produced by electronic contracts cannot find a solution to the traditional rules of civil law as a problem the conclusion of electronic contract and the time and the venue of the applicable law to emerging about conflicts, and the competent court that prove the evidence disputes are used the Iraqi legislator issued in 2012 a law of electronic contracts No.78 that deals with the provisions of these contract.

This statutory research is considered as a modest effort to show some of the provisions of the electronic contract under Iraqi law.

Key words:

E.contract, E.transactions, E.evidence, conclusion of electronic contract.

* Article received on 08/12/2016, report on 05/01/2017, made publishable on 12/06/2017.

العقد الإلكتروني في القانون العراقي

دراسة على وفق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 في 2012

الملخص:

استخدمت شبكة الانترنت في ابرام وتنفيذ العقود الالكترونية فظهر في القانون نوع جديد من العقود يتم وينفذ عبر وسائل غير تقليدية وان القواعد التقليدية المقررة في القانون غير قادرة على مواكبة مشكلات هذا النوع من العقود فثمة مشاكل قانونية افرزتها العقود الالكترونية لم تجد لها حلا في القواعد التقليدية في القانون المدني كمشكلة ابرام العقد الالكتروني وزمان ومكان انعقاده والقانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عنه، والمحكمة المختصة بتلك المنازعات وادلة الاثبات المستخدمة فيها ولكل ذلك اصدر المشروع العراقي قانونا خاصا بالعقود الالكترونية رقم (78) لسنة (2012) نظم فيه بعض احكام هذه العقود.

وهذا البحث هو محاولة علمية متواضعة لبيان بعض احكام العقد الالكتروني في القانون العراقي.

الكلمات المفتاحية:

العقد الإلكتروني، المعاملات الإلكترونية، الإثبات الإلكتروني، إبرام العقد الإلكتروني.

Le contrat électronique en droit Irakien à la lumière de la loi des transactions électroniques

Résumé :

L'évolution de l'Internet a conduit à la refonte du droit des contrats. On assiste en effet à l'apparition, en sciences juridiques, de contrats d'un type nouveau. Le contrat électronique pose un certain nombre de questions dont le droit commun se trouve incapable de résoudre. Ces questions ont, notamment, trait à l'espace et le temps de la conclusion du contrat, la loi applicable, à la juridiction compétente et aux moyens de preuves... de ce fait, le législateur Irakien a jugé judicieux d'édicter une loi spéciale aux contrats électroniques (n° 78, 2012).

Mots clés :

Contrat électronique, transactions électroniques, la preuve électronique

Introduction

If a man who lives in the second decade of the twenty first century has made the achievements of some of them were not ever nursed even in his dreams he discovered the atom and landed on the lunar surface and held human organ transplants computer and spread in most walks of life, Internet has entered life dramatically and brought about substantial change in the transfer, and exchange of information; shortened thus time and place the world has become like small village.

Nowadays man has achieved things that were not even thought of as imaginary like the discovery of the atom, travelling to the moon, human organ transplants, and the revolution of computers which has dominated the various aspects of our daily life.

Also, traders have found what they wish in the internet and that because of its particular advantages of unrivaled trade conducted through traditional means.

Consequently, law was not far away from the Internet, as the network has become an important way for transformation and exchanging of legal information to those interested in it, and also facilitated the organization of electronic transactions⁽¹⁾ of all types. Any person can contract with others through the internet; and ask for goods and services or to repay and withdrawals cash, all that processes can be done at home by using one's own personal computer which is connected to the network.

Without having to bear the trouble of going to the place that has the goods and commodity or service requested. As a result of the widespread of information technology new method of online contracting emerged.

This kind of contract however, has many legal problems under civil and commercial law, private international law, Civil Procedure and Evidence Act, and various other laws.

Legislators have been focusing on formulating a set of regulations in order to find legal solutions to the problems mentioned previously. This resulted in issuance of relevant laws like the Iraqi Electronic Transactions Act No. 78 (2012), as it stated in its reasons for its issuance, "consistent with the development in the field of information and communication technologies and activities online and to provide the foundation and legal framework for electronic transactions through modern means of communication and encourage the internet industry, information technology and organization of electronic signature and electronic information services and keep abreast of legal developments in the electronic aspects and adaptation of the traditional legal system in line with modern information and communication technology systems".

First: Definition of Electronic Contract under Iraqi law.

Electronic contract have different names, such as: online contract, distance contract, or the contract so far.⁽²⁾ Iraqi legislature resolves this conflict of terminology under jurisprudence and eventually it has been agreed to use the term *electronic contract*.

The tenth paragraph of first Article of Iraqi electronic transactions Act, defines electronic contract as, "communicate Offer issued by one of the contractors to accept the other and produces its effect in the subject matter, which is an electronic means", this definition has been affected by Article 73 of Iraqi Civil Law No. 40 (1951), that defines contract, "communicate Offer issued by one of the contractors to accept the other and produces its effect in the subject matter".

This definition has some drawbacks: first, the electronic contract under Iraqi law does not take into consideration Psychological Adjustment for contractors, but stands at exterior agrees mentioned, and that is relationship between offer and acceptance, in other words, the definition of the will under Iraqi law, is cares about in the physical appearance.⁽³⁾

Second, the electronic contract under Iraqi law, is sufficient to take place by sharing the expression of two identical wills, and that can be achieved favorably includes a presentation from one of the contractors and acceptance of the other contracting states agreed to the offer and would then need to match the offer and acceptance and the contract is in conjunction expressions, and does not require the Iraqi electronic transactions Act of a certain form of the electronic contract.

We cannot say that psychological adjustment in the electronic contract is a restricted element and a judge cannot reach it, because the judge can reach it across

disclosed external words, and this must be given to the judge large authority in appreciation for the presence of really mentioned consensus.

Electronic contract under Iraqi law cannot be held when you resolve to do it, is not held if it has been intention in mere internal state, and for that an electronic offer must communicate to electronic acceptance, but this what is the communication, but to prove the Will mentioned⁽⁴⁾.

Therefore the communication between the electronic offer and electronic acceptance stipulated in Tenth paragraph of first Article of Iraqi electronic transactions Act, Will not the reason for the creation of electronic contract and its legal effects, but the cause is intention to contractors that are revealed by the expression.

The electronic contract has two intentions behind the expression by the clearing contractors identical mentioned required in two wills either expression is limited to its effect as a means of science the essence of the contract.

We can confirm that there is an implicit reference in the tenth paragraph of the first Article of Iraqi electronic transactions, stating that: this law does not abandon the intention in the definition of contract stipulating in the first Article of the Act, "produces its effect in the subject matter" This legal effect under electronic transaction Act is considered as a voluntary effect.

The third and last drawback can be observed in the fact that the Iraqi law definition of electronic contract has stipulated that there are electronic offer communicated acceptance in this contract through the electronic means, which may be defined as by seventh paragraph of first Article of the same law as the, "devices, equipment, power tools, magnetic, optical, electromagnetic or any other similar means used in the creation and processing of information, exchange and storage" We can define electronic contract as, a voluntary consensus achieved through electronic means to produce certain legal effect.

It is important in our definition direct the will maker of electronic contract to produce the legal effect also settle under our definition of electronic contract phrases Psychological phenomenon, and psychological element in the electronic contract reflected electronic consensus voluntary When is this consensus we are in front of integrated contract.

Second: The Fundamental elements of Electronic Contract under Iraqi law

Iraqi electronic transactions Act, did not contain an explicit language stating the essential elements of the electronic contract, Is this indicates that the desire to subjugate the contract to the general theory of the contract stipulated in the Civil Code.

It seems to us that, since the electronic transactions law did not contain an explicit language specifying the essential elements of the electronic contract, it shows that, the legislator chose a judgment different from the general theory of the contract stipulated in the Civil Code, and that he wanted to make to hold the electronic component alone "Agreement" , which meant in the first subparagraph of Article (18) of electronic transactions law by saying, "may be offer and acceptance of the contract by electronic means" Electronic contract is based on the will, there is no legal substance of the will be determined by pre-law, but that the will is sovereign in this matter which alone draws its content everything and put it in this context must be respected unless it is contrary to the provisions binding in law, public order or public morals.

This will have to tend to achieve a very legitimate, reason here relates closely communicated to the will, because it do not move only to achieve a particular purpose⁽⁵⁾.

Therefore, it does not have the electronic contract only involuntary elements of any components determined by the will the same reason in the electronic contract must be understood as a motive, motive of the contract and therefore must look for in itself will reason here is not an independent element in the electronic contract but is an internal component of Will.

Third: Electronic offer.

Iraqi electronic transactions Act, did not defines this kind of offer, but jurisprudence in Iraq defined it as: "all the final expression through electronic means going to one person to another for exhibitors contracted under certain conditions⁽⁶⁾".

Electronic offer, can be defined as the electronic display filed by the offeror by electronic means, this offer includes the price and terms of the contract and can be directed to a certain particular person or to the public during a certain period of time for the purpose of the contract according to the price and conditions and during the period presented.

Electronic offer must be included the following information:

- The identity and address of an owner.
- A full description of the various stages of the conclusion of electronic contract.
- How to deliver the good, commodity or service and the amount of insurance payable on the spot.
- How long is the good, commodity or service before the specified prices.
- The nature and characteristics of the good, commodity price or service.
- Methods and procedures to fulfill the price.
- The procedure and duration of obligations arising from the electronic contract.
- The right to refrain from electronic contract and the duration of this termination.
- Electronic offer under Iraqi law divided in to two types:

The first type:

Electronic offer that directs to a certain person or a certain group of people is called "the special offer".

The second type:

Electronic Offer that directs to everyone, this called" the world at large".

However, this type faces two problems:

The first problem: run out of stock of the goods from a merchant, but can overcome this problem by including a reservation in offer which says, that the goods and commodity or service is available upon customer in the usual stock-border demand.

The second problem: The problem of the regional scales of the electronic public offer but can overcome this problem, by selecting a regional scale in which electronic offer is valid to bring about legal effect⁽⁷⁾.

Forth: Electronic acceptance.

Iraqi legislator did not define the electronic acceptance, but it can be said that, the electronic acceptance is the expression and subsequent of the electronic offer which includes the approval of the conditions contained in the electronic offer and

must be available in the electronic acceptance of the general conditions of the will and that comes at a time still electronic offer valid and matches with it.

Iraqi electronic transactions Act did not require a special form of electronic acceptance, everything required by this Act is to be accepted by an electronic means⁽⁸⁾.

There for can be done in the electronic acceptance by electronic means, such as: -E-Mail or by Chatting room or across the Downloading or through Click on Agreement....etc.

expressed acceptance by all means that are commensurate with the nature of the Internet⁽⁹⁾.

Iraqi electronic transactions Act was organized the provisions of the electronic means to express the will, under eighth paragraph of first Article of the law, that defines the electronic means "a program or an electronic system to a computer or any electronic means other uses in order to perform an action or respond to an intent to create, send or receive a message information".

Fifth:- contact offer with electronic acceptance.

Iraqi electronic transactions Act requires contact offer with electronic acceptance the contract in this law does not take place before contact is achieved mentioned but when this communication is achieved? Iraqi electronic transactions Act adopted theory of export acceptance in this topic, Article (20) of the Act on it:-

1- Electronic documents was sent from the time of when entering the information processing system, not control by website on a person who set if on behalf unless the signer and the consignee have other agreement.

2- If the receiver selects a system to process information to deliver documents, it is considered received when entering into the system. If not sent to the selected system shall be deemed to have been sent since the establishment of the receiver to exact rerun of it the system to receive the information.

3- If the consignee did not specify a system for processing information to receive electronic documents, it shall be deemed delivered time, is the time of entry into the system to process information of the consignee.

However, Iraqi electronic transactions Act, came out this theory in Article (19) which indicated that, if a request sent by the consignee under electronic document informed of the extradition of that document or has agreed with him on that, the establishment of the consignee shall inform the sender by electronic means or by any other means, or carrying out any act, or conduct indicates that he received the document is a response to that request or agreement.

If the sender postpones the effect of electronic document delivered notice of the consignee, it shall be deemed to extradite document is the recipient until the delivery of the notice.

Sixth: Matching acceptance of the electronic offer.

Acceptance must comes in conformity of the electronic offer, which means that is given electronic acceptance on all matters contained in electronic offer⁽¹⁰⁾. If electronic offer included details, the electronic acceptance must be missed if these details secondary, but if electronic acceptance included any change in the electronic offer, it is considered a rejection of the electronic offer. At the same time this can be a new electronic offer can be accepted by the owner of the first show.

However, if agreed contracting parties on the core issues in the electronic contract and maintained a detailed matters agreed by them later, and did not required electronic contract not to be held when it is not agreed upon, the electronic contract

when it is not agreed the contract can be held. In addition the difference of these matters, a judge can be ruled in accordance with the nature of the electronic contract, the provisions of law, custom and justice⁽¹¹⁾.

Seventh: Proof of electronic contract.

Jurisprudence believe that, if there is no legal obstacle of the contract by electronic means, but the style of expression of acceptance required to provide proof that confirms the wish of the will of contractor to express their acceptance of the electronic offer⁽¹²⁾.

The proof of the electronic contract is considered the most important legal problems faced by this type of contract⁽¹³⁾, because the evidence contained in the Iraqi law exclusively in accordance with the provisions of the Evidence Act No. 107 (1979). Despite, the fact, this Act passed to a judge to issue a court ruling based on the means of scientific development⁽¹⁴⁾, but Iraqi Supreme Court had rejected the proof through electronic means. For example, the court has refused tape recorder electronically by means of proof accepted legally considered⁽¹⁵⁾, and rejected the proving via E-mails⁽¹⁶⁾.

However, it may change after the issuance of electronic transactions Act No.78 (2012) the second paragraph of forth Article says, "to be the electronic signature of the legal value of the traditional signature".

This Act also authorized the proof in electronic writing which defined as, "each letter, number, symbol, or any other sign to prove similar means give and indication are aware of and understand"⁽¹⁷⁾.

Also, the Act gave the electronic document the same legal value in proof of a paper document⁽¹⁸⁾, and more than that the Act gave a copy of an electronic document the same legal value of proof in which the original electronic document⁽¹⁹⁾.

Eighth: Conclusion

The electronic contract is a recent and rapidly evolving subject, and it's legal and judicial system still under preparation. Researcher needs a technical and legal knowledge at the same time, as characterized. This contract has specific properties is not like the rest prescribed in the general theory of civil law and traditional contracts. The electronic contract is through held in a virtual world electronic techniques acrossing international boundaries of what it means that the differences in language and culture between the parties to the contract, it is likely there will be many interpretations per word.

Although, electronic contract occupies a small area of practice in Iraq, but this not prevented Iraqi legislature to legislate special law regulating the provisions of this contract in accordance with the privacy of the electronic means by which the contract is through.

And certainly, the organization of electronic contract legislatively in Iraq despite the lack of judicial applications of this contract, but that will help the judiciary in dealing with cases, problems or issues that may be offered in court.

We find, it is very necessary at the present time, especially after the issuance electronic transactions Act Iraqi judiciary must prepare in the future for the big cases will be brought before courts in connection with this contract, and is what requires of acknowledge base for judges are specialists in this technical field of contracts.

Notes:

- (1) The sixth paragraph of first Article of Iraqi Electronic Transactions Act No. 78, 2012, known as the electronic transaction (applications, documents and transactions by electronic means).
- (2) See Maloh Fatima Drew, Taleb Musadaq Adel, Holding the Electronic Working Contract and Proven under the Iraqi law, research published in the Journal of *the Faculty of Law - University of Al- Nahren*, Volume 13, Issue 3, 2012, Baghdad, p. 296.
- (3) The effect of psychological adjustment in the contract see Al- Saadi Jalil, *Intention in the Contract*, first edition, Baghdad 2012 .
- (4) Otherwise see Al-Aboudi Abas, *explained Iraqi electronic transactions Act*, first edition, Baghdad, 2015, p. 44.
- (5) Al-Saadi Jalil, the psychological element in the contract study under Iraqi law and the English law, *Journal of Legal Sciences*, college of Law - University of Baghdad, Volume 27, 2012, p. 71.
- (6) Al-Saadi Jalil, *contracted over the Internet*, first edition, Baghdad, 2011, p. 63.
- (7) Osama Abu Hassan Mujahid, *contracted over the Internet*, first edition, p. 71.
- (8) See tenth paragraph of first Article of Act.
- (9) Al-Rubaie Abdul Juma Musa, Al-Alwani Fouad, *General Provisions of the Negotiation and Contracting. Contracting online . commercial sales contracts*, Baghdad, the House of Wisdom, 2003, p 77.
- (10) Article (85) of Iraqi Civil Code, which stipulates that, "if one contractor shall be required to convene contract acceptance of others knitter on the corresponding face of the offer".
- (11) Article 86 of Iraqi Civil Code, which stipulates that, "1- corresponds to the acceptance offer if the parties have agreed on all the core issues, which negotiated the agreement either on some of these issues is not enough for the parties' commitment even if the agreement in writing proved. 2- If the parties have agreed on all the core issues in the contract and maintained a detailed matters agreed by them later and did not require that the contract is not in session when the lack of agreement on these matters shall be deemed to have been the decade, and if the dispute over the issues that have not been agreed upon the court shall in accordance with the nature of the subject and to the provisions of law and custom, and justice".
- (12) Al-Rubaie Abd Juma Musa, Al-Alwani Fouad, *Ibid*, P. 77.
- (13) Kazim ASL, the legal value of electronic evidence in civil proof, doctoral thesis from the University of Baghdad - Faculty of Law, 2006.
- (14) Article 104 of the Act.
- (15) Iraqi Supreme Court Decision No. 12 on 29.08.1984.
- (16) Iraqi Supreme Court Decision No. 2691 on 19/8/2008.
- (17) See fifth paragraph of the first article of the Act.
- (18) See first paragraph of Article 13 of the Act.
- (19) See Article 14 of the Act.

Le retrait des États d'Afrique du Statut de Rome : Un nouveau défi pour la Cour Pénale Internationale*

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

د. دحماني عبد السلام،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

La convention portant statut de la Cour Pénale Internationale a été ratifiée à l'heure actuelle par 124 États, quinze ans après son entrée en vigueur, aucun État n'avait quitté cette juridiction (depuis sa création en 1998). Cependant, pour des raisons diverses, les deux dernières années sont marquées par le retrait de plusieurs États membres de la CPI. Les États d'Afrique sont les premiers à franchir le cap : l'Afrique du Sud, la Gambie, le Burundi et autres. Tous estiment que la légitimité de cette juridiction internationale est remise en cause.

Par ailleurs, l'Union africaine lors de son dernier sommet, le mois de janvier 2017, à Addis Abeba exprimait sa volonté de soutenir les États membres désirant se retirer de la CPI accusée d'acharnement à l'égard de l'Afrique !

Ainsi, les enjeux et les défis sont importants, que ce soit pour la Cour internationale ou pour les États membres, conséquemment, si le processus du retrait des États s'accroît, l'avenir de la justice pénale internationale reste incertain.

Mots clés :

Retrait des États, CPI, États parties au Statut, États d'Afrique, justice pénale internationale, ratification, adhésion.

The withdrawal of the African States from the Rome Statute: A new challenge for international Criminal Court

Abstract:

The Convention on the Statute of the International Criminal Court has been ratified by 124 states at the present time after fifteen years of its entry into competence. No State had left this jurisdiction since its creation in 1998. However, the last two years are marked by the withdrawal of States from the ICC for various reasons. African states are in the listing, such as South Africa, Gambia, Burundi and others. All of them believe that the legitimacy of this international jurisdiction is lost.

Indeed, the African Union at its last summit in Addis Ababa, January 2017 expresses its willingness to support its member states to withdraw massively from the ICC, which they accuse of steadfastness towards Africa!

So the stakes and the challenges are important at the level of this international court or at the level of its States Parties, because if the process of withdrawal of States continues, there will be surely consequences on the future of international criminal justice.

Key words:

Withdrawal, African states, ICC, States Parties in Rome Statute, international criminal justice, ratification, accession.

* Article reçu le 26/12/2016, expertisé le 15/02/2017, rendu publiable le 12/06/2017.

إنسحاب الدّول الإفريقية من نظام روما الأساسي: التحديّ الجديد للمحكمة الجنائية الدّولية

الملخص:

يبلغ في الوقت الحاضر عدد الدّول الأطراف في نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية 124 دولة، وذلك بعد خمسة عشرة سنة من دخولها حيّز النّفاذ. حيث لم تنسحب أيّ دولة منها منذ نشأتها في 1998، ومع ذلك، تميّزت السّنتين الماضيتين بانسحاب بعض الدّول الإفريقية كجنوب أفريقيا، غامبيا وبوروندي ودول أخرى من هذه المحكمة، وكلّهم يجمعون على فقدان هذه المحكمة الدولية لشرعيتها.

علاوة على ذلك، أعرب الاتحاد الأفريقي في قمته الأخيرة بأديس أبابا في جانفي 2017 عن استعداده لدعم الدول الأعضاء فيه للانسحاب جماعيا من المحكمة الجنائية الدولية التي إتهمتها بتسليط اختصاصها على إفريقيا!

وبالتالي فإن الرّهانات والتحديات تبدوا كبيرة سواء على مستوى هذه المحكمة الدّولية أو على صعيد الدّول الأطراف، لأنه إذا استمرت عملية الانسحاب فسيؤثر ذلك على الأرجح في مستقبل العدالة الجنائية الدولية.

الكلمات المفتاحية:

إنسحاب الدّول، الدّول الأطراف نظام روما، الدّول الإفريقية، المحكمة الجنائية الدّولية، العدالة الجنائية الدّولية، التّصديق، العضوية.

Introduction:

Nul n'a imaginé, lors de la conférence de Rome pour la création de la CPI, que dix huit ans plus tard, des États parties ou signataires se retireraient de cette juridiction créée pour établir la justice pénale internationale et protéger les droits de l'Homme. Le plus étonnant est le fait que l'intention d'un probable retrait massif est soutenue l'Union africaine !

Le paradoxe est que lors de la rédaction du Statut de Rome, ces mêmes États étaient les premiers à ratifier cet instrument judiciaire international, ce qui prouve leur volonté de la mettre en place et coopérer plus tard avec elle⁽¹⁾. Parmi les objectifs d'adhésion de ces États à la conférence de Rome en 1998 on peut citer celui chercher un abri ou une protection sous l'égide du Statut de la CPI.

En fait, les États africains espéraient que la création d'une juridiction pénale internationale soit une réalité, l'objectif de cette création est de lutter contre l'impunité en poursuivant les auteurs de crimes les plus atroces, d'autant plus les peuples africains étaient les plus touchés par les génocides, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, l'agression exercés sous le colonialisme et après leur indépendance. Dans ce contexte, les crimes commis au Rwanda constituaient la motivation majeure de ratification de la convention portant statut de la CPI. Pratiquement, trente quatre États africains ont adhéré au traité de Rome parmi les 124 ratifications enregistrées jusqu'au 03 mars 2016⁽²⁾.

À ce propos, l'article 127 du statut de Rome permet aux États de se retirer de la CPI à condition d'honorer les obligations mises à la charge de l'État concerné, celles-ci doivent être prises en considération sous peine de conséquences de nature pénales, politiques et morales.

Ainsi, au regard des retraits massifs des États africains de cette juridiction universelle, la question qui se pose est de savoir si de tels retraits marquent l'échec de la Cour ? Il s'agit de savoir également, en cas de retrait d'un État, si la Cour garde sa compétence d'intervention à l'égard d'auteurs de crimes internationaux en sachant que ces derniers dépendent de l'État ayant quitté le statut de Rome ?

De ce fait, l'étude s'articule autour de deux points, le premier consiste à clarifier la position actuelle des États d'Afrique vis-à-vis de la CPI (1). L'exposé des dispositions pertinentes du Statut de Rome et les conséquences du retrait fera l'objet du deuxième point(2).

I- La Position actuelle des États d'Afrique vis-à-vis de la CPI

La motivation des États d'Afrique de prendre part au Statut de Rome était la notion de la répression qui doit être le fait de la justice, et non de la volonté du plus fort⁽³⁾. À ce propos, les observateurs pensent que les États d'Afrique affiliés au Statut de Rome jouent un rôle essentiel dans l'instauration de la justice pénale internationale en tant que membres actifs de la CPI⁽⁴⁾. Cependant, d'autres États Africains ne reconnaissent plus cette juridiction à compétence universelle (A). Cette position, nous motive à connaître les arguments juridiques et politiques du retrait de la CPI (B).

A. La représentation africaine à la CPI

L'Afrique est le continent le plus représenté à la CPI, avec trente quatre ratifications sur cinquante quatre États de l'union africaine⁽⁵⁾. Le reste des États sont soit non signataires ou signataires du Statut de Rome sans donner suite à l'achèvement du processus de ratification⁽⁶⁾.

Dans ce sens, l'Afrique du nord composée des États formant le grand Maghreb qui constitue le carrefour où se rencontrent les deux mondes arabe et africain hésitent à l'heure actuelle -à l'exception de la Tunisie ayant déposé son instrument d'adhésion en 2011⁽⁷⁾- d'accéder au statut de Rome. Cette position fragilise énormément les efforts de consécration des objectifs du statut et de combattre l'impunité dans un cadre international organisé.

Certains auteurs estiment que l'entrée en vigueur du Statut de Rome relatif à la création de la CPI le 1^{er} juillet 2002⁽⁸⁾ n'a été possible que grâce à l'engouement des États africains ayant ratifiés ce Statut. Dans ce contexte, afin d'attirer le maximum d'États africains à rallier le Statut, les rédacteurs de la convention de Rome ont insisté sur l'adoption de deux grands principes : le premier concerne le principe de la complémentarité, qui ne permet à la CPI d'intervenir que dans le cas où les juridictions pénales internes s'abstiendraient ou seraient incapables de juger les auteurs des crimes internationaux. Ce principe peut être qualifié comme une faveur destinée aux États réticents. Il écarte l'hypothèse de la souveraineté absolue des États⁽⁹⁾. Le deuxième principe a une tendance politique ; la compétence de la Cour ne peut être exercée qu'après la date de ratification ou l'adhésion de l'État. Cependant, ce deuxième principe est considéré par certains comme une faille juridique au profit des États⁽¹⁰⁾. Ces deux principes de la Cour incitent davantage les africains à ratifier la convention portant création de la CPI.

Avant de passer à l'acte du retrait, la motivation africaine de soutenir cette juridiction internationale s'est atténuée à compter du 04 mars 2009, date à laquelle un premier mandat d'arrêt est émis à l'encontre du Président soudanais «Omar Hassan

El Bachir ; Une première pour la Cour d'accuser un chef d'Etat en exercice de son mandat⁽¹¹⁾. C'est à partir de cette affaire que les dirigeants africains commencent à se poser des questions sur le rôle «douteux» de la CPI en Afrique, mettant en cause son impartialité. L'évolution de l'affaire soudanaise entraîne l'apparition de l'attitude du retrait de quelques Etats africains soutenus par d'autres puissances mondiales⁽¹²⁾.

B. Les arguments juridiques et politiques du retrait des Etats d'Afrique

L'affaire du Soudan a pu contrarier les dirigeants africains et alimenter un doute que la Cour est désormais contre leurs intérêts et qu'elle donne l'impression d'être une centrale des poursuites contre des clients africains!⁽¹³⁾ Ce constat trouve une réponse dans la compétence *ratione materiae* de cette juridiction au continent africain⁽¹⁴⁾.

En réalité, ce qui inquiète de plus les responsables politiques africains est la crainte de la manipulation politique de la CPI par des puissances mondiales, membres au Conseil de Sécurité de l'ONU⁽¹⁵⁾ qui peuvent -via le Statut de Rome- l'utiliser comme une nouvelle forme d'impérialisme⁽¹⁶⁾.

Accusée déjà de partialité dans le choix des cibles, la CPI ne prêtait aucune attention aux critiques dont elle faisait l'objet du fait que la majorité des mises en accusation concernaient des responsables d'États africains⁽¹⁷⁾.

A ce titre, la justification des États africains est basée sur le nombre d'affaires traitées par la CPI jusqu'à présent⁽¹⁸⁾. La première enquête concernait la situation en République Démocratique du Congo en mai 2004 ; l'ouverture d'une enquête au sujet de la République Centrafricaine en septembre 2014⁽¹⁹⁾, ce qui fait que le nombre total est de neuf situations parmi dix ouvertes par la CPI depuis sa création.

« D'autres motifs sont en lice, le manque d'indépendance et de légitimité de cet organe judiciaire international soumis en quelques sortes à un organe politique, il s'agit du rôle du conseil de Sécurité de l'ONU à l'égard de la CPI »⁽²⁰⁾.

D'une manière chronologique, «le Burundi» est le premier État à adopter à la majorité absolue une loi de retrait via son parlement. Sans précédent dans l'histoire de la justice pénale internationale, cette décision est prise en ripostant à l'ouverture d'un examen préliminaire sur les violences et crimes commis dans cet État africain⁽²¹⁾. Cette démarche est jugée par les ONG comme étant une perte majeure pour les victimes⁽²²⁾.

Plusieurs retraits enregistrés dans les semaines qui suivent le retrait du «Burundi». L'Afrique du sud est le deuxième Etats se retirant de la CPI, pourtant aucun examen préliminaire n'est déclenché à son encontre. Cependant, la non-arrestation du Président Soudanais «Omar Hassan El Bachir⁽²³⁾» lors de sa participation au sommet de l'Union africaine en «Afrique du Sud» en 2015⁽²⁴⁾ est considérée comme la cause directe du retrait de cet Etat. Le Soudan considère que la CPI est étrangère au continent africain, et que la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme est la plus appropriée pour le continent africain⁽²⁵⁾.

A son tour, «la Gambie» compte se retirer de la CPI, sa décision est prise le 25 octobre 2016, accusant cette juridiction à compétence universelle, de favoriser les occidentaux qui commettent des «crimes de guerre» en soulevant comme exemple la mort des migrants africains en méditerranée⁽²⁶⁾.

Le processus de retrait ne s'arrête pas, car un quatrième État africain se manifeste comme un porte parole des africains. Il s'agit du «Kenya», qui décide de renoncer à son statut d'État partie à la CPI. Le parlement, par sa majorité vient de

voter une loi incitant le gouvernement à accélérer ce retrait en notifiant la décision au secrétaire général de l'ONU⁽²⁷⁾.

En somme, toutes ces décisions prises à l'encontre de la CPI sont encadrées par l'acharnement de l'Union africaine lors de son dernier sommet le 30 janvier 2017 à «Addis Abeba». *La décision n'est pas contraignante, mais il s'agit d'une demande claire de l'UA à ses États membres de prendre des mesures pour un «retrait collectif» de cette institution judiciaire internationale qualifiée comme Cour africaine⁽²⁸⁾.*

1- Dispositions du Statut de Rome et les conséquences du retrait

L'affichage de volonté des États de coopérer avec la CPI est l'un des principes de cette dernière. Cette coopération est nécessaire pour qu'elle puisse poursuivre et juger les auteurs des crimes internationaux qualifiés de «plus graves»⁽²⁹⁾. Cette même volonté est à l'origine des clauses insérées au Statut Rome autorisant les États à se retirer de la convention sans désengagement de l'État sortant (A). En effet, le retrait produit des effets afférents à l'État concerné d'une part et sur la CPI d'autre part (B).

A. Dispositions juridiques du retrait d'un État partie à la CPI

L'article 127 du Statut de Rome donne la possibilité à tout État membre désireux de quitter la juridiction universelle permanente. Selon le Statut de Rome «Le retrait» au sens propre du terme, concerne l'État Partie à la CPI, car les États signataires n'ayant pas ratifiés le Statut ne sont pas considérés comme «des États parties»⁽³⁰⁾.

Il en est par exemple de la Russie -signataire du Statut de Rome en 2000 au siège de l'ONU- en ce sens qu'un décret signé par le président Russe le 16 novembre 2016 s'articule sur le refus de l'État russe d'adhérer à cette juridiction permanente en retirant sa signature⁽³¹⁾.

Le statut de Rome ne laisse aucun doute sur cette question prévue par les rédacteurs de la convention portant création de la juridiction universelle permanente. La réponse se trouve dans l'article 127 donnant la possibilité à tout État partie le pouvoir de se retirer du Statut. Le retrait prend effet un an après la date à laquelle la notification a été reçue par le secrétariat de l'ONU, à moins que celle-ci ne prévoie une date postérieure⁽³²⁾.

Par ailleurs, l'alinéa 02 de l'article 127 rappelle que le retrait « *ne dégage pas l'État des obligations mises à sa charge par le Statut de Rome alors qu'il y était partie, y compris les obligations financières encourues, et n'affecte pas non plus la coopération établie avec la Cour à l'occasion des enquêtes et procédures pénales à l'égard desquelles l'État avait le devoir de coopérer et qui ont été commencées avant la date à laquelle le retrait a pris effet.* »⁽³³⁾.

Les États africains concernés par ces dispositions ont confirmés que les conditions à remplir pour l'effectivité du retrait son prises en compte, notamment celle ayant trait à la formalité de la notification adressée au Secrétaire général des Nations-Unies conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article 127 du Statut⁽³⁴⁾.

B. Les conséquences du retrait sur l'État concerné et sur la CPI

« *Le fait de coopérer pleinement avec la CPI dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence⁽³⁵⁾* » est considérée comme l'enjeu majeur de la CPI. En effet, le gel de la coopération ou le retrait pourrait paralyser son mécanisme. La cause est claire, la Cour ne possède ni armée, ni police, ni établissements pénitentiaires pour effectuer un procès équitable. C'est dans ce sens que les États sortants du Statut de Rome demeurent concernés -selon le cas⁽³⁶⁾- par

les dispositions de l'article 93 qui inclut dans une liste les principales formes de coopération dans le cadre des enquêtes menées par la CPI. Cette coopération se fait par une demande présentée par la CPI à l'État, son objet varie selon les exigences de l'enquête en fournissant des témoins, des perquisitions, des saisies, et la collecte de preuves...etc.⁽³⁷⁾

Dans ce contexte, et contrairement aux effets juridiques dus au retrait de «l'Afrique du Sud» et «la Gambie» et du «Kenya» de la CPI, et malgré son retrait dans le cadre du respect du troisième engagement cité dans l'alinéa 2 de l'article 127, «le Burundi» se trouve dans une situation délicate. La CPI s'estime compétente à l'égard des crimes qui peuvent être commis en «République du Burundi», car une enquête préliminaire a été ouverte par la Procureure de la Cour le 25/04/2016, au sujet des violations des droits de l'Homme qui ont eu lieu dans cet État de l'Afrique de l'est et ce, après l'annonce du Président de son intention de se présenter à l'élection présidentielle pour à un troisième mandat⁽³⁸⁾.

De ce fait, l'avenir de sa coopération de la CPI, avec les États d'Afrique concernés par le retrait semble incertain, du fait notamment de quelques indices tirés de cette «problématique complexe». Par ailleurs, «*les autorités Burundaises visent à entraver la coopération avec des organes de protection des droits humains et des mécanismes de justice internationale*»⁽³⁹⁾; la position du Kenya est similaire puisqu'elle a catégoriquement refusé de coopérer avec la CPI (Le Kenya avait saisi l'Assemblée des États parties de son intention avant que l'affaire du président Kenyan soit clôturée le 13 mars 2015)⁽⁴⁰⁾. A son tour, la CPI reproche à l'Afrique du Sud la non-coopération, suite à l'incident diplomatique causé par la présence du président soudanais sur son territoire en juin 2015, un président recherché par la Cour⁽⁴¹⁾.

En somme, la non-coopération est une réalité matérielle et juridique, *et si cela se propage entre les États qui composent l'Union africaine -la base arrière de toute décision politique - et en dehors de l'Afrique*, la CPI sera plus fragile qu'avant.

L'abandon de la CPI par certains États puissants, membres du Conseil de Sécurité de l'ONU couplé avec la menace africaine du retrait collectif, la Cour rencontrera certainement un vrai dysfonctionnement sur plusieurs plans, financier, ressources humaines, coopération...etc.

Conclusion

Il est évident que le Statut de Rome comme toute autre convention internationale donne aux États parties le droit de se retirer de la même manière qu'ils se sont déjà engagés souverainement à la conquête du statut « d'État Partie » en application de la règle de parallélisme des formes.

Le retrait des États de la CPI ne concerne pas uniquement les États d'Afrique, la Russie a également manifesté sa volonté dans ce sens. De toute manière, ces positions ne laissent aucun doute que le retrait sera le grand défi menaçant l'existence de cette jeune Juridiction.

L'initiative africaine de revoir ses relations avec la CPI, voire son intention de réaliser un retrait collectif de la Cour peut être qualifiée comme une menace qui pourrait inciter la Cour à s'intéresser à d'autres cas en dehors de l'Afrique! Il est à noter que le retrait ne peut se faire collectivement étant donnée que chaque État doit manifester, individuellement, son intention de quitter la CPI.

Pour mettre fin à tout retrait ultérieur, et pour renforcer la crédibilité de la CPI vis-à-vis de l'Afrique, il est nécessaire d'instaurer un climat de confiance entre la Cour et les signataires du Statut de Rome. Cela peut se faire dans le cadre d'un vrai

dialogue afin de reconfirmer et mettre en pratique la primauté du slogan « combattre l'impunité quel que soit le lieu et l'appartenance des accusés ».

La CPI est également tenue d'élargir le champ de sa compétence à d'autres situations qui préoccupent la société internationale ; le cas de la Palestine, les crimes commis en Birmanie, le drame Syrien et autres crimes dans d'autres territoires. L'ouverture de ces dossiers peut être la clé du rétablissement de la confiance aux africains à l'égard de la Cour.

Notes :

(1) 15 États africains ont ratifié le Statut de Rome avant son entrée en vigueur. L'article 126 du Statut précise que 60 ratifications étaient nécessaires à son entrée en vigueur, ce qui représente un quart des États du monde ratifiant ce Statut. Voir : Statut de la CPI article 126.

(2) www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/African+States, consulté le 25/03/2016, Selon le site officiel de la CPI, les États d'Afrique ratifiant le statut de Rome, sont au nombre de 34. Le premier était le Sénégal le 02 Février 1999, et le plus récent était la Côte d'Ivoire le 15 Février 2013, par contre Le Salvador est le dernier État adhérant la CPI le 03 mars 2016.

(3) SANTULLI Carlo, La CPI : de l'impunité à la répression, Actes du colloque organisé à Limoges les 22 et 23 novembre 2001, Textes réunis par GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène, p. 190

(4) Kai Ambos, Ottilia A. Maunganidze, Pouvoir et poursuite : défis et opportunités pour la justice pénale internationale en Afrique subsaharienne, Université de goettingen, 2012, p. 14

(5) Le site authentique de la CPI indique que l'Afrique est représentée par 34 États parties de la CPI. Ce chiffre permet à l'Afrique d'être au devant des continents ayant ratifiés le Statut de Rome, suivie par les États d'Asie et du Pacifique avec 19 ratifications, puis l'Europe orientale 18, États d'Amérique latine et des Caraïbes 28, États d'Europe occidentale et autres États 25. Voir : www.icc.org consulté le 28/03/2017.

(6) L'Algérie a signé la convention de Rome le 28 décembre 2000. A ce jour, l'Algérie en tant qu'État important de l'Union Africaine refuse toute idée d'adhérer à la CPI.

(7) DAHMANI Abdeslem, « La CPI face aux défis actuels consécutif à l'hégémonie du Conseil de Sécurité des Nations Unies », Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 08 mai 2012, p. 213 (en arabe).

(8) MADI DJABAKATE Mohamed, Le rôle de la Cour Pénale Internationale en Afrique, Editions l'Harmattan, 2014, p. 20

(9) Le préambule du Statut de Rome précise que la CPI est complémentaire des juridictions pénales nationales. Les articles 1, 17 du Statut confirment le principe de complémentarité.

(10) SAKR Nabil, Les documents de la Cour pénale internationale, Editions Dar El Houda, Algérie, p. 35

(11) DAHMANI Abdeslem, « La contribution de la Cour pénale internationale pour prévenir les violations du droit international humanitaire », actes de colloque sur « Les mécanismes de la mise en œuvre du droit international humanitaire », les 13 et 14 Novembre 2012, Faculté de Droit et des sciences politiques, université de Béjaia, p. 18.

(12) La Russie en tant que puissance mondiale annonce officiellement qu'elle va retirer sa signature du Statut de Rome en parallèle avec la position africaine. Un décret sur l'intention de retrait est signé par le président Russe le 16/11/2016 de ne pas adhérer au Statut de Rome relatif à la CPI. Voir : <http://www.jeuneafrique.com/374829/politique/cpi-russie-annonce-retrait-de-signature-traite-de-rome/> consulté le 29/03/2017.

(13) NDIYAYE Malick, Afrique-CPI : mariage forcé ou divorce de raison ? Éditions l'Harmattan, p. 20

(14) Treize États africains classés dans la rubrique « situations et affaires » du site de la CPI peut expliquer la rupture de confiance entre cette juridiction et l'Union africaine. Voir <https://www.icc-cpi.int/asp?> Consulté le 31/03/2017.

(15) Les États Unis d'Amérique, la Russie, la Chine, sont des membres permanents de l'ONU et ne possèdent pas le statut d'« État Partie » à la CPI.

(16) L'article 13 alinéa b du Statut de Rome donne la possibilité au Conseil de Sécurité de traduire devant la CPI une situation qualifiée menaçante à la paix et la sécurité internationale. Voir article 13/b du Statut de Rome.

(17) Rachidattou ILLA Maikassoua, la commission africaine des droits de l'homme et des peuples : un organe de contrôle au service de la charte africaine, KARTHALA, 2013, p. 389

(18) Maman Aminou A. Koundy, L'abandon des charges dans l'affaire relative à la situation au Kenya : affaiblissement ou opportunité pour la Cour Pénale Internationale, la revue des droits de l'homme, Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, janvier 2017, p. 01

(19) Voir https://www.iccpi.int/fr_menus/icc/situations, consulté le 30/03/2017.

(20) Le journal quotidien El Khabar dans son édition du jeudi 8 Avril, 2010 a cité des propos du directeur de la législation et des études juridiques au ministère de la Justice algérien Nasreddine Maroc qui justifie la position de l'Algérie vis-à-vis la CPI comme suit; la peur de politiser la Cour en raison de l'article 16 du

Statut, qui donne l'autorité au Conseil de sécurité à geler la procédure judiciaire pendant un an. Ainsi que l'article 13, alinéa 2, qui donne au Conseil de sécurité le droit de renvoyer des affaires devant la Cour, qui est incompatible avec l'indépendance de la Cour, ce qui peut entraîner sa politisation.

⁽²¹⁾ Site officiel de la CPI : <https://www.icc-cpi.int/burundi?ln=fr> La CPI se prononce compétente sur les crimes qui auraient été commis au Burundi depuis avril 2015 consulté le 30/30/2017.

⁽²²⁾ Site officiel de Human Rights Watch: <https://www.hrw.org/fr/news/2016/10/27/burundi-le-retrait-de-la-cpi-est-une-perde-majeure-pour-les-victimes> consulté le 30/30/2017.

⁽²³⁾ Le cas du président Soudanais est considéré par les observateurs comme un échec flagrant et une faiblesse sans précédent dans l'histoire de la CPI.

⁽²⁴⁾ L'Afrique du Sud était obligée de se conformer aux exigences du Statut de Rome et de se comporter en tant qu'«État partie» d'arrêter et de livrer le Président du Soudan sur son territoire les 14 et 15 juin 2015 voir : Maman Aminou A. Koundy, op.cit, p. 06

⁽²⁵⁾ Les États membres de l'Union africaine adoptent le protocole portant amendement au protocole portant Statut de la Cour de justice et des droits de l'homme approuvé à Malabo en juin 2014.

⁽²⁶⁾ http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/26/le-gambie-veut-a-son-tour-sortir-de-la-cpi_5020376_3212.html, consulté le 30/30/2017.

⁽²⁷⁾ Le Kenya ratifie le Statut de Rome le 15 mars 2005 : Voir : le site officiel de la CPI https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/statesparties/africanstates/Pages/africanstates.aspx, consulté le 31/03/2017.

⁽²⁸⁾ *La décision de retrait de la CPI lors de sommet le 31 janvier 2017 à Addis Abeba est prise par les leaders africains à huis clos. Voir site officiel de l'UA* <https://au.int/fr/visité> le 30/03/2017 à 22:35

⁽²⁹⁾ Selon l'Article 5 du Statut: « La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants :a) Le crime de génocide; b) Les crimes contre l'humanité; c) Les crimes de guerre; d) Le crime d'agression ».

⁽³⁰⁾ Aucun terme juridique ne correspond à « l'Etat signataire » dans l'article 127 du Statut de Rome.

⁽³¹⁾ RUNAVOT Marie-Clotilde, Le retrait de la Fédération de Russie de sa signature du traité de Rome ou l'art de pervertir le droit des traités, la revue des droits de l'homme, Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, novembre 2016, p. 01

⁽³²⁾ Selon le même article 127, le retrait se fait par voie de notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Voir article 127 alinéa 1 du Statut de Rome.

⁽³³⁾ S'ajoute à cette disposition, l'Etat concerné ne peut jamais mettre en cause la compétence de la Cour à son encontre en rappelant que le retrait n'affecte en rien la poursuite de l'examen des affaires que la Cour avait déjà commencé à examiner avant la date à laquelle il a pris effet ». Voir : l'alinéa 2 de l'article 127

⁽³⁴⁾ Les notifications sont dressées respectivement par : l'Afrique du Sud le 21/10/2016, le Burundi le 28/10/2016, la Gambie le 10/11/2016 : Voir le site des Nations Unies-collection des traités : <https://treaties.un.org/Pages/FileSearch.aspx?tab=CN&clang=fr>, consulté le 31/03/2017.

⁽³⁵⁾ Voir l'article 86 du Statut de Rome sous le chapitre 09 intitulé « Coopération internationale est assistance judiciaire ».

⁽³⁶⁾ Selon l'article 87 du Statut la « CPI peut inviter tout Etat non partie au présent Statut à prêter son assistance au titre de présent chapitre sur la base d'un arrangement ad hoc ou d'un accord conclut avec cet Etat ou sur toute autre base appropriée ».

⁽³⁷⁾ PLENET Evelise, Vers la création d'une prison internationale: L'exécution des Peines, Editions L'Harmattan 2010, p.296.

⁽³⁸⁾ Le président de l'Assemblée des Etats Parties M.SIDIKI Kaba s'est dit « préoccupé par le retrait de Burundi qui constituait un recul dans la lutte contre l'impunité, il invite cet Etat d'exposer ces préoccupations devant l'assemblée qu'il le réside ». Voir : Document ICC-CPI-20161014-PR1244

⁽³⁹⁾ <https://www.amnesty.fr/justice-internationale-et-impunite/actualites/>, consulté le 01/04/2017.

⁽⁴⁰⁾ <https://www.icc-cpi.int/kenya/kenyatta?ln=fr>, consulté le 01/04/2017.

⁽⁴¹⁾ Amnesty international a considéré l'attitude de l'Afrique du Sud incompatible avec son engagement vis-à-vis le Statut de la CPI et qualifie son retrait « une grande trahison aux millions de victimes à travers le monde » Voir : <https://www.amnesty.fr/presse/afrique-du-sud.-la-decision-de-retrait-de-la-cour-penale>, consulté le 01/04/2017.

Les innovations normatives de l'Union africaine en matière de paix et de sécurité*

BOUDA Nassima, MA "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

بودة نسيمة، أستاذة مساعدة "أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

La volonté des pays africains de surmonter les échecs et de remédier aux insuffisances et lacunes de l'ancienne organisation africaine (OUA) face aux conflits et guerres qui continuent de ravager le continent, est à l'origine de l'introduction de plusieurs innovations dans le dispositif sécuritaire de l'Union africaine.

En effet, avec l'avènement de l'Union africaine, la doctrine africaine en matière de paix et de sécurité a considérablement évolué. Ainsi, de nouveaux principes, normes et mesures ont été consacré dans le cadre de la nouvelle organisation continentale (l'UA), à savoir la reconnaissance du droit d'intervention à l'UA et l'instauration d'un régime de sanction, marquant ainsi un tournant et une nouvelle ère pour l'Afrique en matière de paix et de sécurité.

Mots clés:

Union africaine (UA), paix, sécurité, Afrique, conflits, droit d'intervention, régime de sanction.

The normative innovations of the African Union as regards to peace and security

Abstract:

The will of the African countries to overcome the failures and to remedy the shortcomings and the inadequacies of the old African organization (OAU) facing conflicts and wars, which continue to ravage the continent, is behind the introduction of several innovations in the security structure of the African union.

Indeed, with the advent of the African union, the African doctrine as regards to peace and security has evolved substantially. Thus, new principles, standards and measures have been adopted within the framework of the new continental organization (the UA), namely the recognition of the UA right of intervention and the introduction of a sanctions regime, thus marking a turning point and a new era for Africa regarding peace and security.

Key words:

African union (AU), peace, security, Africa, conflicts, right of intervention, sanctions regime.

* Article reçu le 26/12/2016, expertisé le 14/05/2017, rendu publiable le 12/06/2017.

الاستحداثات المعيارية للاتحاد الإفريقي في مجال السلم والأمن

الملخص:

لقد كانت رغبة الدول الإفريقية في تجاوز فشل المنظمة القارية الإفريقية السابقة "منظمة الوحدة الإفريقية" في مواجهة النزاعات والحروب التي لا تزال تعصف بالقارة، وفي إصلاح نقاط ضعفها وأوجه قصورها، وراء إدخال العديد من الاستحداثات في الترتيب الأمني للاتحاد الإفريقي.

إذ مع ظهور الاتحاد الإفريقي تطورت العقيدة الإفريقية في مجال السلم والأمن بصفة معتبرة، وتم تكريس مبادئ، معايير وتدابير جديدة في إطار المنظمة القارية الجديدة تتمثل في الاعتراف بحق تدخل الاتحاد الإفريقي وتأسيس نظام الجزاءات، مما يشكل نقطة تحول وعهدا جديدا لإفريقيا في مجال الأمن والسلم.

الكلمات المفتاحية:

الاتحاد الإفريقي، السلم، الأمن، إفريقيا، النزاعات، حق التدخل، نظام الجزاءات.

Introduction

Le début du 21^e siècle est marqué par la détermination des dirigeants africains pour régler les conflits qui ravagent l'Afrique et faire face aux défis de la paix et de la sécurité. Cette détermination est le résultat d'une prise de conscience de la gravité croissante de la situation sur le continent et cela d'autant plus après le génocide au Rwanda en 1994⁽¹⁾. Le drame rwandais a changé la mentalité et la vision des africains et a renforcé leur détermination et conviction qu'ils ne peuvent plus rester indifférents et apathiques envers les crimes de guerre, de génocide et crimes contre l'humanité, et ne peuvent plus assister et regarder avec indifférence ces crimes qui se succèdent sur le continent.

Une prise de conscience qu'a résumée l'ex commissaire de l'Union africaine chargé de la paix et de la sécurité Saïd DJINNIT dans une de ses allocutions, en disant : « *Plus jamais, les africains ne pourront regarder le développement des tragédies sur le continent et dire que c'est de la responsabilité des Nations Unies ou de la responsabilité d'une tierce personne. Nous sommes passés du concept de la non-interférence à celui de la non-indifférence. Nous ne pouvons en tant qu'africains rester indifférents aux tragédies de notre peuple* »⁽²⁾. Ainsi donc est apparu une prise de conscience croissante de la nécessité pour les dirigeants africains d'assumer une responsabilité collective s'ils veulent mettre fin ou du moins réduire le nombre de conflits en Afrique.

Pour montrer leur détermination, et faire face aux échecs de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) en matière de prévention, de gestion et de règlement des conflits, les dirigeants africains ont convenu, lors de leur rencontre au sommet de Durban en 2002, de remplacer cette dernière par l'Union africaine (UA). Ils ont exprimé dans le préambule de l'Acte constitutif de cette nouvelle organisation continentale leur prise de conscience du fait que le fléau des conflits en Afrique constitue un obstacle majeur au développement socio-économique du continent, et de la nécessité de promouvoir la paix, la sécurité et la stabilité comme condition préalable à la mise en œuvre du programme de développement et d'intégration⁽³⁾. Et

ils sont résolus à renforcer leur capacité à régler les conflits qui ravagent le continent depuis plus d'un demi-siècle et à garantir un rôle clé et principal à l'Afrique dans la restauration de la paix, la sécurité et la stabilité sur le continent à travers l'Union africaine⁽⁴⁾.

Sur le terrain, depuis son avènement, cette dernière a fait de la question de la paix et de la sécurité sa priorité et son cheval de bataille. Ceci s'est effectivement concrétisé par la mise en place d'un nouveau régime juridique africain pour la prévention, la gestion et le règlement des conflits. En effet, le changement d'organisation et le passage à l'Union africaine ont été suivis par un renouvellement d'objectifs, de principes de vision et d'action (innovations normatives) en matière de paix et de sécurité, et d'un renouvellement des mécanismes et d'organes activant dans ce domaine (innovations institutionnelles) dans le cadre de la nouvelle organisation continentale africaine.

Néanmoins, dans la présente étude nous écartons les innovations institutionnelles⁽⁵⁾, et nous la consacrons uniquement à l'étude des innovations normatives, apportées par l'Acte constitutif de l'UA, et qui consistent en deux innovations importantes à savoir la consécration du droit d'intervention de l'Union (I) et l'instauration d'un régime de sanction (II).

I- La consécration du droit d'intervention

Compte tenu de ses nouvelles ambitions et de ses objectifs novateurs, l'Union africaine a remis en cause les principes fondamentaux de sa prédécesseure ; en particulier le principe de non-ingérence (A).

C'est dans ce contexte également que l'Acte constitutif de l'organisation africaine innove et apporte de nouveaux principes en consacrant en son article 4 alinéas (h) et (j) le droit de l'Union d'intervenir dans un État membre pour restaurer la paix et la sécurité, et cela dans certaines circonstances graves (B), ainsi que le droit des États membres de solliciter l'intervention de l'Union pour restaurer la paix et la sécurité (C). Par la suite, le champ d'intervention de l'UA a été élargi et un autre motif d'intervention a été apporté par le protocole modifiant l'Acte constitutif (D).

A- La remise en cause du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures d'un autre État membre

L'Acte constitutif énonce en son article (4) que l'Union africaine fonctionne conformément à un ensemble de principes, parmi lesquels on cite le principe de non-ingérence⁽⁶⁾. Il réaffirme, en conséquence, l'attachement de l'UA aux principes de la souveraineté et de l'intégrité territoriale.

L'UA se place, a priori, dans la continuité du droit international général et des instruments régionaux africains qui ont consacré ce principe à plusieurs reprises au risque de paralyser, au nom de la souveraineté étatique, les actions de prévention, de gestion et de règlement des conflits lorsque ces derniers étaient de nature intra-étatique⁽⁷⁾. Cependant, une lecture complète de cet article nous fait constater que l'Union africaine a remis en cause le principe sacro-saint de non-ingérence dans les affaires intérieures des États.

En effet, en édictant le droit de l'Union africaine d'intervenir dans un État membre (article 4 (h) et (j)), l'Acte constitutif de cette organisation remet en cause la "norme westphalienne" de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, une norme consacrée par la charte de l'ancienne organisation africaine l'OUA en 1963⁽⁸⁾.

Cette norme a été la cause de l'inertie, de la léthargie et de la paralysie de l'ancienne organisation panafricaine devant les massacres subis par les peuples africains, et une des raisons des échecs répétés de l'OUA dans sa quête de solutions

aux conflits et crises qu'a connus différents pays du continent. Le drame rwandais illustre bien cet immobilisme et ces échecs. En d'autres termes, l'application stricte du principe de non-ingérence dans les affaires internes des États membres représentait le facteur de blocage essentiel et expliquait en grande partie l'impuissance et la faiblesse de l'organisation de l'unité africaine et de ses mécanismes dans le domaine de la paix et de la sécurité.

Les chefs d'États africains ont tiré des leçons de l'expérience du passé. C'est donc pour ne plus tomber dans le même piège, pour ne plus refaire les mêmes erreurs et ne plus faire face aux mêmes entraves que celles auxquelles a été confrontée l'OUA qu'ils ont décidé dans le cadre de la nouvelle organisation continentale de revoir cette norme et d'assouplir le principe de non-ingérence.

Par conséquent, l'ajout du point (h) à l'article (4) de l'Acte constitutif a été adopté dans le seul but de permettre à l'Union africaine de résoudre les conflits de manière plus efficace sur le continent, sans jamais avoir à rester assise et ne rien faire à cause de la notion de non-ingérence dans les affaires intérieures des États membres. Ainsi les engagements revitalisés de l'UA en matière de paix et de sécurité sont destinés à rompre avec la tradition de l'OUA de "non-ingérence" pour construire une nouvelle culture de "non-indifférence".

À première vue, il semblerait que le droit d'intervenir, consacré par l'Acte constitutif de l'Union africaine dans ses articles 4 (h) et (j), soit en contradiction avec le principe interdisant l'ingérence de tout État membre dans les affaires intérieures d'un autre État membre lui aussi consacré par l'Acte constitutif de l'UA en son article 4 (g). Toutefois, en examinant ces dispositions de plus près, il est clair que ce que l'article 4 (g) interdit c'est uniquement l'intervention d'un «État membre» et non l'intervention de l'UA. Ainsi, les deux articles ne sont pas contradictoires comme ils peuvent sembler.

Par ailleurs, on note qu'une différence importante apparaît lors de la lecture comparative des deux textes consacrant le principe de non-ingérence. D'un côté celui de la Charte de l'OUA "*la non-ingérence d'un État membre dans les affaires intérieures d'un autre État membre*"⁽⁹⁾ et de l'autre côté celui de l'Acte constitutif de l'UA "*la non-ingérence dans les affaires intérieures des États*"⁽¹⁰⁾. Effectivement, on constatera que la Charte d'Addis-Abeba a non seulement interdit l'interférence entre les États membres, mais elle a aussi prohibé à l'ancienne organisation elle-même toutes interventions dans les affaires intérieures de ses États membres. Autrement dit, dans la Charte de l'OUA la non-ingérence vaut aussi bien aux États membres qu'à l'organisation, par contre l'Acte constitutif de l'UA a limité l'interdiction d'ingérence aux États seulement, et permet désormais à l'organisation africaine d'intervenir dans certains cas graves.

En somme, l'intervention collective sous l'égide de la nouvelle organisation continentale (l'UA) n'est plus considérée comme une ingérence⁽¹¹⁾. Il y a donc que l'intervention unilatérale entre les États membres qui est exclut dans le cadre de l'UA. Ce qui confirme et approuve donc le droit de l'Union africaine à intervenir.

B- La reconnaissance du droit d'intervention de l'Union africaine dans certains cas graves

La Charte de l'OUA ne contenait aucune disposition reconnaissant le droit d'intervention d'un État membre individuellement ou par l'organisation collective dans d'autres États membres. Au contraire, cette dernière mettait particulièrement l'accent sur les principes de souveraineté, d'intégrité territoriale des États membres, et sur le droit inaliénable à l'existence indépendante et à la non-ingérence dans leurs

affaires intérieures. Le droit d'intervention était ainsi inconnu sous l'ancienne organisation panafricaine (l'OUA) dont les principes fondamentaux étaient la non-intervention, la non-ingérence et le respect de l'intégrité territoriale et de la souveraineté des États membres.

En revanche, l'Union africaine s'est affranchie des entraves anciennes posées par l'ancienne Organisation de l'Unité africaine (OUA), et contrairement à la Charte de cette dernière l'Acte constitutif de l'UA va apporter des principes nouveaux. Dorénavant, le droit d'intervention est reconnu. Marquant ainsi un tournant décisif dans sa vision sécuritaire du continent et un changement qualitatif dans sa quête de solution durable aux conflits et dans la promotion de la paix et de la sécurité en Afrique.

En effet, l'article 4 de l'Acte constitutif de l'Union africaine qui a trait aux principes selon lesquels fonctionne cette dernière, prévoit entre autres : le droit de l'Union d'intervenir dans un État membre conformément à une décision de la Conférence dans certaines circonstances graves, telles que les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité⁽¹²⁾. On constate que les cas où l'UA a le droit d'intervenir, prévus en cet article, sont les crimes d'atrocité de masse, des crimes graves passibles de sanctions internationales, à savoir les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité. À noter que la Conférence de l'Union décide l'intervention de l'organisation par consensus ou, à défaut, à la majorité des deux tiers (2/3) des États membres de l'Union⁽¹³⁾ et cela suite à une recommandation émanant du conseil de paix et de sécurité africain⁽¹⁴⁾.

D'après les dispositions de l'article 4 (h), l'Union africaine a créé un nouveau droit : le droit d'ingérence dans les affaires intérieures des États membres à vocation humanitaire en raison d'une cause supérieure, c'est à dire au nom du droit à la vie inscrit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁽¹⁵⁾.

En effet, ce principe est nouveau en droit international régional africain, l'Acte constitutif de l'Union africaine est ainsi le premier traité international et régional⁽¹⁶⁾ à avoir consacré un droit pareil, lequel rompt avec les sacro-saints principes de non-ingérence et de respect de la souveraineté inscrits dans la Charte de l'ex-organisation continentale africaine. Désormais, les principes de la souveraineté absolue et de la non-ingérence totale, qui ont été pour beaucoup dans l'échec de l'OUA, sont nuancés par le droit d'intervention de l'Union dans des circonstances graves. Ce nouveau principe qui fait exception au principe de non-ingérence est donc compatible avec la tendance mondiale de lutte contre tout ce qui menace la vie humaine.

S'agissant de sa mise en œuvre, elle est soumise à deux types de conditions : D'un côté des conditions objectives ou de fond, notamment la restriction du droit d'intervention à la seule personnalité de l'organisation, autrement dit l'intervention doit être une action multilatérale celle de l'UA, c'est donc un droit réservé exclusivement à l'Union et non celui d'un État, excluant ainsi une possible intervention directe de la part des États membres. Et le droit à l'intervention uniquement dans des cas bien déterminés, c'est-à-dire que l'intervention doit avoir lieu seulement s'il y a violation ou atteinte grave au principe de l'humanité. D'un autre côté des conditions procédurales ou de forme : une décision émanant de la Conférence de l'Union suite à une recommandation du Conseil africain de la paix et de la sécurité qui se charge aussi de préciser le mode d'intervention.

Toutefois, l'Acte constitutif ne prévoit pas de procédure à suivre, l'UA reste incertaine à la fois sur les conditions procédurales et matérielles en vertu desquelles l'intervention serait exercée⁽¹⁷⁾. Autrement dit, l'Acte constitutif est silencieux sur la façon d'intervenir et il est incomplet concernant la façon de décider quand intervenir.

Par ailleurs, il n'est pas clair si l'Assemblée de l'UA peut d'abord mener une enquête avant de déterminer si une intervention est nécessaire ou si elle doit d'abord décider d'intervenir avant de savoir si effectivement des crimes internationaux ont été commis dans un État membre⁽¹⁸⁾, et cela quoique, l'article 4 (h) stipule qu'il doit y avoir la commission d'un crime international pour nécessiter une intervention. De plus, l'UA a créé des organes spécialement destinés à faire des missions d'enquête, tel que le comité des sages, permettant à l'Assemblée de l'UA de décider s'il ya lieu ou non de prendre des mesures. Il est donc logique d'établir la commission du crime international avant l'intervention⁽¹⁹⁾.

Par ailleurs, il est à noter que plusieurs autres remarques peuvent être soulevées à propos des dispositions de l'article 4 (h). Tout d'abord, on note que si celui-ci a limité le droit de l'Union d'intervenir dans des cas bien précis, qualifiés de "circonstances graves", il reste à savoir sur quels critères se baser pour qualifier une situation donnée comme étant grave ou non grave étant donné que l'Acte constitutif n'a pas défini ces cas qualifiés de graves. En effet, bien que la matière sur laquelle porte le droit d'intervention soit précisée, l'Acte constitutif de l'UA n'indique nulle part l'organe habilité à recenser les cruautés et à leur donner la qualification de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et génocide⁽²⁰⁾. À moins que la conférence se base dans cette qualification sur les définitions établies par les différentes conventions et instruments internationaux pertinents⁽²¹⁾, cependant, cette qualification sera inévitablement plus de nature politique que juridique vu que l'organe auquel est confié le pouvoir de qualification est un organe à caractère politique, qui est la Conférence de l'UA.

La question se pose également sur la capacité d'un chef d'État à reconnaître les faits graves qui lui ont été reprochés et qui l'incriminent⁽²²⁾ et sur la capacité des dirigeants africains à dénoncer leurs homologues. Il reste donc à savoir si les dirigeants africains seront en mesure de dénoncer ce genre de crimes et de les qualifier de tel pour permettre à l'Union africaine d'intervenir, autrement dit l'efficacité de cette dernière pour agir et intervenir dépendra de la volonté politique de ses dirigeants.

En outre, on note également que l'Acte constitutif de l'Union africaine (UA) permet d'intervenir dans des situations où les populations sont exposées à des risques graves, sans le consentement de l'État cible. Cela constitue une innovation par rapport à ce qui était prévu dans le cadre de l'ancienne organisation africaine l'OUA. En effet, il y a lieu de rappeler que l'intervention de ses mécanismes pour résoudre un conflit ; que ça soit la commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage⁽²³⁾ où que ça soit le mécanisme pour la prévention, la gestion et le règlement des conflits⁽²⁴⁾, est conditionnée par le consentement des parties en conflit⁽²⁵⁾, ce qui a constitué un des facteurs de blocage de ces deux mécanismes.

Enfin, il est à constater aussi qu'étant donné que l'intervention de l'UA dans un État membre n'a lieu qu'après que des crimes de guerre, de génocide et des crimes contre l'humanité ont été commis, ce qui veut dire que l'organisation n'intervient pas pour prévenir et empêcher ce genre de massacres. En effet, l'intervention préventive est exclue du champ d'application de l'Acte constitutif de l'Union africaine, ce qui relativise le droit d'intervention comme moyen de gestion des conflits armés, c'est pour cette raison que certains États membres incités et influencés par l'ex-président libyen Mouammar Kadhafi réclament l'extension du champ d'intervention de l'Union à travers l'amendement de son acte constitutif⁽²⁶⁾.

C- La reconnaissance du droit des États membres de solliciter l'intervention de l'Union

En plus du droit de l'Union d'intervenir dans un État membre, dans certaines circonstances graves, à savoir les crimes de guerre, le génocide, et les crimes contre l'humanité, l'Acte constitutif octroie en vertu de son article 4 alinéa (j) aux États membres le droit de solliciter l'intervention de l'union pour restaurer la paix et la sécurité. Autrement dit, les États membres ont la possibilité selon cet article de demander à l'Union africaine d'intervenir quand un conflit a lieu au sein d'un État membre ou entre plusieurs États membres. D'après cette disposition, on peut supposer d'une part que l'intervention de l'Union africaine ne nécessite pas le consentement de l'État cible, d'autre part on peut supposer que cette intervention peut être sollicitée non seulement par l'État touché par le conflit, mais aussi par les autres États membres afin de rétablir la paix et la stabilité, notamment les pays voisins, et cela individuellement ou collectivement.

Toutefois, en se référant à l'article 4 alinéa 1 (f) du règlement intérieur de la Conférence de l'UA on constate que ces suppositions sont contredites étant donné que celui-ci énonce que : "*la Conférence décide de l'intervention dans un État membre, à sa demande*⁽²⁷⁾, *pour rétablir la paix et la sécurité*"⁽²⁸⁾. En d'autres termes, selon le règlement intérieur de la Conférence, l'intervention de l'Union dans un État membre doit être sollicitée par cet État lui-même où le conflit a éclaté, cela signifie donc que cette intervention est conditionnée par le consentement de ce dernier.

Ce qui nous amène à constater encore une fois le manque de clarté de l'Acte constitutif de l'Union africaine à ce propos. Cela rend nécessaire la révision de ce texte, et effectivement, en 2003 les dirigeants africains ont amendé l'Acte constitutif, et parmi les modifications importantes apportées à ce texte on note l'extension du droit d'intervention de l'UA.

D- L'amendement de l'Acte constitutif de l'UA : Extension des motifs d'intervention de l'UA

En raison du vide et des lacunes constatées dans l'Acte constitutif de l'Union africaine initial, quelques États africains, à leurs têtes la Libye⁽²⁹⁾, ont manifesté leur volonté d'apporter certaines modifications à ce dernier, notamment à son article 4 (h). Suite à cela, les chefs d'État et de gouvernement ont adopté les premiers amendements à l'Acte constitutif de l'Union africaine dans les sept mois suivant le lancement de l'organisation.

Ces amendements ont été adoptés en deux étapes : d'abord par la première session extraordinaire de la Conférence de l'Union africaine qui s'est réunie le 3 février 2003 à Addis-Abeba pour examiner spécifiquement les différents amendements proposés qui avaient été présentés par certains États membres dans la période qui a suivi le sommet de Durban en 2002 ; et, encore une fois, par la deuxième session ordinaire de la Conférence à Maputo (Mozambique) le 11 juillet 2003⁽³⁰⁾. À noter que le protocole portant les amendements à l'Acte constitutif de l'UA n'est pas encore entré en vigueur au moment de la rédaction de cet article⁽³¹⁾.

Ce qui nous importe dans la présente étude c'est l'amendement à l'article 4 (h) qui prolonge et élargit le champ d'application du droit d'intervention de l'UA dans un État membre pour inclure les situations où il y a une "menace grave à l'ordre légitime"⁽³²⁾.

En conséquence, cet amendement introduit un nouveau motif d'intervention en reconnaissant le droit de l'UA d'intervenir sur décision de la Conférence⁽³³⁾ suite à la

recommandation du Conseil de paix et de sécurité⁽³⁴⁾ lorsqu'il existe une grave menace à l'ordre légitime en vue de rétablir la paix et la stabilité dans un État membre à l'UA.

En d'autres termes, un autre cas qui justifierait l'intervention est prévu par ce texte ; il s'agit des cas où l'ordre légitime dans un État membre est sérieusement menacé.

En effet, l'article 4 du Protocole d'amendement insère un ajout à la fin du sous-paragraphe (h) de l'article 4 de l'Acte constitutif, qui se lit comme suit : « Le droit de l'Union d'intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir, les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité *ainsi qu'une menace grave de l'ordre légitime afin de restaurer la paix et la stabilité dans l'État membre de l'Union sur la recommandation du Conseil de paix et de sécurité* ». Cette disposition a été amendée de façon extensive et étendue pour inclure le droit de l'Union africaine d'intervenir dans un État membre, non seulement dans les cas d'atrocités graves aux droits de l'homme, mais aussi lorsqu'il y a une menace à l'ordre légitime en vue de restaurer la paix et la sécurité.

Une nouvelle forme d'intervention est sur le point donc d'émerger au sein de l'Union africaine. La modification de l'article 4 (h) marque la transition d'une intervention purement humanitaire⁽³⁵⁾ à une intervention politique.

Le Protocole étend ainsi le droit d'intervention de l'Union dans un État membre, sans le consentement de ce dernier, en cas de "menace grave de l'ordre légitime".

Mais sans apporter davantage d'explication et de précision⁽³⁶⁾. Faute d'explication et d'éclaircissement, toute question qui se rapporte à l'interprétation ou à l'application de cette norme pourrait être donnée, dans le futur, par la Cour de Justice de l'UA ; mais en attendant la mise en place de celle-ci⁽³⁷⁾, la question est soumise, en vertu de l'article 26 de l'Acte constitutif, à la Conférence qui tranche à la majorité des deux tiers.

Par ailleurs, ce manque d'explication et de précision a fait que cet amendement a déjà suscité certains commentaires critiques, notamment dans le contexte d'un certain nombre de questions connexes qui se posent à cet égard, comme : qu'est-ce qui constitue une menace grave à l'ordre légitime ? Et que sont les critères de jugement de la légitimité d'un ordre donné ? Autrement dit comment l'Union peut-elle mesurer une «grave menace» à l'ordre légitime ? Ces points n'ont pas été abordés du tout dans le texte d'amendement.

Contrairement aux crimes de guerre, aux crimes contre l'humanité et aux génocides, dont les définitions sont prévues dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'ex Yougoslavie et qui ont été précisées par la jurisprudence de ces deux tribunaux, comme on l'a déjà noté auparavant, la notion d'une menace sérieuse à l'ordre légitime n'est définie nulle part et ne figure dans aucun instrument antérieur, ni au niveau international, ni au sein de l'UA ni de sa prédécesseure l'OUA. Il n'est donc pas clair quels critères l'Union africaine utilisera pour déterminer si le régime au pouvoir dans un État africain, qui doit faire l'objet d'une intervention, est légitime. Et ce qui rend la tâche encore plus difficile c'est surtout l'absence d'un mécanisme compétent dans le cadre de l'organisation africaine pour évaluer si et dans quelle mesure une telle menace existait et ce qui constituait une menace à l'ordre légitime.

En effet, bien que la légitimité du droit d'intervention, au titre de l'article 4 (h) sous sa première forme, en vertu du droit international ait fait l'objet de controverses, les commentateurs sont généralement d'accord sur le fait qu'il est conforme à la

notion de responsabilité de protéger. Le confinement du droit d'intervention au génocide, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité repose sur l'idée que ces motifs d'intervention ne soulèvent aucune controverse puisqu'ils reflètent aujourd'hui généralement des violations du droit international telles qu'elles ressortent des statuts du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), le Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie (TPIY) et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI). Toutefois, l'extension du droit d'intervention pour inclure l'intervention pour restaurer l'ordre légitime est sans précédent dans le droit international et maintiendra le débat sur la légitimité de l'intervention.

En outre, parmi les questions soulevées également à propos de cet amendement, il y a celles qui concernent en partie la compatibilité de l'emploi de la force par les organismes régionaux avec la Charte des Nations Unies et le droit international général. En d'autres termes, comment le droit d'intervention en réponse à une menace à l'ordre légitime peut-il être mis en œuvre sans violer la Charte des Nations Unies et le droit international coutumier ?⁽³⁸⁾

À noter enfin, que l'interprétation du protocole d'amendement reste en instance du moment qu'il n'est pas encore entré en vigueur et que pour l'instant ces dispositions ne sont pas applicables.

II- L'instauration d'un régime de sanction

Parmi les lacunes qui ont contribué à l'échec de l'ex-organisation continentale africaine l'absence d'un régime de sanction qui devait garantir le respect de ses principes, de ses décisions et de ses politiques. La Charte de l'OUA ne comportait aucune disposition expresse sur des mesures coercitives qui seraient prises contre ses membres.

À la différence de sa devancière, l'Union africaine a décidé de mettre fin à l'impunité en Afrique en instaurant en son sein un régime de sanction bien établie.

Désormais, l'UA a la possibilité d'infliger des sanctions à l'encontre de l'un de ses États membres pour non-paiement de ses contributions au budget de l'organisation⁽³⁹⁾ (A), pour violation et non-respect des politiques et décisions de cette dernière⁽⁴⁰⁾ (B), et aussi pour avoir enregistré un changement anticonstitutionnel de gouvernement⁽⁴¹⁾ (C).

A- Sanctions pour non-paiement des contributions au budget de l'Union

À souligner tout d'abord que même si la non-contribution d'un État membre au budget de l'Union ne constitue pas une menace directe à la paix et la sécurité du continent, il n'en demeure pas moins que cela peut avoir des conséquences négatives sur le bon fonctionnement de l'organisation, notamment dans le domaine de la paix et de la sécurité et précisément dans le financement de déploiement des opérations de paix. Il est à rappeler que le manque de moyens financiers a été aussi l'une des causes principales de l'immobilisme dont a souffert l'ancienne organisation africaine (l'OUA) et de son échec dans sa quête de solutions durables aux conflits et crises qu'a connu l'Afrique, et c'est encore la même difficulté à laquelle fait face aujourd'hui l'Union africaine.

C'est la raison pour laquelle l'Acte constitutif de l'UA prévoit de sanctionner⁽⁴²⁾ tout État membre qui ne s'acquitte pas de sa cotisation annuelle au budget de l'organisation, et cela en énonçant clairement au premier paragraphe de son article 23 que : " *La Conférence détermine comme suit les sanctions appropriées à imposer à l'encontre de tout État membre qui serait en défaut de paiement de ses contributions au budget de l'Union : privation du droit de prendre la parole aux réunions, du droit de vote, du droit pour les ressortissants de l'État membre concernés d'occuper un*

poste ou une fonction au sein des organes de l'Union, de bénéficiaire de toute activité ou de l'exécution de tout engagement dans le cadre de l'Union". De plus, l'article 35 du Règlement intérieur de la Conférence de l'UA est consacré également pour les sanctions pour les arriérés⁽⁴³⁾.

Toutefois, il convient de noter que l'article 35 du Règlement intérieur de la Conférence contient des dispositions assez différentes de l'article 23 (1). En particulier, il stipule que, sur la base des recommandations du Conseil exécutif et du Comité des représentants permanents, ainsi que des informations fournies par la Commission, la Conférence doit agir différemment en fonction du nombre d'années d'arriérés de contribution. Ainsi dans le cas où le montant des arriérés s'élève entre 2 et 5 ans de contributions dues, l'État membre concerné subira la suspension de son droit de parole, de vote et de réception de la documentation lors des réunions de l'Union; de son droit d'offrir d'accueillir les sessions de la Conférence et du Conseil exécutif; et de son droit de présenter des candidats aux fonctions et postes au sein de l'Union. Et dans le cas où le montant des arriérés s'élève à cinq ans et plus, en sus des sanctions antérieures, l'État membre concerné sera privé du droit d'obtenir le renouvellement des contrats de travail de ses ressortissants et son droit de recevoir des fonds de l'Union pour de nouveaux projets sur son territoire est en outre suspendu.

Par ailleurs, si l'on compare l'article 23 de l'Acte constitutif de l'UA et l'article 23 de la Charte de l'OUA qui dispose : "*Le budget de l'Organisation, préparé par le Secrétaire général est approuvé par le Conseil des ministres. Il est alimenté par les contributions des États membres, conformément aux références qui ont permis l'établissement du barème des contributions aux Nations Unies. Toutefois, la contribution d'un État membre ne pourra excéder vingt pour cent du budget ordinaire annuel de l'Organisation. Les États membres s'engagent à payer régulièrement leurs contributions respectives*", on remarquera que cet article s'est limité à rappeler que les États membres doivent payer leurs contributions et n'a à aucun moment évoqué de sanction dans le cas où un État n'honore pas son engagement financier.

Néanmoins, bien que la Charte de l'OUA se soit seulement contentée de rappeler l'obligation de paiement qui incombe aux États membres, cela n'a pas empêché l'organisation africaine par la suite, en raison de l'énorme montant des arriérés de contributions des États Membres⁽⁴⁴⁾, à réagir pour s'attaquer à ce problème qui entravait son fonctionnement, notamment dans le domaine de la paix et de la sécurité, en imposant des sanctions. Et c'est ainsi que des sanctions à infliger contre des États membres pour non-respect de leurs obligations financières ont été évoquées, pour la première fois, dans la résolution 1279 (LII)⁽⁴⁵⁾. En effet, la prévision de sanctions dans l'Acte constitutif découle de la pratique subséquente de l'OUA durant sa dernière décennie d'existence.

En somme, l'innovation apportée par l'UA réside dans le fait qu'elle a consacré en son Acte constitutif lui-même les sanctions à appliquer à un État membre pour défaut de paiement de ses contributions, et désormais ces sanctions pour non-respect des obligations financières sont hissées au rang constitutionnel dans le cadre de l'UA. Contrairement à sa prédécesseuse dont la Charte a été muette à ce propos et où le pouvoir de sanction n'était pas prévu expressément, et que ce n'est que plus tard qu'elle s'est penchée sur le problème des arriérés en consacrant des mesures punitives contre le non-paiement des contributions à son budget.

B- Sanctions contre non-respect des décisions et politiques de l'UA

Conformément à son Acte constitutif et au Règlement intérieur de sa Conférence, l'UA a la possibilité d'imposer des sanctions à l'encontre de ses États membres pour non-respect de ses décisions et de ses politiques. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 23 de l'Acte constitutif dispose que : *"Tout État membre qui ne se conformerait pas aux décisions et politiques de l'Union peut être frappé de sanctions notamment en matière de liens avec les autres États membres dans le domaine des transports et communications, et de toute autre mesure déterminée par la Conférence dans les domaines politique et économique"*. À cela, le Règlement intérieur de la Conférence de son côté en son article 4 (g) a rajouté la possibilité pour l'organisation d'imposer des sanctions pour transgression des "principes" consacrés dans son Acte constitutif. Cet article étend ainsi les motifs de sanction pour inclure la violation des principes régissant l'action de l'UA.

Selon l'article 36 paragraphe (1) de son Règlement intérieur, c'est la Conférence qui décide d'imposer des sanctions à l'encontre d'un État membre qui ne respecte pas les décisions et politiques de l'organisation et ceci sur la base d'une recommandation faite par le Conseil exécutif. Le troisième paragraphe de ce même article ajoute que lorsque la Conférence prend une décision à cet effet, elle notifie à l'État membre concerné un délai de mise en conformité et précise le moment à partir duquel le non-respect de cette décision déclenchera le régime de sanctions prévu à l'article 23 (2). Autrement dit ces sanctions ne sont imposées qu'après une mise en garde restée infructueuse et éventuellement après que l'État membre ait pu défendre son cas devant la Conférence de l'Union⁽⁴⁶⁾. À noter qu'aucune précision n'a été donnée à propos de ce délai dans les textes de l'Union africaine, il dépend ainsi du pouvoir discrétionnaire de la Conférence.

Au regard de ses dispositions, plusieurs remarques peuvent être soulevées : tout d'abord il convient de constater que la Conférence de l'Union est l'unique organe d'imposition des sanctions, ce qui fait que la mise en œuvre de ce mécanisme de sanction dépend de la volonté politique des États membres de l'organisation. D'où la nécessité de rendre opérationnel la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Cour de justice de l'UA, instances juridictionnelles chargées d'interpréter et d'appliquer l'Acte constitutif sur la base du droit, et qui sont en cours de fusion, pour rendre ce régime de sanction effectif et efficace⁽⁴⁷⁾.

On remarque également que ces mesures coercitives que prévoient ces textes sont de nature politique, comme la suspension et l'interdiction de prendre la parole dans les assemblées... et économique comme l'imposition d'une sorte de blocus de liaison de transport et de communication avec les autres États membres, des mesures englobant notamment l'embargo, le gel des avoirs, interdiction de voyager. En d'autres termes des sanctions qui constituent une privation des bénéfices et avantages du cadre des relations et de la coopération interafricaines.

On note aussi que l'Acte constitutif de l'Union africaine ne prévoit ces sanctions qu'à l'encontre des États membres de l'organisation, à la différence d'autres organisations comme l'Union européenne qui elle peut imposer des sanctions à l'égard d'États tiers. Cependant, il existe une situation où l'Union africaine peut adopter des sanctions contre des États non membres, étant donné que selon l'article 13 alinéa 1 paragraphe (a) de l'Acte de l'UA *"le conseil exécutif... et décide des politiques dans les domaines d'intérêts communs pour les États membres"* notamment dans le domaine du *"commerce international"*, dans ce cas la suspension des relations commerciales peut être envisagée⁽⁴⁸⁾.

Par Ailleurs, tel qu'il est libellé, l'article 23 paragraphe 2 donne à la Conférence une carte blanche visant à établir des sanctions supplémentaires de nature politique ou économique. Cette dernière pourrait utiliser ses pouvoirs en vertu de l'article 23 paragraphe 2 en examinant les cas de non-respect au cas par cas et en ordonnant des sanctions différentes dans des cas similaires. Il est soutenu que cet article manque de clarté et de précision. Cependant, la Conférence n'est pas l'arbitre final des sanctions qu'elle pourrait imposer en vertu de cette disposition. Un État membre contre lequel des sanctions ont été prononcées et qui conteste leur légalité pourrait recourir à la Cour de justice africaine qui est compétente pour entendre les différends relatifs à l'interprétation et à l'application de l'Acte constitutif ainsi que les décisions des organes de l'UA.

Enfin, on remarque une sorte d'ambiguïté dans la détermination de la signification en droit de l'Union africaine des termes "décisions" et "politiques" dont le respect est exigé, celles-ci s'annoncent d'une inégale complexité. Ainsi, en ce qui concerne les décisions, l'identification est facilitée par les textes des organes politiques de l'organisation à savoir le Règlement intérieur de sa Conférence et de son Conseil exécutif, ces derniers indiquent que leurs décisions sont prises sous la forme soit de règlements, soit de directives, soit de recommandations, déclarations, résolutions, opinions, etc⁽⁴⁹⁾. Ces deux textes précisent en plus de ça que l'inobservation des règlements et des directives est sanctionnée par des sanctions appropriées prévues en vertu de l'article 23 de l'Acte constitutif⁵⁰. Il en découle qu'uniquement les règlements et directives de la Conférence et du Conseil exécutif sont concernés par le terme "décisions". Comme on peut rajouter aussi à ces dernières les décisions du Conseil de paix et de sécurité dont le non-respect est puni également en termes de cet article 23⁽⁵¹⁾.

En revanche, l'identification du terme "politique", dont le non-respect peut engendrer des sanctions, est plus difficile dans l'Acte de l'Union africaine. Néanmoins, le Règlement intérieur de la Conférence en vertu de son article 4 paragraphe (g) offre une solution à cette difficulté en énonçant que parmi les attributions de la Conférence de l'UA ; la détermination des sanctions à imposer à l'encontre de tout État membre en cas de manquement aux principes consacrés dans l'Acte de l'UA et dans son Règlement intérieur et également en cas du non-respect des décisions de l'organisation. Au regard de cette disposition, on pourrait comprendre que le terme "politique" employé renvoie aux principes selon lesquels fonctionne l'Union africaine consacrés dans son Acte⁽⁵²⁾. Ce qui appuie la crédibilité de cette interprétation est surtout l'absence d'emploi du mot "politique" à côté du terme "décision", comme ç'a été le cas dans l'article 23 paragraphe (2).

Reste à dire que malgré toutes ces remarques, il n'empêche que l'introduction de cette innovation dans l'Acte constitutif de l'Union donne une force juridique à ce dernier et aux décisions des organes de l'organisation africaine, marquant ainsi une véritable évolution théorique, cependant dans la pratique africaine beaucoup reste à faire en la matière. En effet, de nombreux cas de violation et de non-respect des politiques et des principes de l'Union sont enregistrés sur le continent.

C- Sanctions contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement

Le continent africain s'est caractérisé ces dernières décennies par la recrudescence des coups d'État et changements anticonstitutionnels de gouvernement⁽⁵³⁾. Ces faits sont considérés comme étant les causes directes d'insécurité, d'instabilité, de crises et même de violents affrontements en Afrique.

Parmi les nombreux objectifs de l'organisation africaine, énoncés dans l'article 3 de l'Acte constitutif de l'Union africaine, figurent : la promotion de la paix, de la sécurité et de la stabilité sur le continent africain (al. f) ; la promotion des principes et des institutions démocratiques, de la participation populaire et de la bonne gouvernance (al. g) ; la promotion et la protection des droits de l'homme et des peuples (al. h). Cependant, ces objectifs ne sauraient être atteints si les États africains continuent d'être l'objet d'incessants coups d'État et changements anticonstitutionnels de gouvernement⁽⁵⁴⁾.

Par conséquent, désormais, avec l'avènement de l'Union africaine les dirigeants africains ont convenu de s'attaquer de front aux putschs et coups d'État militaires en sanctionnant les gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels⁽⁵⁵⁾. A cet effet, l'article 30 de l'Acte constitutif de l'UA dispose que :« Les Gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels ne sont pas admis à participer aux activités de l'Union ». L'Union africaine ne s'est pas uniquement contentée de condamner et de rejeter ces changements anticonstitutionnels, elle a instauré explicitement et en vertu de son Acte constitutif, pour la première fois dans l'histoire du continent, un régime de sanction pour faire face aux accessions au pouvoir par des voies non constitutionnelles. Ainsi, la condamnation des changements anti-constitutionnels, qui s'était développée jusque-là en dehors du droit primaire de l'OUA, trouve sa consécration solennelle dans l'Acte constitutif de l'Union africaine⁽⁵⁶⁾.

Pour rappel, ces faits n'ont pas fait l'objet de rejet dans la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) en elle-même, et aucune disposition dans cette dernière ne les condamne ou encore ne les sanctionne. Néanmoins, les textes prohibant et condamnant les coups d'État et toute autre forme de prise de pouvoir en violation de la règle constitutionnelle existés déjà bien avant la naissance de l'Union africaine. L'ancienne organisation continentale (l'OUA) a adopté à partir de 1990, sous son égide plusieurs textes qui marquent les prémices du rejet des changements anticonstitutionnels en Afrique⁽⁵⁷⁾, et qui seront suivis plus tard par de nombreux textes fondateurs de sanctions⁽⁵⁸⁾, pour qu'enfin arrive l'Union africaine et consacre dans son Acte un régime de sanction.

En somme, il faut noter donc que la condamnation des changements anticonstitutionnels de gouvernement et la prévision des sanctions contre ces derniers ont précédé l'Union africaine et son Acte constitutif. L'article 30 et les textes subséquents sont en effet l'achèvement d'un long processus normatif amorcé au début des années 1990, grâce à des textes adoptés en ce sens par des organes de l'OUA⁽⁵⁹⁾. Cependant, la disposition de l'article 30 de l'Acte constitutif de l'UA est novatrice du moment qu'elle prévoit clairement et formellement de sanctionner toutes accessions au pouvoir par des voies non constitutionnelles au sein même du traité constitutif. En d'autres termes, l'innovation apportée par l'Union africaine, en matière de sanction contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement, réside dans le fait que les sanctions sont prévues dans l'Acte constitutif et non pas dans des textes postérieurs à lui, comme ça été le cas pour l'OUA. Cette disposition novatrice est la conséquence de l'inclusion dans l'Acte constitutif⁽⁶⁰⁾ de deux principes majeurs, devenus pierre angulaire de la politique de l'UA et qui n'existaient pas dans la Charte de l'OUA, à savoir le « Respect des principes démocratiques, des droits de l'homme, de l'État de droit et de la bonne gouvernance » et les « Condamnation et rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernement »⁽⁶¹⁾.

Concernant les sanctions contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement consacrées dans le cadre de l'Union africaine elles sont prévues

conjointement par l'article 30 de son Acte constitutif et l'article 37 alinéas 4 et 5 du Règlement intérieur de sa Conférence. Aux termes de l'article 30, ces faits entraînent la suspension de ce gouvernement qui a accédé au pouvoir par des moyens non prévus dans la constitution et aussi la non-admission de ses représentants aux activités de l'Union. En plus de ces sanctions, d'autres sanctions sont pour leurs parts prévues par l'article 37 du règlement intérieur⁽⁶²⁾.

Toutefois, on constate qu'aucune disposition dans l'Acte constitutif ne définit les actes qui peuvent être qualifiés de changements anticonstitutionnels de gouvernement auxquels seront appliquées les sanctions prévues. Les dirigeants africains ont passé sous silence cette question épineuse à cause de leur propre statut, car certains de ces responsables politiques ont pris le pouvoir par la force, il est ainsi difficile d'avoir une définition objective⁽⁶³⁾. Par contre, c'est le Règlement intérieur de la Conférence en son article 37 qui s'est chargé par la suite de définir, conformément à la déclaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement appelée communément la déclaration de Lomé⁽⁶⁴⁾, les cas⁽⁶⁵⁾ qui peuvent être considérés comme étant des changements non constitutionnels de gouvernement.

Par ailleurs, l'Acte constitutif en son article 30 ne détermine pas les conditions d'application de cette disposition et donc ne précise pas les procédures de réaction et de mise en œuvre des sanctions contre des changements anticonstitutionnels. C'est également l'article 37 alinéas 4, 5, et 6 du Règlement intérieur de la Conférence de l'Union, qui a schématisé la procédure de réaction et d'application des sanctions que doivent suivre les organes compétents de l'UA face à ces faits⁽⁶⁶⁾.

Enfin, on note que conformément à l'article 30 seul les gouvernements qui ont accédé au pouvoir par des moyens non conformes à la constitution, tels que le recours à la force ou à la violence, qui doivent être suspendu et empêché de participer aux activités de l'Union et non les États membres en question. Autrement dit, les membres de l'État qui a subi le coup d'État ne doivent pas être suspendus ou en aucune manière affectés, par contre c'est la participation des autorités de facto, c'est-à-dire du régime illégal qui sera suspendu et par conséquent leurs représentants dans les différents organes de l'Union. Et une fois l'ordre constitutionnel est rétabli dans l'État membre touché par le coup d'État, sa suspension sera levée et sa participation aux activités de l'UA va reprendre.

Sur le terrain il faut relever que depuis sa création l'Union africaine a fait preuve de fermeté face aux nombreux coups d'État et changements anticonstitutionnels qu'a connu le continent, en condamnant et en sanctionnant immédiatement leurs auteurs ce qui marque une importante avancée.

Conclusion

Au regard de ce qui précède, on constate que l'Union africaine enregistre un progrès normatif majeur par rapport à l'Organisation de l'unité africaine qu'elle a remplacée en 2002. Son Acte constitutif a apporté un changement radical de doctrine en matière de paix et de sécurité en consacrant le droit d'intervention de l'Union et en instaurant un régime de sanction.

Ainsi, il convient d'apprécier cette évolution normative réalisée par l'UA qui, plus que l'OUA, met un point d'honneur aux questions de paix et de sécurité. En effet, le strict respect de la non-ingérence inscrit aux principes de la Charte de l'OUA a fait que l'ex-organisation régionale africaine a brillé par son absence dans le règlement de ses conflits.

En se libérant des entraves que posait avec rigidité la Charte de la défunte OUA avec la non-ingérence dans les affaires de ses membres, l'Afrique a quitté ses vieux habits et la nouvelle organisation continentale (l'UA) se révèle plus ambitieuse et déterminée.

Enfin, au terme de cette étude des innovations normatives apportées par l'Union africaine dans le domaine de la paix et de la sécurité, il faut noter que désormais il n'est plus question d'impunité et de liberté totale de faire régner la terreur ou d'opprimer les peuples sans une action de l'UA. La création de l'Union africaine ouvre une ère nouvelle pour la paix, la sécurité et la stabilité du continent. Et on ne peut que se réjouir de ces nouveaux acquis normatifs.

Notes :

(1) Le génocide rwandais constitue l'un des événements les plus abominables qui entacheront à tout jamais le XX^e siècle dans la mémoire des hommes. Au cours d'une centaine de jours entre Avril et Juillet 1994, 800 000 rwandais selon l'ONU ont été massacrés. Voir le rapport de l'ONU sur le génocide au Rwanda in : http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/1999/1257

(2) Cité par Kristiana Powell, *The African Union's Emerging Peace And Security Regime: Opportunities and Challenges for Delivering on The Responsibility to Protect*, The North-South Institute, Ottawa, May 2005, p.1, in: <https://www.files.ethz.ch/isn/118315/119FULL.pdf>, consulté le 01.05.2016.

- À noter que celle-ci est une traduction faite par l'auteur du présent article, l'extrait était à l'origine en anglais comme suit :

«No more, never again. Africans cannot... watch the tragedies developing in the continent and say it is the UN's responsibility or somebody else's responsibility. We have moved from the concept of non-interference to non-indifference. We cannot as Africans remain indifferent to the tragedy of our people».

(3) 8^{ème} considérant de l'Acte constitutif de l'Union africaine, adopté à la trente-sixième session ordinaire de l'Assemblée des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) à Lomé (Togo) le 11 Juillet 2000. Acte ratifié par la République Algérienne Démocratique et Populaire conformément au décret présidentiel n° 01- 129 du 12 Mai 2001 publié au Journal Officiel n°28 du 16 Mai 2001, p.4.

-À noter que l'Acte constitutif de l'Union africaine est en vigueur depuis le 26 Mai 2001, conformément aux conditions prévues en son article 28.

(4) 14^{ème} considérant du Protocole sur le Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, adopté à Durban (Afrique du Sud), le 9 juillet 2002. Protocole ratifié par la République Algérienne Démocratique et Populaire conformément au décret présidentiel n° 03- 48 du 29 janvier 2003, publié au Journal Officiel n°06 du 29 janvier 2003, p. 5.

-À noter que ce conseil a été crée en vertu de la décision de la conférence de l'Union africaine Assembly / AU / Dec /2(1) prise à Durban (Afrique du Sud) le 9 juillet 2002 et qui a adopté son protocole. Ce dernier est en vigueur depuis le 26 Décembre 2003, conformément aux conditions prévues en son article 22.

(5) Les innovations institutionnelles en matière de paix et de sécurité dans le cadre de l'Union africaine sont apportées ultérieurement par le protocole instituant le Conseil de paix et de sécurité africain et sont le Conseil de paix et de sécurité africain et ses différents organes d'appui, cette ensemble constitue l'architecture de paix et de sécurité africaine.

(6) Voir, article 4 (g) de l'Acte constitutif de l'UA, op.cit., p. 5.

(7) Stéphanie DUJARDIN, « L'Union africaine : objectifs et moyens de gestion des crises politiques et des conflits armés », in Dominique BANGOURA et Emile FIDIECK A BIDIAS (sous la direction de): « L'Union africaine et les acteurs sociaux dans la gestion des crises et des conflits armés», L'Harmattan, Paris, 2006, p.58.

(8) Yves Alexandre CHOUALA, « Puissance, résolution des conflits et sécurité collective à l'ère de l'Union africaine : théorie et pratique », in AFRI, volume VI, édition Bruylant, 2005, p.293.

(9) Voir l'article 3 (2) de la Charte de l'OUA, signée à Addis Abeba (Éthiopie) le 25 Mai 1963, Charte ratifiée par la République Algérienne Démocratique et Populaire conformément à la Loi n°63 -221 du 28 Juin 1963, publié au Journal Officiel n°44 du 02 Juillet 1963, p. 679.

(10) Voir article 4 (g) de l'Acte constitutif de l'UA, op.cit., p. 5.

(11) Roland ADJOVI, "L'Union africaine : étude critique d'un projet ambitieux", Revue juridique et politique - Indépendance et coopération, janvier - avril 2002, N° 1, p. 18.

(12) Alinéa (h) de l'article 4 de l'Acte constitutif de l'UA, op.cit., p. 5.

(13) Voir article 7 de l'Acte constitutif de l'UA, op.cit., p. 6.

(14) Voir l'article 7 (e) du Protocole relatif à la création du Conseil de Paix et de Sécurité de l'Union africaine, op.cit., p. 7.

(15) Mwayila TSHIYEMBE, "L'Union africaine et le droit d'ingérence", géopolitique africaine, n°34 printemps- été, 2009, p.207.

⁽¹⁶⁾ Effectivement aucune autre organisation régionale n'a inséré ce droit dans son Acte constitutif, ce qui fait que c'est une première dans l'histoire des organisations ou instruments régionaux étant donné que le principe de non-ingérence est consacré d'une manière ferme et absolue dans les nombreux traités constitutifs d'organisations régionales comme ça était déjà le cas dans la Charte de l'ex-organisation africaine (l'OUA) (voir son article 3) et c'est le cas aussi de la Charte de l'Organisation des États américains (OEA) (voir son article 15).

⁽¹⁷⁾ Alex J. BELLAMY, *responsibility to protect: the global effort to end mass atrocities*, Polity press, 2009, p. 78

⁽¹⁸⁾ Dan Kuwali, "The Conundrum of Conditions for Intervention Under article 4(h) of the African Union Act", *African Security Review*, 17:4, 2008, pp. 90, 93

⁽¹⁹⁾ Ntombizozuko Dyani-Mhango, "Reflections on the African Union's Right to Intervene", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 38 issue 1, 2008, p. 15.

⁽²⁰⁾ Aucune institution compétente n'est encore opérationnelle pour interpréter l'article 4 (h) de l'Acte constitutif de l'UA ou la décision de l'Assemblée de l'UA d'intervenir ou de ne pas intervenir. La Cour africaine de justice, habilitée à interpréter l'Acte constitutif, et qui est l'une des institutions de l'UA, n'est pas encore opérationnelle, même si le Protocole qui l'établit est en vigueur depuis 2009. Au lieu de cela, l'UA a décidé d'adopter un Protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice Et les droits de l'homme pour fusionner la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (AFCHPR) et la Cour africaine de justice en une seule. Ce dernier Protocole remplacera les protocoles antérieurs établissant l'AFCHPR (adopté le 10 juin 1998) et la Cour de justice africaine (adopté le 11 juillet 2003). (Voir : Ibid. pp. 15-16)

- À noter que le protocole sur le statut de la cour africaine de justice et des droits de l'homme a été adopté à Sharm ElSheikh, Egypte, le 1^{er} juillet 2008 et au 01 /04 /2016 il a fait l'objet de 30 signatures et de 05 ratifications sur 54 pays membres, ce qui est insuffisant pour son entrée en vigueur qui exige la ratification par quinze (15) États membres. Voir la liste des ratifications in :

<https://au.int/web/en/treaties>. Et le protocole et le statut qui y annexé in :

<http://www.refworld.org/pdfid/493fee9c2.pdf>

- D'ailleurs à noter que l'Union africaine s'est déjà retrouvée en face de la difficulté de qualification des situations, comme ça été le cas de la cacophonie et de la confusion à propos de ce qui s'est passé au Darfour (Ouest du soudan. (Voir à ce propos : Mwayila TSHIYEMBE, op.cit., pp. 211-212)

⁽²¹⁾ - Ces conventions et instruments comprennent les traités internationaux relatifs au droit de la guerre (Convention de La Haye et de Genève) ainsi que les protocoles additionnels de Genève, la convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide, les statuts des Tribunaux pénaux des Nations unies pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et celui de la cour pénale internationale. Voir Abdulqawi A. YUSUF, "La licéité de l'intervention armée dans certains conflits", in *L'Union africaine : cadre juridique et institutionnel*, manuel sur l'organisation panafricaine, sous la direction de Abdulqawi A. YUSUF et Fatsah OUGUERGOUZ, Editions PEDONE, 2013, pp. 297 - 298.

⁽²²⁾ Yves Ekoué Amaizo, "De l'OUA à l'Union africaine : les chemins de l'interdépendance", *Afrique contemporaine*, n°197, 1^{er} trimestre 2001, p.101.

⁽²³⁾ La création de cette commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage (CMCA) a été décidé en vertu de l'article 19 de la Charte de l'OUA par la Conférence des Chefs d'États et de gouvernement au Caire du 17 au 21 juillet 1964 lors de sa première session. Cependant elle n'a jamais été déployé dans le règlement d'aucun conflit et n'a jamais été sollicité pour régler un conflit. Pour plus de détails sur la CMCA voir : F. Borella, « Le régionalisme africain en 1964 », *AFDI*, 1964, p.625 ; et aussi J-P. Queneudec, « La Commission de Médiation, de Conciliation et d'Arbitrage », *Annales africaines*, 1966, pp.9-44

⁽²⁴⁾ La création du mécanisme de prévention, de gestion et de règlement des conflits a été décidée lors de la 29^{ème} session des chefs d'État et de gouvernement de l'OUA qui a lieu au Caire (Egypte) du 29 au 30 juin 1993 ou la Déclaration pourtant sa création a été adoptée.

⁽²⁵⁾ A propos de cette condition ; concernant la commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage voir les articles 13 et 14 du protocole de Caire de 1964 portant la création de cette commission, et concernant le mécanisme de prévention, de gestion et de règlement des conflits voir paragraphe 14 de la Déclaration de Caire de 1993 relatif à la création de ce mécanisme in :

<https://issafrica.s3.amazonaws.com/site/uploads/ASS93.PDF>, p.4

⁽²⁶⁾ Stéphanie DUJARDIN, « L'Union africaine : objectifs... », op.cit., p. 61.

⁽²⁷⁾ Souligné par l'auteur du présent article.

⁽²⁸⁾ Voir le règlement intérieur de la Conférence de l'Union adopté lors de sa première session ordinaire réunie les 9 et 10 juillet 2002 à Durban (Afrique du Sud) in:

<https://issafrica.s3.amazonaws.com/site/uploads/ASSEMBLYROP.PDF>, Consulté le 30 Juillet 2016.

⁽²⁹⁾ En effet, les premières propositions d'amendements ont été officiellement soumises par la Libye à la session inaugurale de l'Union africaine à Durban en 2002. Toutefois, la Conférence n'a pas examiné ces propositions en raison du non-respect par la Libye de la procédure d'amendement prévue à l'article 32 de l'Acte constitutif. Néanmoins, la décision de compromis a été que les amendements proposés devraient être examinés par la Conférence lors d'une session extraordinaire, dont la première a été convoquée ultérieurement le 3 février 2003 à Addis-Abeba (Éthiopie). D'autres États membres à savoir ; la Côte d'Ivoire, le Mozambique, le Nigeria, le Sénégal, l'Afrique du Sud et la Tanzanie, avaient déjà présenté leurs

propres amendements. D'autres propositions d'amendements présentées par quelques autres États membres n'ont pas été prises en considération en raison du non-respect par ces pays des exigences procédurales stipulées à l'article 32 de l'Acte constitutif. La première session extraordinaire de l'Assemblée de l'UA a été précédée d'une session extraordinaire du Comité des représentants permanents et de deux sessions extraordinaires du Conseil exécutif qui ont respectivement examiné tous les amendements proposés et formulé des recommandations à la Conférence pour examen et adoption. (Voir Tiyanjana Maluwa, *Fast-Tracking African Unity or Making Haste Slowly? A Note on the Amendments to the Constitutive Act of the African Union*, *Netherlands International Law Review*, Volume 51, Issue 02, September 2004, pp. 207-208. Et voir aussi la décision de l'Assemblée de l'Union africaine, *Assembly/AU/Dec.3(I)*, sur les amendements proposés à certains articles de l'Acte constitutif de l'Union africaine : DOC. AHG/238 (XXXVIII), prise en sa première session ordinaire, tenue du 9 au 11 juillet 2002 à Durban (Afrique du Sud), in :

<https://au.int/web/en/decisions/assembly>

⁽³⁰⁾ Voir la décision de la Conférence de l'Union africaine *Assembly/AU/Dec. 26 (II)*, sur les amendements à l'Acte constitutif, adoptés lors de sa 2^{ème} session ordinaire tenue du 10 au 12 Juillet 2003 à Maputo (Mozambique), *Doc.Assembly/AU/8(II)Add.10*, in :

<https://au.int/web/en/decisions/assembly>. Consulté le 02 Aout 2016.

⁽³¹⁾ Voir le Protocole sur les amendements à l'Acte constitutif de l'UA adopté par la 2^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'Union à Maputo (Mozambique), le 11 juillet 2003, in : <http://www.refworld.org/pdfid/493fe6eb2.pdf>, Consulté le 03 Aout 2016.

- Ce protocole au 01 /04 /2016 a fait l'objet de 50 signatures et de 28 ratifications sur 54 pays membres, ce qui est insuffisant pour son entrée en vigueur qui exige le dépôt des instruments de ratification par une majorité des deux tiers des États membres, c'est à dire 36 ratifications. Voir la liste des pays qui ont signé ce Protocole in: <https://au.int/web/en/treaties>. Consulté le 03 Aout 2016.

⁽³²⁾ À noter que la formulation initiale proposée par l'ancien président libyen Mouamar Kadhafi était comme suit : "...ainsi que les situations de troubles ou d'agression extérieure afin de restaurer la paix et la stabilité dans l'État membre concerné par l'Union". Voir Stéphanie DUJARDIN, *l'Union africaine : un ordre juridique panafricain refondé par des États en quête de nations*, thèse de doctorat, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006, p.137.

⁽³³⁾ Voir l'article 18 du Règlement intérieur de la Conférence de l'Union, *op.cit.*, p.9.

⁽³⁴⁾ Voir l'article 6 et 7 du Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité, *op.cit.*, pp. 6-7.

⁽³⁵⁾ C'est à dire dans les cas d'atrocités flagrantes aux droits de l'homme.

⁽³⁶⁾ Stéphanie DUJARDIN, «L'Union africaine: objectifs...», *op.cit.*, p. 62.

⁽³⁷⁾ Voir à ce propos en haut la note bibliographique numéro 21.

⁽³⁸⁾ Pour plus de précision à ce propos voir : Andrea CALIGIURI, "Le droit d'intervention de l'Union africaine et l'interdiction de l'usage de la force en droit international", *Paper 2004*, pp. 1-7, voir in : <https://www.academia.edu>. Stéphanie Anne FOGWELL, *The legality of the African Union's right to intervention*, master dissertation, Faculty of Law, University of Pretoria, 2013; Evarist BAIMU & Kathryn STURMAN, "Amendment to the African union's right to intervene", *African Security Review*, 12:2, 2003, 37-45. Valérie Edwige SOMA/KABORE « Le droit d'intervention de l'Union africaine », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 131-154

⁽³⁹⁾ Voir l'article 23 (1) de l'Acte constitutif de l'UA, *op.cit.*, p. 8. Et l'article 35 du le Règlement intérieur de la Conférence de l'Union, *op.cit.*, pp. 14- 15.

⁽⁴⁰⁾ Voir l'article 23 (2) de l'Acte constitutif de l'UA, *op.cit.*, p. 8. Et l'article 36 du le Règlement intérieur de la Conférence de l'Union, *op.cit.*, pp. 15- 16.

⁽⁴¹⁾ Voir l'article 37 du le Règlement intérieur de la Conférence de l'Union, *op.cit.*, pp. 16- 18.

⁽⁴²⁾ A titre d'exemple, en mars 2004, huit États africains en fait l'objet d'une sanction de suspension à savoir ; la Guinée Bissau, le Libéria, la République Centrafricaine, la République Démocratique du Congo, Sao Tomé et Principe, les Seychelles, la Somalie et l'Union des Comores. Voir la décision du Conseil exécutif de l'UA sur le rapport du Sous-comité des contributions. *Doc. EX.CI/70 (IV) Rev. 1*, réuni en sa 4^{ème} session ordinaire, tenue du 12-16 mars 2004, à Addis-Abeba, in : <https://au.int/web/en/decisions/council>

⁽⁴³⁾ Voir l'article 35 du le Règlement intérieur de la Conférence de l'Union, *op.cit.*, pp. 14- 15.

⁽⁴⁴⁾ Le problème, pour certains États membres, qui ont des arriérés de contributions au Fonds général, persiste depuis le début de l'Organisation. Voir la Résolution sur arriérés des contributions, OUA *Doc.CM/Res. 292 (XX)*, du Conseil des ministres de l'OUA, réuni en sa vingtième Session ordinaire à Addis-Abeba, Ethiopie du 5 au 9 février 1973, in: <https://au.int/web/en/decisions/council>

⁽⁴⁵⁾ En effet, en Mars 1976, le Conseil des ministres a chargé le Comité ad hoc sur la réforme structurelle de l'OUA d'examiner de près le grave problème des contributions non versées. Cependant, il a fallu plusieurs années pour que le Conseil des ministres modifie le règlement financier de l'OUA en insérant la règle 97. Cette disposition a prévue l'action à prendre contre les États membres qui étaient en retard dans le paiement de ses contributions budgétaires. En particulier, cette disposition concerne les Membres dont les arriérés ont égalé ou dépassé le montant dû par eux pour les deux exercices clos, et stipulé que ces États «ne participeront ni au vote ni aux décisions de l'OUA ». D'autres mesures destinées à combattre les arriérés de paiement des États Membres ont été prises en juillet 1990, lorsque le Conseil des ministres a décidé que ces

Membres seraient également privés du droit de prendre la parole lors des réunions de l'OUA ; de présenter des candidats aux postes de l'OUA ; Et de présenter des candidats aux organes de décision de l'OUA. Et enfin les sanctions pour cause d'arriérés de contribution connaîtront leur première application en 1995 avec la résolution CM/Res.1580. (Voir la Résolution sur le rapport du Comité consultatif sur les questions budgétaires et financières, OUA Doc. CM / Res. 461 (XXVI), du Conseil des ministres de l'OUA réunie en sa 26^{ème} session ordinaire à Addis-Abeba (Éthiopie), du 23 février au 1er mars 1976, in : <https://au.int/web/en/decisions/council>. ET la Résolution sur les arriérés de contributions, OUA Doc. CM / Res.1279 (LII), du Conseil des ministres de l'OUA, réunie en sa 52^{ème} session ordinaire à Addis-Abeba, Ethiopie, du 3 au 8 juillet 1990, in : <https://au.int/web/en/decisions/council>. Et aussi voir la Résolution sur le problème des arriérés de contributions, OUA Doc. CM / Res.1580 (LXII), du Conseil des ministres de l'OUA, réunie en sa 62^{ème} session ordinaire à Addis-Abeba, Ethiopie, du 21 au 23 juin 1995, in : <https://au.int/web/en/decisions/council>).

⁽⁴⁶⁾ Voir conjointement les paragraphes (1) et (4) de l'article 36 du Règlement intérieur de la Conférence de l'UA, op.cit., pp. 15- 16.

⁽⁴⁷⁾ Stéphanie DUJARDIN, « L'Union africaine : objectifs... », op.cit., pp. 55- 56.

⁽⁴⁸⁾ Ana PEYRO LLOPIS, "L'Union africaine, un système de sécurité régionale pour la paix civile" in Dominique BANGOURA (Sous dir.), " L'Union africaine face aux enjeux de paix, de sécurité et de défense", l'Harmattan, Paris, 2003. pp.112-113.

⁽⁴⁹⁾ Voir l'article 33 paragraphe (1) du Règlement intérieur de la Conférence de l'UA, op.cit., pp. 13- 14. Et l'article 34 paragraphe (1) du Règlement intérieur du Conseil exécutif de l'UA.

⁽⁵⁰⁾ Voir l'article 33 paragraphe (2) du Règlement intérieur de la Conférence de l'UA, op.cit., p. 14. Et l'article 34 paragraphe (2) du Règlement intérieur du Conseil exécutif de l'UA.

⁽⁵¹⁾ Voir l'article 7 paragraphe (3) du Protocole portant création du Conseil de paix et de sécurité, Op.cit, p.7.

⁽⁵²⁾ Voir les principes selon lesquels fonctionne l'UA dans l'article 4 de l'Acte constitutif.

⁽⁵³⁾ On cite le coups d'Etat en Guinée-Bissau (septembre 2003) et à Sao-Tomé-Et-Principe (juillet 2003), tentatives de putsch au Burkina Faso et en Mauritanie (octobre 2003), coups d'Etat au Togo (février 2005) et en Mauritanie (août 2005), ...en Libye (février 2011), ...au Mali (Mars 2012), en République centrafricaine (Mars 2013), au Burkina Faso (septembre 2015) ... Et la liste est encore longue. Et le plus récent est le coup d'Etat déjoué qui a eu lieu le mois d'octobre 2016 au Burkina Faso. En effet, la Commission de l'UA a recensé 186 coups d'Etat entre 1956 et 2001 en Afrique, dont la moitié se seraient produits entre 1980 et 1990 (Voir a ce propos : Commission de l'UA, « Plan stratégique de la Commission de l'Union Africaine-volume 1 : vision d'avenir et missions de l'Union Africaine », mai 2004).

⁽⁵⁴⁾ Djacoba Lina TEHINDRAZANARIVELO, "Les sanctions contre les coups d'Etat et autres changements anticonstitutionnels ", in AYIL/AFDI, Vol. 12, 2006, p. 257.

⁽⁵⁵⁾ Stéphanie DUJARDIN, « L'Union africaine : objectifs... », op.cit., pp. 55- 56.

⁽⁵⁶⁾ Joseph KAZADI MPIANA, "l'Union africaine face à la gestion des changements anti- constitutionnels de gouvernement", Revue québécoise de droit international, numéro 25/2, 2012, p.106.

⁽⁵⁷⁾ Parmi ces textes on cite la déclaration sur les situations politiques et socio-économiques en Afrique et les changements fondamentaux intervenus dans le monde (1990), Toutefois, les premières condamnations formelles, au niveau africain, des coups d'Etats ne sont intervenues qu'en 1994, dans des décisions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples relatives a la condamnation des coups d'Etat (comme par exemple la Résolution sur les régimes militaires de 1994 et les décisions subséquentes, les résolutions sur la situation au Niger et aux Comores (1999)...etc.), et enfin la déclaration de Harare et la condamnation solennelle du coup d'Etat en Sierra Leone (1997).

⁽⁵⁸⁾ Le régime de sanction contre les gouvernements qui accèdent au pouvoir par des voies non prévues par la constitution que prévoit les textes de l'Union africaine trouvent leurs origines dans les textes adoptés par l'OUA entre 1999 et 2000: les deux décisions d'Alger sur le rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernement et la promotion de la démocratie en Afrique (juillet 1999), la déclaration solennelle sur la sécurité, la stabilité, le développement et la coopération en Afrique (juillet 2000), et la déclaration de Lomé (Togo) sur le cadre pour une réaction face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement(juillet 2000).

⁽⁵⁹⁾ Djacoba Lina TEHINDRAZANARIVELO, op.cit., p. 258.

⁽⁶⁰⁾ Prévus respectivement par l'article 4 paragraphes (m) et (p) de l'Acte constitutif de l'UA, op.cit., p.5.

⁽⁶¹⁾ Djacoba Lina TEHINDRAZANARIVELO, op.cit., p.257

⁽⁶²⁾ Elles consistent entre autres en les suivantes : La suspension et la non participation aux activités de l'Union, refus de visas pour les auteurs du changement anticonstitutionnel, restriction des contacts du gouvernement avec les autres gouvernements, restrictions commerciales, les sanctions prévues dans l'article 23 (2) de l'Acte constitutif et dans le Règlement intérieur, toute sanction supplémentaire que pourrait recommander le CPS.

⁽⁶³⁾ Roland ADJOVI, "l'Union africaine et démocratie : aspects constitutionnels internes et internationaux", in Dominique BANGOURA, l'Union africaine face aux enjeux de paix, de sécurité, et de défense, l'Harmattan, Paris, 2003, p. 78.

⁽⁶⁴⁾ La déclaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement, adoptée par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement réunie en sa 36^{ème} session ordinaire tenue à Lomé (Togo) du 10 au 12 juillet 2000.

⁽⁶⁵⁾ D'après l'article 37 alinéas 2 et 3 du Règlement intérieur de la Conférence de l'UA ces cas sont :

- Le coup d'Etat militaire ou tout autre coup d'Etat contre un gouvernement démocratiquement élu ;
- L'intervention de mercenaires pour remplacer un gouvernement démocratiquement élu ;
- Le remplacement d'un gouvernement démocratiquement élu par des groupes armés dissidents et des mouvements rebelles, et
- Le refus d'un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti vainqueur après des élections libres et justes ;
- Le renversement ou le remplacement d'un gouvernement démocratiquement élu par des éléments, avec l'aide de mercenaires.

⁽⁶⁶⁾ En premier lieu, l'alinéa 4 de l'article 37 du Règlement intérieur de la Conférence de l'Union établit une série de mesures immédiates que certains organes de l'UA, à savoir le Président de la Conférence de l'Union et le Président de la Commission, doivent prendre conjointement face à un changement anticonstitutionnel de gouvernement. A commencer par condamner immédiatement ce changement, puis envoyer un avertissement, puis demander au CPS de se réunir pour examiner la question et enfin suspendre immédiatement l'Etat membre de l'Union et sa participation aux organes de l'Union.

Dans un second temps, le paragraphe 5 du même article indique que la Conférence de l'Union applique immédiatement les sanctions à l'encontre du régime qui refuse de restaurer l'ordre constitutionnel, et énumère les sanctions infligées dans ce cas.

Et enfin en troisième lieu, en vertu du paragraphe 6 le Président de la Commission, en consultation avec le Président de la Conférence de l'Union doit rassembler les faits, établir des contacts avec les auteurs, solliciter la contribution des dirigeants et des personnalités africains pour amener les auteurs du changement anticonstitutionnel à coopérer avec l'Union et enfin s'assurer de la coopération des CER dont le pays concerné est membre.

L'impartialité des autorités de régulation économique *

TOUATI Mohand Cherif, M A "A",
Département de Droit des Affaires,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

تواتي محند شريف ، أستاذ مساعد "أ"،
قسم قانون الاعمال،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

Le pouvoir répressif reconnu aux autorités de régulation économique ne peut être exercé sans le respect des exigences du procès équitable. Les entreprises doivent bénéficier d'un ensemble de garanties pour faire face au risque d'abus dans la mise en œuvre de ces fonctions. Le respect de l'impartialité constitue l'une des conditions requises pour asseoir cette équité. La neutralité de ces organes reconforte d'autres prescriptions du procès. Son contenu aujourd'hui doit répondre à deux aspects : subjectif et objectif.

Mots clés :

Impartialité, autorité de régulation, répression administrative, procès équitable.

The impartiality the authorities of economic regulatory

Abstract:

The power of the regulatory authorities to impose sanction must be exercised in accordance with requirement of fair trial. Companies should expect to benefit guarantees in order to face the abuse of administration sanction.

The impartiality principle is the main rule to ensure equity. It also consolidates other procedural guarantees. However the impartiality has two approach, objective approach and subjective approach.

Key words:

Impartiality, regulation authorities, administrative sanction, fair trial , administration sanction, objective approach, subjective approach.

* Article reçu le 31/10/2016, expertisé le 05/02/2017, rendu publiable le 12/06/2017.

حياد سلطات الضبط الاقتصادي

الملخص:

لا يمكن مباشرة السلطة القمعية الممنوحة لسلطات الضبط الاقتصادي بدون احترام ضمانات المحاكمة العادلة، حيث يجب أن تستفيد المؤسسات من مجموعة من الضمانات من أجل مجابهة احتمال اي تعسف عند مباشرة هذه الصلاحيات القمعية. ويعتبر احترام مبدأ الحياد احدى الشروط التي يجب تكريسها من أجل تجسيد هذه العدالة. فحياد هذه الأجهزة تعزز الضمانات الأخرى. مضمونها اليوم يشمل الجانب الذاتي (الحياد الشخصي) و الجانب الموضوعي.

الكلمات المفتاحية:

الحياد، سلطات الضبط، العقاب الإداري، المحاكمة العادلة، الاجراءات القمعية، الحياد الشخصي، الحياد الموضوعي .

Introduction :

"*Nébuleuse institutionnelle*" souligne un auteur⁽¹⁾, pour bien illustrer le nouveau paysage dans lequel évoluent les autorités de régulation indépendantes aujourd'hui. Ce constat ne renvoie pas seulement à une question purement quantitative, mais dévoile, surtout, le véritable malaise suscité par l'incompréhension de certains aspects liés à l'émergence puis l'ancrage de ces nouvelles institutions. Certains parlent de curiosité juridique en les évoquant⁽²⁾. Leur nombre ne cesse d'orner encore le paysage institutionnel au point de constituer une véritable galaxie, c'est pourquoi la haute juridiction administrative Française les qualifie d'objet juridique non identifié⁽³⁾. Or, "*rare furent les voix qui soulignèrent à l'origine la perturbation que ces autorités nouvelles étaient susceptibles d'apporter dans un schéma administratif encore largement dominé par le modèle weberien*"⁽⁴⁾.

La question qui a le plus alimenté les débats reste le pouvoir répressif attribué à certains de ces organes. Certes, son fondement est moins contesté aujourd'hui, après avoir reçu l'aval du conseil constitutionnel français⁽⁵⁾. Cependant, c'est son encadrement qui suscite encore beaucoup de questionnements. Cette question est placée aujourd'hui au centre de toutes les réflexions notamment en droit comparé, sous l'impulsion de la jurisprudence européenne. Le transfert de cette compétence répressive, qui relevait des attributions principales du juge doit être accompagné par des garanties prescrites devant celui-ci. L'émergence des exigences du procès équitable devant ces instances a, en effet, imposé une nouvelle approche dans ce volet répressif du droit économique qui évoluait auparavant en méconnaissant certaines garanties du procès. Il s'agit donc d'insuffler et d'inculquer les impératifs de l'équité à ce nouveau droit répressif.

Dans l'ensemble de ces dispositions, l'impartialité constitue l'élément principal, voire la pierre angulaire du processus de régulation pour plusieurs raisons : elle est présentée comme une caractéristique et une qualité de ces instances originales, voire leur raison d'être ou encore le motif de leur création. Or, à l'origine cette condition avait pour but principal de limiter l'Etat réputé partial dans sa facture classique.

Aujourd'hui, elle constitue la condition principale requise dans tout le processus de régulation. Exigence de premier plan, son respect consolide les règles organisationnelles mais aussi garantit le confort des règles procédurales. C'est la règle transversale pour asseoir les autres exigences du procès. Son objectif initial est de prémunir ces instances du risque d'influence et de capture par les acteurs économiques. Les membres de ces structures sont en majorité issus du milieu économique, ce qui nécessite en conséquence de solides dispositions d'encadrement.

Par ailleurs, le contenu de cette garantie a connu un essor important, le risque de partialité n'est pas lié seulement à la personne appelée à prendre une décision, mais renvoie à la question structurelle des régulateurs. Dès lors, la consécration de cette garantie est conditionnée par la prise en charge de ces deux aspects, sans méconnaître toutefois les spécificités de la fonction de régulation. C'est donc cette quête d'équilibre qui est recherchée dans le contenu mais aussi dans l'esprit des textes. L'objectif n'est pas seulement de s'interroger sur l'instauration de ce principe mais, au-delà, analyser son efficacité.

Initialement on a pu remarquer que la question liée à l'impartialité des autorités de régulation n'est pas récente, elle s'est imposée dès l'insertion de ces structures dans le paysage institutionnel. Mais parallèlement, la réaction du législateur était immédiate. En effet, conscient du risque de capture par les puissants du marché, l'aspect subjectif de cette garantie est vite cantonné (I). Mais la problématique suscitée aujourd'hui est d'un autre aspect : il s'agit de l'impartialité objective qui reste encore un principe méconnu (II)

I- L'impartialité subjective des Autorités de régulation : un principe cantonné

L'impartialité subjective renvoie à la conviction personnelle de celui qui est appelé à prendre une décision. C'est l'objectivité qui doit caractériser son choix. Elle constitue un principe processuel pour garantir la neutralité de la décision. Son application est étendue aux organes de régulation, toutefois, une certaine divergence est ressortie dans son instauration. En effet, tandis qu'elle est consacrée expressément par tous les textes s'agissant la catégorie des autorités commerciales de régulation⁽⁶⁾, dans le cas des autorités dites administratives indépendante, un seul texte fait exception, il s'agit de la loi n°2002-01 relative à l'électricité et la distribution du gaz par canalisation qui dispose en son article 129 que :

« Les membres du comité de direction et agents de la commission de régulation exercent leurs fonctions en toute transparence, impartialité et indépendance ». La même exception est à relever en droit français, en effet, l'article L.133-6 § 1 du code de l'énergie précise que :

« Les membres et agents de la Commission de régulation de l'énergie exercent leurs fonctions en toute impartialité, sans recevoir d'instruction du gouvernement, ni d'aucune institution, personne, entreprise ou organisme... »

Mais l'absence de telles dispositions dans d'autres secteurs n'épargne pas ces régulateurs de cette obligation. En effet, tout un arsenal juridique est mis en œuvre afin de les préserver d'une éventuelle influence, d'autant plus que ces instances de régulations comportent des membres issus du milieu professionnel, qui se trouvent par conséquent dans une situation de proximité avec le milieu à réguler. Ces mesures sont contenues dans le régime des incompatibilités instauré (A) et l'obligation d'information imposée (B).

A- La soumission des membres au régime des incompatibilités

L'incompatibilité constitue la mesure initiale instaurée pour garantir la neutralité des régulateurs. Son objectif est d'amener les membres de ces organes à se consacrer

pleinement à leurs fonctions, mais aussi de les placer à l'abri de toute influence extérieure liée aux conflits d'intérêts. Elle comporte deux approches : l'interdiction de cumul de fonctions et l'interdiction de détention d'intérêts.

1. L'interdiction de cumul de fonctions

Cette interdiction est rappelée expressément dans l'ensemble des textes. On remarque cependant une divergence de régimes quant à la portée de cette prescription et les emplois concernés ; l'incompatibilité est parfois totale et parfois elle n'est que partielle. Cette divergence de régimes est accentuée davantage par l'étendue des membres impliqués.

S'agissant de l'incompatibilité totale, la prohibition est élargie, elle englobe toutes les activités, quelles soient publiques, professionnelles ou mandat électif. Elle est requise au préalable dans le domaine de l'énergie en vertu de l'article 121 de la loi relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations⁷ qui précise que :

« La fonction de membre du comité de direction est incompatible avec toute activité professionnelle, tout mandat électif national ou local, tout emploi public et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur de l'énergie ou dans une entreprise ayant la qualité de client éligible ». Ensuite, c'est l'autorité de régulation de la presse écrite qui est soumise à cette obligation. En effet l'article 56 de la loi organique n°12-05 relative à l'information⁽⁸⁾ dispose que : « Les fonctions de membre de l'autorité de régulation de la presse écrite sont incompatibles avec tout mandat électif, tout emploi public ou toute activité professionnelle... ». Au final, c'est l'autorité de régulation de l'audiovisuel (l'ARAV) qui se voit appliquer ce régime d'incompatibilité d'après l'article 61 de la loi relative à l'activité audiovisuelle⁽⁹⁾ qui énonce que : « Le mandat de membre de l'autorité de régulation de l'audiovisuel est incompatible avec tout mandat électif, tout emploi public, toute activité professionnelle ou responsabilité exécutive dans un parti politique à l'exception des missions provisoires dans l'enseignement supérieur et la supervision de la recherche scientifique »

Quant à l'incompatibilité partielle, elle est appliquée à toutes les autres structures avec, toutefois, une différence au niveau des emplois concernés. A titre d'exemple, dans le domaine des télécommunications, l'interdiction ne vise pas les mandats électifs. L'article 18 de la loi n°2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, modifiée et complétée, précise que : « la fonction de membre du conseil est incompatible avec toute activité professionnelle, tout autre emploi public et toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans une entreprise du secteur de la poste, des télécommunications, de l'audiovisuel et de l'informatique »⁽¹⁰⁾.

Dans le domaine de la concurrence, l'interdiction porte seulement sur les activités professionnelles, comme c'est indiqué à l'article 29 § 3 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée, qui prévoit que : « La fonction de membre du conseil de la concurrence est incompatible avec toute autre activité professionnelle »⁽¹¹⁾.

A noter qu'une particularité est à relever dans le domaine boursier et celui des assurances du fait qu'une forme d'incompatibilité présidentielle est instaurée. L'article 24 du décret législatif n°93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilières, modifié et complété, dispose que : « La fonction de président de la commission est exercée à plein temps par son titulaire. Elle est incompatible avec tout mandat électif, fonction publique ou de toute autre activité à l'exception d'activités d'enseignement et de création artistique et intellectuelle ». L'article 209 ter §2 de la loi relative aux

assurances rappelle que : « La fonction de président de la commission de supervision des assurances est incompatible avec tous les mandats électifs ou fonctions gouvernementales »

Cependant, il reste le cas de la commission bancaire dont aucune disposition spécifique à l'incompatibilité n'est consacrée par la loi relative à la monnaie et au crédit. Mais cela ne signifie guère que cet organe central chargé de la régulation bancaire échappe à cette règle de transparence. Certains membres sont soumis au régime des incompatibilités imposé par leur statut d'origine, c'est le cas des deux magistrats détachés en vue de siéger dans le collège de cette structure, qui sont soumis aux interdictions imposées par la loi organique portant statut de la magistrature. Le juge ne peut exercer toute autre fonction, publique ou privée à l'exception de certaines tâches dans l'enseignement et la formation⁽¹²⁾.

Le président de la commission est soumis au régime d'incompatibilité en sa qualité de gouverneur de la banque d'Algérie⁽¹³⁾.

En revanche, les trois (3) autres membres de la commission ne sont soumis à aucune interdiction. *"Ce qui ne manque pas de rejaillir sur l'impartialité de l'organe lorsqu'il est amené à statuer sur les manquements dont se seraient rendus coupables un établissement financier ou une banque dans lesquels les membres en question auraient des intérêts"*⁽¹⁴⁾.

Au regard de ces dispositions, on remarque une différenciation de régimes d'incompatibilité, l'incohérence qui caractérise l'ensemble des textes est palpable. Le paradoxe est que, du point de vue du législateur, certains domaines présentent moins de risque que les autres, or ce sont les secteurs les plus sensibles en matière d'intérêts. Pire encore, pour certaines activités, il se focalise seulement sur le président de l'autorité, tel le cas de la COSOB et la commission de supervision des assurances, or un tel choix suscite des ambiguïtés. On est en droit de s'interroger, si le fait de garantir seulement la neutralité du président est suffisant pour assurer l'impartialité de l'organe ? La réponse à cette question nécessite de se pencher à nouveau sur le mode de fonctionnement de ces deux organes. En effet, si la collégialité est effective, l'incompatibilité présidentielle ne peut assurément garantir l'impartialité. Mais cette formulation peut être révélatrice du monopole exercé par les présidents de ces deux organes et le rôle décoratif des autres membres.

Toutefois, globalement l'interdiction de cumul de fonctions ne peut garantir à elle seule la question des conflits d'intérêts du fait que ce dernier peut prendre plusieurs formes, pour cela le législateur a adopté une solution radicale : l'obligation de désintéressement.

2. L'interdiction de détention d'intérêt : l'obligation de désintéressement

Afin de couper tout lien entre le régulateur et le milieu économique, le législateur interdit aux membres de certaines instances de régulation, la détention d'intérêts.

Cette prescription est rappelée expressément dans certains textes: il s'agit de ceux ayant trait au domaine bancaire⁽¹⁵⁾, à l'énergie⁽¹⁶⁾ à l'information⁽¹⁷⁾ et aux télécommunications⁽¹⁸⁾. Dans le domaine boursier, le législateur se contente seulement d'interdire aux membres de la commission et l'ensemble de son personnel d'effectuer des transactions sur des actions admises en bourse⁽¹⁹⁾. Cependant, les autres secteurs échappent ainsi à cette condition, ce qui suscite des interrogations quant aux critères retenus dans ce choix. Comment les membres des collèges du conseil de la concurrence et de la commission de supervision des assurances sont exclus de cette obligation ? Sont-ils des domaines qui présentent moins de risque en

matière d'intérêts? Or, il est observé que pour certains organes, cette prohibition ne concerne pas seulement les membres mais elle est même étendue à leurs proches. Comme c'est le cas des membres de l'autorité de régulation de la presse écrite auxquels s'applique une telle interdiction en vertu de l'article 57 de la loi relative à l'information qui précise que : « Les membres de l'autorité de régulation de la presse écrite ainsi que les membres de leurs familles, ascendants, descendants premier degré, ne peuvent ni directement ni indirectement exercer des responsabilités, ni détenir une participation dans une entreprise liée au secteur de l'information »

L'autre paradoxe est lié aux rapporteurs du conseil de la concurrence, en effet, il semble que cette catégorie se trouve épargnée complètement par le régime des incompatibilités. Aucune disposition ne leur fait allusion. Ils ne sont soumis ni à l'interdiction de cumul de fonctions ni à l'obligation du désintéressement. Ils se trouvent en somme, dans une forme de situation de non droit, sachant que leur rôle est primordial en matière d'enquête.

En droit français, ces enquêteurs sont soumis à des mesures singulières, avant et pendant leurs fonctions dans l'objectif de les mettre à l'abri de toute forme d'influence. Ces obligations sont contenues dans le règlement intérieur de l'autorité de la concurrence adopté par décision du 30 mars 2009⁽²⁰⁾. D'abord l'article 5 de ce texte rappelle le principe général de l'impartialité, ensuite l'article 6 précise que : « Lors de leur entrée en fonctions, le rapporteur général et le conseiller auditeur communiquent au président de l'Autorité, s'il y a lieu, la liste des intérêts qu'ils détiennent, directement ou par personne interposée, et des fonctions qu'ils exercent dans une activité économique à cette date, conformément au troisième alinéa de l'article L.461-2 du code de commerce, ainsi que la liste des fonctions qu'ils ont exercées, des mandats dont ils ont été titulaires au sein d'une personne morale et des intérêts qu'ils ont détenus au cours des cinq années précédant cette date.

Le rapporteur général transmet également au président de l'Autorité, au plus tard le 1^{er} février de chaque année, la liste mise à jour des intérêts qu'il détient, directement ou par personne interposée... »

Dès lors, on remarque que les dispositions relatives au désintéressement comportent autant d'insuffisances et d'incohérences que les règles liées aux cumuls de fonction. Il est difficile d'instaurer un régime unifié. Dans une telle situation, on est amené à dire qu'on est devant une situation d'incompatibilité de régimes et non de régimes d'incompatibilités. Conscient de cette incohérence, le législateur a pris l'initiative de généraliser l'obligation de désintéressement. Une telle tendance à l'unification⁽²¹⁾ est mise en œuvre par l'ordonnance n°07-01 du 1^{er} mars 2007 relative aux incompatibilités et obligations particulières attachées à certains emplois et fonctions⁽²²⁾.

Ces dispositions rappellent d'abord, dans le premier article, l'étendue de son application quant aux personnes : il s'agit des titulaires d'une fonction supérieure de l'Etat, exerçant dans des institutions et administrations publiques, des établissements publics et les entreprises publiques économiques, y compris les sociétés mixtes où l'Etat détient 50% au moins du capital ainsi qu'au niveau des autorités de régulation ou tout organisme public assimilé assurant des missions de régulation, de contrôle ou d'arbitrage. Le deuxième article définit la portée de l'interdiction. Les titulaires des fonctions précitées se voient interdire de détenir, en cours d'activité par eux-mêmes ou par personnes interposées, des intérêts auprès d'entreprises ou d'organismes dont ils assurent un contrôle ou une surveillance ou avec lesquels ils ont conclu un marché ou émis un avis en vue de la passation d'un marché.

Outre ces obligations, un régime d'incompatibilité postérieur est instauré. Certes, la démarche n'est pas complètement originale du fait que trois textes l'ont déjà instaurée dans trois domaines différents à savoir, le domaine de l'électricité et du gaz⁽²³⁾, le domaine bancaire⁽²⁴⁾ et l'audiovisuel⁽²⁵⁾ mais cette disposition présente une grande particularité. L'article 3 de l'ordonnance dispose que : « Sans préjudice des incompatibilités prévues par la législation et la réglementation en vigueur, à la fin de leur mission et ce, quel qu'en soit le motif, les titulaires des emplois et fonctions cités à l'article 1er ci-dessus ne peuvent exercer, pour une période de deux (2) années, une activité de consultation, une activité professionnelle de quelque nature que ce soit ou détenir des intérêts directs ou indirects auprès d'entreprises ou d'organismes dont ils ont eu à assurer un contrôle ou une surveillance, à conclure un marché ou à émettre un avis en vue de la passation d'un marché, ainsi qu'auprès de toute autre entreprise ou organisme opérant dans le même domaine d'activité ».

Par ailleurs, l'autre apport le plus important de ce texte de grande envergure réside dans la sanction instaurée. L'existence d'un conflit d'intérêt constitue une infraction pénale sanctionnée lourdement. L'article 6 précise que : « Est punie d'un emprisonnement de six (6) mois à un (1) an et d'une amende de 100.000 à 300.000 dinars algériens toute personne ayant contrevenu aux dispositions des articles 2 et 3 ci-dessus ». Dans cette situation, le législateur tend purement à réprimer et sanctionner, ce qui est contraire, à notre sens, aux objectifs attendus de cette prescription qui cherche à privilégier la prévention à la répression.

Toutefois, compte tenu de cette ambiguïté de finalité, l'application de cette gamme de dispositions ne peut produire son effet que si, les régulateurs y sont associés, ce qui est recherché sans doute à travers l'instauration de l'obligation d'information.

B- L'obligation d'information

Mettre en place une panoplie d'interdictions peut s'avérer sans efficacité devant la difficulté de la preuve. Il est difficile souvent de parvenir à déceler ce qui influence le for intérieur et les principales motivations des membres des instances de régulation. Seule leur implication demeure l'ultime solution. C'est dans cette optique que le législateur a instauré une obligation d'information qui s'impose à ces personnes et qui consiste à se manifester ou à se déporter volontairement devant des situations de conflits d'intérêts.

L'idée est de les impliquer, afin de les amener à faire preuve d'un grand sens de responsabilité avant la prise de décision et empêcher ainsi le risque de l'iniquité de la procédure en temps utile et éviter par conséquent les annulations a posteriori des décisions pour partialité. Une recherche de coopération qui tend à insuffler un peu d'éthique dans ce processus. Toutefois, malgré les avantages incontestables qu'elle présente, elle est loin d'être généralisée, elle n'est consacrée qu'en matière de concurrence et ce, en vertu de l'article 29 de l'ordonnance 03-03 qui précise que :

« Aucun membre du conseil de la concurrence ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a un intérêt ou s'il a un lien de parenté jusqu'au quatrième degré avec l'une des parties ou, s'il représente ou a représenté une des parties intéressées... ».

Une mesure analogue est instaurée en droit de la concurrence français en vertu de l'article L.461-2 § 2 et 3 du code de commerce qui dispose: « Tout membre de l'autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique.

Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées ».

Toutefois, le rapprochement entre les deux textes, montre que la démarche du législateur français est plus cohérente du fait qu'il a instauré une obligation d'information suivie du procédé d'empêchement, contrairement à notre législateur qui a consacré uniquement l'obligation d'abstention.

Conscient de l'importance d'une telle prescription pour consolider sa transparence, le conseil de la concurrence a pris lui-même l'initiative de l'introduire dans son règlement intérieur adopté par décision en date du 24 juillet 2013⁽²⁶⁾. En effet, l'article 35 de ce texte prévoit que: « Lorsque, au vu de l'ordre du jour de la séance, un membre estime qu'il ne peut délibérer pour l'une des raisons visées à l'article 29, alinéa 1 de l'Ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003, modifiée et complétée, relative à la concurrence, il informe sans délai le président du Conseil, en tout état de cause, huit (08) jours avant la tenue de la séance.

Lorsque le président du Conseil estime qu'un membre ne peut délibérer dans une affaire, il le prévient au moins (08) jours avant la tenue de la séance ».

Il faut toutefois signaler, qu'en France, l'obligation d'information est étendue à d'autres domaines et les dispositions applicables à l'Autorité du marché financier présentent beaucoup de particularités. En effet, l'article L.621-4 du code monétaire et financier précise que : « Tout membre de l'autorité des marchés financiers doit informer le président :

1° Des intérêts qu'il a détenus au cours des deux ans précédant sa nomination, qu'il détient ou vient à détenir ;

2° Des fonctions dans une activité économique ou financière qu'il a exercées ou cours des deux années précédant sa nomination, qu'il exerce ou qu'il vient à exercer ;

3° De tout mandat au sein d'une personne morale qu'il a détenu au cours des deux années précédant sa nomination, qu'il détient ou vient de détenir;

Ces informations, ainsi que celles concernant le président, sont tenues à la disposition des membres de l'Autorité des marchés financiers.

Aucun membre de l'Autorité des marchés financiers ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des deux années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat, a représenté une des parties intéressées ».

En somme, au regard des avantages importants que peut apporter l'obligation d'information, elle aurait pu pallier les lacunes contenues dans les prescriptions relatives aux incompatibilités, mais à défaut de sa généralisation, son impact reste insignifiant.

Mais compte tenu des lacunes relevées s'agissant de l'impartialité personnelle ou subjective qui empêchent de garantir une base solide de neutralité aux instances de régulation, l'urgence se pose aujourd'hui au niveau structurel.

II- L'impartialité objective : un principe méconnu

Contrairement aux difficultés circonstanciées suscitées par l'exigence de l'impartialité subjective, l'impartialité objective soulève un véritable problème structurel, par conséquent elle ajoute une bonne dose de difficultés à une matière qui se caractérise déjà par une certaine complexité. Son émergence a donné lieu à une jurisprudence abondante.

Son contenu comporte deux volets. Le premier consiste à concilier le pouvoir d'auto-saisine et neutralité. L'idée est d'insuffler plus d'objectivité dans la mise en œuvre de cette liberté d'action. S'agissant du deuxième, il tend à l'organisation du cumul des fonctions de poursuite et de sanction au sein du même organe. Or, si le législateur Français semble être plus réceptif à ces changements, en revanche, le

législateur algérien méconnaît encore cette évolution. La procédure de saisine d'office ne reçoit pas un solide encadrement (A), la confusion de fonctions et le défaut de séparation organique, reste encore le mode de fonctionnement de toutes les instances de régulation (B).

A- L'encadrement insuffisant de l'auto-saisine

Les autorités de régulation présentent beaucoup de spécificités dans leur mode de fonctionnement et d'organisation. Mais l'autre particularité qui caractérise ces structures réside, sans doute, dans leur liberté d'action. En effet, le pouvoir d'auto-saisine constitue un outil indispensable pour ces structures afin de mener efficacement leur mission. Prendre le devant face aux phénomènes économiques est primordial. En droit de la régulation, c'est la logique de la prévention qui prime. Mais cette faculté procédurale n'est reconnue que tacitement pour les régulateurs en droit algérien à l'exception du conseil de la concurrence et l'autorité de régulation de l'audiovisuel.

Pour le garant du droit de la concurrence, dont la démarche est sans doute inspirée du droit français⁽²⁷⁾, cette prérogative est rappelée par l'article 44 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence modifiée et complétée qui dispose que : « Le conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé du commerce, il peut se saisir d'office ou être saisi par toute entreprise ou, pour toute affaire dans laquelle ils sont intéressés, par les institutions et organismes visés à l'alinéa 2 de l'article 35 de la présente ordonnance ». Quant à l'ARAV, elle est confirmée par l'article 99 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle ainsi formulé: « L'autorité de régulation de l'audiovisuel peut, soit s'autosaisir, soit être saisie par les partis politiques et/ou les organisations professionnelles et syndicales représentatives de l'activité audiovisuelle, et/ou les associations et toute autre personne physique ou morale, en vue d'engager la procédure de mise en demeure ».

Cette faculté présente beaucoup d'avantages, elle n'est jamais contestée à l'origine, toutefois la jurisprudence a œuvré à l'ajuster aux exigences du procès notamment le principe de l'impartialité. L'engagement des poursuites par le même organe appelé à sanctionner n'est pas sans risque sur le sort de la décision. Le Conseil d'Etat français juge: *" la saisine d'office admissible à condition que l'acte par lequel l'autorité décide de se saisir elle-même de certains faits de nature à motiver une sanction ne donne pas à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu"*⁽²⁸⁾. Dans la même démarche la Cour européenne des droits de l'homme semble exiger davantage *"d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure"*⁽²⁹⁾.

La montée en puissance de cette nouvelle conception jurisprudentielle n'a pas eu le même impact en droit algérien et français. En effet, contrairement au législateur algérien, qui laisse encore le pouvoir d'auto-saisine une prérogative intacte, à exercer sans conditions, son homologue français s'est montré soucieux vis-à-vis de cette question, de ce fait il a effectué une grande modification afin de s'aligner à ces développements. Cet apport est contenu dans l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence. En effet, l'article L.462-5 § 3 du code de commerce issu de cet amendement précise que : « Le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et l'article L.430-8 ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de

concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence ». Or, la version initiale de ce texte accorde cette prérogative à l'ancien conseil de la concurrence sans aucune condition. En effet, en vertu de l'article 11 de l'ordonnance n°86-1245 relative à la liberté des prix et de la concurrence: « Le conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'économie, il peut se saisir d'office, ou être saisi par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés au deuxième alinéa de l'article 5... »

Paradoxalement, cet aménagement est passé inaperçu, ou néanmoins n'a pas eu la part de réflexion qu'il mérite, dans une période marquée, non seulement, par de vives réactions autour de la question, mais encore par les profondes controverses autour de cette catégorie : celle des rapporteurs. Or, le texte soulève beaucoup de questionnements. Le législateur veut-il conditionner le pouvoir d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence ? Encore, amener les rapporteurs à s'immiscer dans le déclenchement de la procédure, n'est-il pas de nature à accroître le risque de partialité ?

Difficile de répondre à ces questions du fait que le rapporteur général dispose seulement d'un pouvoir de proposition, son impact sur le pouvoir d'appréciation de l'Autorité de la concurrence reste imprécis. Dès lors, à défaut d'apporter une solution, cette modification a ajouté une autre dose d'ambiguïté à la question.

B-Défaut de séparation organique de fonctions

A l'instar de la question relative à la qualification des organes de régulation, le cumul de fonctions demeure la problématique la plus pertinente en droit de la régulation. Elle reste encore un sujet de pleine actualité. La question ressuscitée aujourd'hui est liée à la configuration originelle des organes de régulation. En effet, le cumul de fonctions, de poursuite et de sanction exercé par un seul organe ne répond plus aux prescriptions de l'équité. L'expérience a montré son impact négatif sur le cheminement du procès.

La première décision remonte à l'affaire dite OURY où l'assemblée plénière de la Cour de cassation a approuvé la décision de la Cour d'appel de Paris qui a annulé la procédure disciplinaire s'étant déroulée devant la Commission des opérations de bourse pour partialité, du fait du cumul de fonctions d'enquête, d'instruction et de jugement par le rapporteur⁽³⁰⁾. A l'instar de cette décision d'autres ont confirmé le même raisonnement. Toutefois, la condamnation du conseil de la concurrence par la Cour de cassation pour partialité reste particulière, elle est allée à l'encontre même du texte juridique. Or, si l'article 25§4 de l'ordonnance n°86-1245 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence dispose que : « Le rapporteur général et le rapporteur assistant au délibéré, sans voix délibérative », la Cour condamne complètement cette participation⁽³¹⁾.

Cette nouvelle approche structurelle des instances de régulation issue de l'interprétation audacieuse de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, marque l'une des plus spectaculaires mutations en droit de la régulation. Ce revirement a fait l'objet de vives réactions. Une partie de la doctrine refuse cette transposition en bloc des exigences du procès à ces institutions. Elle soutient que : *"c'est la raison d'être de l'Autorité administrative indépendante que de pouvoir faire « trois en un » : le contrôle, la poursuite et la sanction. Si l'on casse cette faculté d'agir dans ces trois directions, la répression administrative ne présentera guère de valeur ajoutée par rapport à la répression pénale"*⁽³²⁾.

Mais le législateur Français s'est montré plus réceptif à ces nouvelles conditions pour répondre ainsi aux exigences européennes en la matière, dès lors il a opéré un profond mouvement de restructuration des AAI dotées d'un pouvoir répressif. La séparation organique de fonctions est instaurée dans trois secteurs clés en économie. D'abord, dans le domaine financier par la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière, qui a créé une nouvelle instance, en l'occurrence l'Autorité des marchés financiers (AMF), héritière de le COB, composée d'un collège, une commission des sanctions, et le cas échéant, des commissions spécialisées et des commissions consultatives⁽³³⁾. Ensuite, c'est l'activité bancaire qui se voit introduire cette modification après la création de l'Autorité de contrôle prudentiel et résolution⁽³⁴⁾ et au final c'est le domaine de l'énergie qui a accueilli ce changement après l'amendement de ces dispositions par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011⁽³⁵⁾.

Il reste le cas de l'autorité de la concurrence héritière du conseil de la concurrence⁽³⁶⁾ qui ne s'est pas vue soumise à la dualité tant attendue, toutefois un aménagement est entrepris concernant la présence du rapporteur et du rapporteur général aux délibérés, le législateur consacrant par là pleinement les solutions jurisprudentielles⁽³⁷⁾.

Contrairement à la démarche française, le législateur algérien n'a entrepris aucun ajustement. Toutes les structures sont laissées en leur forme initiale, composée d'un organe unique, à l'exception de la commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse dont les textes fondateurs semblent s'inspirer de cette évolution. L'article 51 du décret législatif n°93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilières, modifié et complété, dispose en effet que : « Il est institué au sein de la commission une chambre disciplinaire et arbitrale comprenant, outre le président :

- Deux membres élus parmi les membres de la commission pour une durée de leur mandat,
- Deux magistrats désignés par le ministre de la justice et choisis pour leurs compétences en matière économique et financière.

Le président de la commission assure la présidence de la chambre ».

En apparence, l'organisation de la COSOB apparait satisfaisante pleinement à l'exigence de l'impartialité objective. *"En réalité, il n'en est rien dans la mesure où la chambre disciplinaire comprend trois membres du collège, soit deux membres élus parmi les membres de la Commission ainsi que le président de celle-ci. Or, ce dernier préside aussi bien le collège, auquel échoient les fonctions de poursuite, que la chambre à laquelle le législateur confie le pouvoir de sanction"*⁽³⁸⁾. Par conséquent, l'organisation de cette commission suscite autant d'incertitude en termes de neutralité que les autres structures. Ainsi, en se démarquant complètement de cette dynamique de changement, le législateur condamne et prive ces instruments clés en matière de régulation d'être en harmonie avec l'universalité des exigences du procès.

Conclusion :

De ce qui précède, on conclut que l'incohérence est l'élément qui caractérise les dispositions relatives à l'impartialité des autorités de régulation économique. Le manque de cohérence est relevé d'abord dans les différents régimes applicables pour garantir l'impartialité subjective de ces instances; impartialité totale pour certains organes, impartialité partielle pour les autres. Aussi, l'existence de plusieurs textes qui traitent différemment cette question rend difficile la compréhension et de ce fait la mise en application.

Il faut ajouter ensuite que, compte tenu de cette gamme de dispositions, cet ensemble risque de ne produire aucun effet, du fait qu'il souffre de manque de clarté quant aux procédures de récusation. Certains textes uniquement qui ont fait allusion à cette faculté. Or, l'intérêt de l'entreprise est de prévenir et déclencher cette mesure incontestable avant la prise de décision, afin de lui éviter la lourdeur du recours juridictionnel.

L'incohérence est constatée au final dans le manque d'importance accordé à l'aspect objectif de l'impartialité. C'est regrettable que notre législateur se démarque complètement du grand mouvement du changement qui a soufflé sur ces organes de régulation sous l'impulsion de la jurisprudence européenne. En conséquence, il prive ces institutions de toutes formes de rénovation. Ainsi, on est amené à comprendre que l'impartialité n'occupe pas une place prioritaire en droit algérien. Or, c'est une question qui se pose en urgence à tous les niveaux et devant toutes les structures. Aujourd'hui, elle s'impose comme une norme universelle en matière de procès, c'est une condition pour asseoir les autres exigences de l'équité. En effet, Il s'est avéré qu'il est inutile de rechercher l'efficacité des autres garanties, à l'instar du contradictoire, l'égalité des armes et autres droits de la défense, si cette neutralité n'est pas instaurée.

Notes :

(1) ROQUES-BONNET Marie-Charlotte, "Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ?", VIIe Congrès français de droit constitutionnel, congrès de Paris, 25, 26 et 27 septembre 2008, <http://www.droitconstitutionnel.org/>

(2) AUTIN Jean-Louis, "Autorités administratives indépendantes", J-CI administratif, Fasc 75, (actualisé par BREEN Emmanuel), 2010, p.1.

(3) Office Parlementaire d'évaluation de la législation (Opel), AAI : « évaluation juridique d'un objet non identifié » rapport n°404, la semaine juridique Ed. G. n°26, juin 2006, act. 303. Voir aussi : NOTTE Gérard, "Les autorités administratives indépendantes, (Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation)", La semaine juridique, Ed. entreprise et affaire n°26, juin 2006, act.295.

(4) TEIGEN-COLLEY Catherine, "Les instances de régulation et la constitution", Revue du droit public et de la science politique, n°02 tome 106, 1990, p. 156.

(5) Cons. Cons., décision n° 88-248 du 17 janvier 1989, dite "liberté de communication", Revue du droit public et de la science politique, 1989, p.429 et s. note FAVOREU ; RFDA 1989, p. 215 note GENEVOIS.

(6) Ainsi dans le domaine des hydrocarbures, la loi n°05-07 du 28 avril 2005, relatives aux hydrocarbures, *JORA* n°50 du 19 juillet 2005, modifiée et complétée par ordonnance n°06-10 du 19 juillet 2006, *JORA*, n°48 du 30 juillet 2006, modifiée et complétée par loi n°13-01 du 20 février 2013, *JORA* n°11 du 24 février 2013, modifiée et complétée par loi n°15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finance pour 2016, *JORA* 72 du 31 décembre 2015, précise dans son article 12-34 que : « Le président, les membres du comité de direction, le secrétaire général et les agents de l'agence hydrocarbures exercent leurs fonctions en toute transparence, impartialité, et indépendance ». Quant au domaine minier, c'est l'article 38-19 de la loi n°14-05 du 24 février 2014 portant loi minière, *JORA* n° 18 du 30 mars 2014 qui dispose que : « Le président, les membres du comité de direction et les agents des agences minières exercent leurs fonctions en toute transparence, impartialité et indépendance ». Toutefois malgré cette confirmation du principe d'impartialité, la nature de ces agences reste un élément controversé, voir dans ce sens : ZOUAÏMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie, Belkeise Editions, 2012, p.60 et s.

(7) La loi n°2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, *JORA* n° 08 du 06 février 2002, modifiée et complétée par loi n°14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n°78 du 31 décembre 2014.

(8) Loi organique n°12-05 du 12 janvier 2012 relative à l'information, *JORA* n°02 du 15 janvier 2012.

(9) Loi n°14-04 du 24 février 2014 relative à l'activité audiovisuelle, *JORA* n°16 du 23 mars 2014.

(10) Loi n°2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06 août 2000, modifiée et complétée par la loi n°06-24 du 26 décembre 2006 portant loi de finances pour 2007, *JORA* n°85 du 27 décembre 2006, modifiée et complétée par loi n°14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finance pour 2015 *JORA* n°78 du 31 décembre 2014.

(11) Ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n°43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n°08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 2 juillet 2008, modifiée et complétée par loi n°10-05 du 15 août 2010, *JORA* n°46 du 18 août 2010.

- (12) Voir l'article 17 de la loi organique n°04-11 du 6 septembre 2004, portant statut de la magistrature, *JORA*, n°57 du 08-09-2004.
- (13) Ordonnance n°03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n°52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par ordonnance n°09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, *JORA* n°44 du 26 juillet 2009 ; modifiée et complétée par ordonnance n°10-04 du 26 août 2010, *JORA* n°50 du 1^{er} septembre 2010, complétée par loi n°13-08 du 30 décembre 2013 portant loi de finances pour 2014, *JORA* n°68 du 31 décembre 2013. L'article 14 du texte en cause précise que : « La fonction de gouverneur est incompatible avec tout mandat électif, toute charge gouvernementale et toute fonction publique. Il en est de même pour la fonction de vice gouverneur.
- A l'exception de la représentation de l'Etat auprès d'institutions publiques internationales de caractère monétaire, financier ou économique, le gouverneur et le vice-gouverneur ne peuvent, durant leur mandat exercer aucune activité, profession ou fonction... »
- (14) ZOUAÏMIA Rachid, "Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes", *Revue Académique de la Recherche Juridique*, Université Abderrahmane MIRA Bejaia, volume 7, n° 01, 2013, p.8.
- (15) L'article 106 bis § 4 issu de la modification de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit en 2010 énonce que : « Durant une période de deux (2) ans après la fin de leur mandat, les membres de la commission ne peuvent ni gérer ni entrer au service d'un établissement soumis à l'autorité ou au contrôle de la commission, ou d'une société dominée par un tel établissement, ni servir de mandataires ou de conseillers à de tels établissements ou sociétés »
- (16) La loi n°2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, modifiée et complétée, *op.cit.*, dispose en son article 121 que : « La fonction de membre du comité de direction est incompatible ...et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur de l'énergie ou dans une entreprise ayant la qualité de client éligible ».
- (17) L'article 64 de la loi n°14-04 relative à l'activité audiovisuelle dispose que : « Le membre de l'autorité de régulation de l'audiovisuel ne peut détenir, directement ou indirectement, des intérêts dans une entreprise ayant pour objet une activité audiovisuelle, de cinéma, d'édition, de presse, de publicité ou de télécommunications ».
- (18) Loi n°2000-03 du 5 août 2000 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, modifiée et complétée, *op.cit.*, précise en son article 18 que : « La fonction de membre du conseil est incompatible avec toute activité professionnelle, tout autre emploi public et toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans une entreprise du secteur de la poste, des télécommunications, de l'audiovisuel et de l'informatique ».
- (19) En vertu de l'article 25 du décret législatif n°93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilières, modifié et complété, *op.cit.*
- (20) Ce règlement est publié sur le site de l'autorité de la concurrence : www.autoritedelaconcurrence.fr/
- (21) Voir ZOUAÏMIA Rachid, " Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes", *op.cit.* p.9.
- (22) Ordonnance n°07-01 du 01 mars 2007 relative aux incompatibilités et obligations particulières attachées à certains emplois et fonctions, *JORA* n° 16 du 7 mars 2007.
- (23) Voir l'article 124 de la loi n°2002-01 du 5 février 2002 modifiée et complétée relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, *op.cit.*
- (24) Voir l'article 106 bis de l'ordonnance 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, modifiée et complétée, *op.cit.*
- (25) L'article 64 de la loi n° 14-04 du 24 février, relative à l'activité audiovisuelle, *op.cit.*
- (26) Bulletin officiel de la concurrence n°3, 6 décembre 2015, <http://www.conseil-concurrence.dz/>
- (27) Voir l'article 11§1 de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.
- (28) C.E n° 180122, du 20 octobre 2000, Ste Habib Bank limited, *AJDA* 2000, p.1071. (note P. Subra de BIEUSSES), décision citée par : IDOUX Pascal, "Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales", *RFDA*, 2010, p.927.
- (29) CEDH déc. N° 5242/04 N° 11 juin 2009, DUBUS SA. c. France, *D.* 2009, p.2247. (note A. COURET), déc. citée par : IDOUX Pascale, *op.cit.*, p.927.
- (30) Cass. Ass. Plèn. Du 05/02/1999 affaire Oury, citée par GARAUD Eric, "Nécessité de séparer les fonctions d'instruction et de jugement de la COB", *JCP E*, n°2, 1999, p.129.
- (31) Cass. Com. Décision n° 97-15-617, 05-10-1999, *Dalloz*, 1999, p.44.
- (32) DE BECHILLON Denys, FOURVEL Jacques et GYOMAR Mattias, " L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable", *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°37, octobre 2012, p.168.
- (33) Voir l'article L.621-2 du code monétaire et financier issu de la modification de 2003 apportée par la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière, www.legisfrance.gouv.fr/

- (34) L'article L.612-4 du code monétaire et financier précise que : « l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution comprend un collège de supervision, un collège de résolution et une commission des sanctions ».
- (35) Voir l'article L.132.1 §1 du code de l'énergie, www.legisfrance.gouv.fr/
- (36) Par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, www.legisfrance.gouv.fr/
- (37) Voir l'article L.463-7 du code de commerce, www.legifrance.gouv.fr/
- (38) ZOUAÏMIA Rachid, " Les garanties du procès équitable devant les autorités administratives indépendantes", op.cit. p.13.

Le concept de sanctions ciblées comme une nouvelle alternative: entre efficacité et droits de l'Homme*

YAHIAOUI Lotfi, 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.

يحيياوي لطفي، طالب دكتوراه،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé :

L'Organisation des Nations-Unies a fourni des efforts depuis plus de deux décennies, afin de corriger les nombreuses imperfections du mécanisme de sanctions globales mis en place à l'encontre des États pour les obliger de s'acquitter de leurs obligations, en atténuant leurs effets sur les droits de l'Homme. Cependant, le point tournant dans le droit international a été la période postérieure aux attentats du 11 septembre 2001 où il a été instaurée la notion de sanctions ciblées, comme une nouvelle alternative aux sanctions globales face aux menaces actuelles, y compris le phénomène du terrorisme, de sorte qu'elles soient destinées à l'encontre des individus eux-mêmes ainsi qu'aux entités non étatiques classées sur des «listes noires» -plutôt que des États- en les empêchant de commettre des actes qui menacent la paix et la sécurité internationales tels que la prévention du financement du terrorisme international par le gel de leurs fonds et avoirs financiers, et embargo sur les armes... pour les forcer à changer leur comportement, ceci constitue donc l'un des domaines clés sur lesquels est fondée la stratégie des sanctions ciblées des Nations-unies.

Certes, même si nous avons insisté sur le succès des sanctions ciblées dans la prévention des tragédies humaines à l'encontre des peuples des États ciblés, de telles sanctions, ont été au fil du temps la source de nombreux débats en ce qui concerne leurs conséquences humanitaires, en particulier leurs impacts négatifs sur les libertés civiles des individus ciblés.

Mots clés :

ONU, Conseil de Sécurité, Sanctions ciblées, chapitre VII de la charte des Nations unies, la paix et la sécurité internationales, droits de l'Homme.

* Article reçu le 30/06/2016, expertisé le 07/11/2016, rendu publiable le 12/06/2017.

The concept of targeted sanctions as a new alternative: between effectiveness and human rights

Abstract:

Although the United Nations have been working for more than two decades, to correct the many shortcomings of the global sanctions mechanism put in place against States for those obliged to fulfil their obligations, to mitigate their impact on human rights. However, the turning point in international law was the period after the terrorist attacks of September 11, 2001, where it founded the notion of targeted sanctions as a new alternative to traditional sanctions in the face of current threats, including the phenomenon of terrorism, So that they are directed against individuals themselves as well as non-State entities classified on "blacklists" - rather than States - by preventing them from committing acts that threaten peace and security. Such as preventing the financing of international terrorism by freezing their funds and financial assets, and embargoes on arms... to force them to change their behaviour, this is therefore one of the main key areas on which Based strategy of the UN targeted sanctions.

While we have insisted on the success of targeted sanctions in the prevention of human tragedies against the peoples of the targeted states, these sanctions have, over time, been the source of much debate, Their humanitarian consequences, in particular their negative impacts on the civil liberties of the targeted individuals.

Key words:

UN, Security Council, Smart Sanctions, Chapter VII of the Charter of the United Nations, international peace and security, Human Rights.

مفهوم الجزاءات المستهدفة كألية جديدة: بين الفعالية وحقوق الإنسان

الملخص:

بالرغم من جهود الأمم المتحدة التي بذلتها منذ أكثر من عقدين من الزمن، لتصويب العديد من النقائص والعيوب التي شابت آلية الجزاءات الشاملة التي تفرضها ضد الدول لإجبارها على الوفاء بالتزاماتها، للتخفيف من حدة أثارها على حقوق الإنسان. غير أن نقطة التحول في القانون الدولي كانت بعد هجمات 11 سبتمبر 2001، أين تم إرساء مفهوم الجزاءات المستهدفة، كحل بديل عن الجزاءات التقليدية في مواجهة التهديدات الراهنة منها ظاهرة الإرهاب، بحيث توجه ضد أفراد بذاتهم وكيانات من غير الدول المسجلة في القوائم السوداء - بدلا من الدول- وذلك عن طريق منعها من القيام بأفعال تهدد السلم والأمن الدوليين كمنع تمويل الإرهاب الدولي بتجميد أموالهم وأصولهم المالية، وحظر الأسلحة... لإجبارهم على تغيير سلوكهم، ويعتبر هذا كأحد المجالات الرئيسية التي تقوم عليها إستراتيجية الجزاءات المستهدفة. وبالتالي حتى وإن جزمنا نجاح الجزاءات المستهدفة في تفادي وقوع مآسي إنسانية في حق شعوب الدول المعاقبة، إلا أنّها كانت مصدر الكثير من النقاش بشأن عدم فعاليتها، بسبب أثارها الإنسانية، بالخصوص أثارها السلبية على الحريات المدنية للأفراد المستهدفين.

الكلمات المفتاحية:

الأمم المتحدة، مجلس الأمن، الجزاءات المستهدفة، الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، السلم والأمن الدوليين، حقوق الإنسان.

Introduction

Depuis le milieu du XXe siècle, des sanctions économiques onusiennes ont émergé sur la scène internationale pour parer à tout ce qui menace la paix et la sécurité internationales comme celles imposées à l'encontre de la Rhodésie du Sud en 1966 et de l'Afrique du Sud en 1977. Cependant, elles n'ont pas évolué et développé de manière significative que dans les années nonante après la fin de la guerre froide.

A partir des années quatre vingt dix, la communauté internationale s'est tournée vers une nouvelle stratégie qui consiste à cibler uniquement des individus, et non pas des États comme ce fut le cas auparavant. Cette stratégie marque le début d'une étape décisive dans le cours des faits des relations internationales.

C'est ainsi que la communauté internationale commença à la formulation d'une nouvelle politique en s'intéressant à des questions d'une importance majeure qui ont été oubliées et négligées pendant la guerre froide. Il s'agit d'une part, des questions relatives à la promotion de la démocratie, l'universalité des droits de l'homme, la protection de l'environnement ainsi que la lutte contre les menaces actuelles, y compris le phénomène du terrorisme et le crime transnational organisé. D'autre part, il y avait un fort sentiment international dans la nécessité de rétablir la crédibilité et le dynamisme à l'Organisation des Nations unies en général et le Conseil de Sécurité en particulier (Ci-après le Conseil).

Cela a conduit le secrétaire général des Nations unies de proposer dès 1992 des sanctions ciblées, comme un concept nouveau pour concilier entre la sanction et l'humanisme, afin d'éviter à nouveau les tragédies irakiennes, qui sont surnommées «*sanctions ciblées ou intelligentes*», qui doivent être ciblées afin de réduire les effets dommageables à l'État et à la population civile, qui ont été ensuite approuvées par la tenue de plusieurs conférences et forums internationaux. Ces sanctions, consistant à lister publiquement des entités non étatiques qu'ils s'agissent bien d'individus et d'organisations responsables ou susceptibles de mettre en danger la paix et la sécurité internationales, qui sont tout aussi bien le fait des responsables nationaux, des responsables d'actes terroristes, des insurgés, et des fauteurs de trouble, quels qu'ils soient⁽¹⁾.

De ce qui précède, on est tenté de s'interroger si le Conseil de Sécurité des Nations unies a-t-il réussi dans la mise en œuvre de nouvelles règles pour assurer ses obligations envers la communauté internationale dans la protection des droits de l'homme ?

De ce fait, nous allons essayer par notre étude d'aborder le concept de sanctions ciblées, et cela à travers l'identification de son concept et ses types de sanctions (Section I), et en démontrant les effets pervers de ses dernières sur les droits de l'homme à travers l'inefficacité des résolutions du Conseil de Sécurité, qui se traduit par les diverses expériences dans la pratique de cette institution (Section II).

Section I : Le concept de la notion des sanctions ciblées ou intelligentes

C'est au milieu de la décennie (1990-2000) que la communauté internationale a recouru à la notion de sanctions sélectives qui a émergé progressivement à partir de

cette époque dans des cycles d'études (Sous Section I) que le Conseil de Sécurité a intégré dans son système juridique (Sous Section II).

Sous Section I : L'évolution du concept des sanctions ciblées

Les conséquences néfastes découlées de la pratique internationale des mesures économiques et notamment les mesures globales, avec une violation généralisée des droits de l'homme, ont poussé la doctrine et les experts à mettre en place des sanctions intelligentes pour renforcer leur efficacité⁽²⁾(2), qui s'est soldée par l'organisation de plusieurs conférences et forums internationaux (1).

1/ Genèse et évolution des sanctions ciblées

Plusieurs conférences internationales et de nombreuses études ont été tenues dans des cycles d'études externes aux Nations unies ces dernières années sur la question des sanctions, avec une réflexion dirigée sur les sanctions intelligentes⁽³⁾. Toutefois, nous en examinerons principalement trois d'entre elles, à savoir le Processus d'Interlaken concernant les sanctions financières (a), le Processus de Bonn-Berlin concernant les restrictions de voyage et embargo sur les armes (b), et en dernier le Processus de Stockholm sur l'application des sanctions ciblées (c).

A-Le Processus d'Interlaken sur les sanctions financières

Les sanctions financières ciblées ont eu une place majeure dans le développement des sanctions ciblées. La Suisse, qui est un pays d'un savoir-faire significatif en matière de transactions financières, a abrité sous l'égide de son Office fédéral des affaires économiques extérieures à Interlaken une série de réunions internationales d'experts sur le ciblage de ces sanctions⁽⁴⁾.

Les consultations pendant ce processus d'Interlaken ont porté «*sur les aspects pratiques et techniques qui entrent dans la conception de sanctions financières ciblées*»⁽⁵⁾, et de ressortir des détails sur les exigences spécifiques de ces régimes de sanctions financières et développer de nouvelles options, plus ciblées et plus effectives, et à viser des individus spécifiques et des entités du pays ciblé⁽⁶⁾.

Le résultat de ce processus a significativement avancé la compréhension et l'évaluation des ressources disponibles dont l'objectif était d'améliorer la façon de les rendre plus efficaces tout en veillant à assurer le succès de leur mise en œuvre⁽⁷⁾.

B-Le Processus de Bonn-Berlin ayant trait aux restrictions de voyage et embargo sur les armes

Ce processus de Bonn-Berlin⁽⁸⁾ est la deuxième initiative qui a été prise pour améliorer l'approche des sanctions de voyage et des embargos sur les armes. Le ministère des affaires étrangères d'Allemagne est l'un des premiers initiateurs de cette notion de sanctions en organisant un séminaire international d'experts en 2000⁽⁹⁾.

Les consultations dans le cadre de ce processus n'ont pas directement abordé comment évaluer les implications humanitaires⁽¹⁰⁾, «*mais avaient pour objectif d'améliorer la conception et l'application de l'embargo sur les armes et les sanctions relatives aux déplacements, pour mieux utiliser leur potentiel*»⁽¹¹⁾.

A cet effet, des tâches ont été assignées pour quatre groupes de travail d'experts lors de ce séminaire. Le premier groupe était chargé de traiter la question des sanctions du voyage et de l'aviation, en particulier sur le développement des résolutions et des suggestions modèles pour la mise en œuvre nationale des sanctions du voyage et de l'aviation. Le deuxième groupe avait pour mission de formuler des propositions en vue de rendre l'embargo sur les armes plus efficace sur le terrain. Le troisième groupe a été chargé d'élaborer un modèle de résolution types du Conseil sur

les embargos sur les armes, tandis que le quatrième groupe était chargé de discuter des suggestions pour améliorer le suivi et l'application des embargos sur les armes au niveau de l'ONU⁽¹²⁾.

Par conséquent, le résultat final de ce processus a été présenté au Conseil de Sécurité et aux États membres le 22 octobre 2001⁽¹³⁾.

C- Le Processus de Stockholm sur l'application des sanctions ciblées

Le processus de Stockholm est la troisième initiative du processus international des sanctions ciblées, coordonné par le ministère Suédois des affaires étrangères avec le département of peace and conflict recherche de l'Université d'Uppsala en 2001. Le rapport final de cette initiative a été présenté au Conseil de Sécurité en 2003. Ces recommandations portaient sur *«l'amélioration de l'application et de l'effectivité de ces sanctions au niveau de tous les acteurs internationaux (Conseil de Sécurité, Comité de sanctions, État)»*⁽¹⁴⁾. Cette mesure a pour finalité de renforcer l'efficacité des sanctions à diriger contre des individus dont leurs actions constituent une menace pour la paix et à la sécurité internationales.

En vue de rendre les sanctions ciblées effectives, le Processus de Stockholm a prévu leurs mises en œuvre par une chaîne d'actions impliquant tous les niveaux de prise de décisions: le Conseil de Sécurité, ses Comités de sanctions, les États membres et leurs agences administratives⁽¹⁵⁾.

Prises dans leur ensemble, ces trois initiatives ont guidé une grande partie du travail politique de l'ONU en entraînant une évolution significative dans la consécration d'une nouvelle approche de la politique coercitive. Cela constitue pour le Conseil un outil indispensable dans le rétablissement de la paix et la sécurité en évitant ainsi de recourir à la force militaire. C'est donc important que ces mesures soient bien conçues et mises en œuvre correctement en améliorant leurs modes d'application. Elles ont le mérite d'induire un changement de comportement tout en réduisant leurs conséquences néfastes non voulues⁽¹⁶⁾.

2/Typologie du Conseil de Sécurité en matière de sanctions ciblées

Les Nations-Unies ont mis en place un système de sécurité qui est mis en œuvre par le Conseil de Sécurité, conçu comme un corps principal avec des fonctions de nature opérationnelle. Le Conseil de Sécurité est ainsi autorisé de recourir à une série de mesures visant à atteindre les objectifs de la Charte. Ces mesures concernent principalement le règlement des différends internationaux ainsi que la restauration de la paix et la sécurité internationales, y compris par l'imposition de mesures coercitives en vertu du chapitre VII contre des individus ou des acteurs non étatiques, afin de faire pression sur eux et les amener à changer leur comportement.

Les sanctions décidées par le Conseil de Sécurité peuvent prendre différentes formes. On considère généralement comme sanctions ciblées les embargos sur les armes (a), les mesures financières (b), la restriction de voyages et de vols commerciaux (c), et les restrictions sur le commerce de ressources naturelles (d).

A- Embargo sur les armes

Les embargos sur les armes sont inscrits comme l'un des instruments privilégiés dans le nouveau débat sur les sanctions intelligentes, car ils permettent de priver la cible de ses moyens militaires pour poursuivre son comportement agressif sans causer d'impact sur les civils. L'embargo est défini comme *«l'acte d'autorité d'un État pouvant s'appliquer à tout moyen de transport ou à toute catégorie de marchandises ou de produits, notamment les armes ou les produits stratégiques ou pétroliers»*⁽¹⁷⁾. Ce type de sanction consiste à *«empêcher la fourniture, la vente ou le transfert*

directs ou indirects aux personnes, groupes, entreprises et entités en question, ... au moyen de navires ou d'aéronefs battant leur pavillon, d'armements et de matériels connexes de tous les types, y compris les armes et les munitions, les véhicules et le matériel militaires, l'équipement paramilitaire et les pièces de rechange des armes et matériels susmentionnés, ainsi que la fourniture de conseils techniques, d'assistance ou de formation en matière d'arts militaires»⁽¹⁸⁾.

L'on déduit alors que les embargos sur les armes ont varié en terme de leur portée, leurs cibles, ainsi que leur couverture et leurs procédures de mise à terme. Ils peuvent consister en l'interdiction de transférer des armes à un pays entier; sélectif, interdisant les transferts d'armes à des zones particulières dans un pays ou aux forces non gouvernementales, telles que les forces armées non gouvernementales explicitement désignées; ou global, interdisant les transferts d'armes aux individus ou aux mouvements terroristes partout où ils peuvent être localisés⁽¹⁹⁾.

En raison du fait que l'efficacité et les conséquences d'embargos sur les armes restent un sujet de débat vigoureux, de nombreux scientifiques tels que David Cortright et George Lopez ont conclu que dans la plupart des cas ces embargos sur les armes ont complètement échoué puisqu'ils sont fréquemment imposés et se font rarement respecter⁽²⁰⁾.

B- Les mesures financières

Depuis la fin de la guerre froide, l'ONU a pris l'initiative de recourir aux sanctions financières qui sont l'un des outils les plus importants dans la mise en œuvre de la stratégie des sanctions ciblées. L'intérêt porté pour ces sanctions, a connu, à son tour, une impulsion particulière et un élan considérable après les attentats du 11 septembre 2001⁽²¹⁾.

Ce type de sanction est souvent mis en œuvre contre les membres du régime, leurs familles et leurs groupes d'entraide ainsi que les membres de l'armée. Les formes les plus courantes des sanctions financières sont le gel des comptes bancaires à l'étranger des individus ciblés, et la restriction de l'accès aux marchés financiers⁽²²⁾.

Les sanctions financières sont appelées intelligentes pour les mêmes raisons que les embargos sur les armes. Seuls les auteurs des faits sanctionnés doivent être ciblés.

Contrairement aux embargos sur les armes, les sanctions financières n'ont jamais été utilisées comme une mesure autonome. Elles ont toujours fait partie d'un régime de sanctions et doivent donc être analysées comme une mesure complémentaire aux embargos sur les armes, voyage et sanctions des produits de base⁽²³⁾, comme ce fut le cas en ex-Yougoslavie, Haïti, Libye, Angola, et en Afghanistan contre les Taliban dans la lutte contre le terrorisme international, au Liberia du fait du soutien du gouvernement de Charles Taylor aux rebelles dans les pays voisins (2001) puis au Liberia⁽²⁴⁾.

C- La restriction de voyages et de vols commerciaux

Lors de son intervention dans des situations qui menacent la paix et la sécurité internationales, l'Organisation des Nations unies a dû recourir aux sanctions de voyage et de vols commerciaux, bien que ces dernières correspondent bien au concept des sanctions intelligentes, de sorte qu'elles sont conçues pour cibler les entités non étatiques spécifiquement désignées et leurs principales sources de richesse, dans la mesure à répondre bien au critère qui consiste à minimiser les répercussions humanitaires involontaires⁽²⁵⁾.

Face à cette situation, on constate deux sortes de sanctions de voyage: D'abord, les interdictions de quitter le territoire pour des individus, c'est-à-dire l'interdiction du

visa ou même une interdiction d'entrée dans le pays; deuxièmement, l'interdiction d'aviation générale⁽²⁶⁾.

Les interdictions de voyager pour les individus peuvent être ciblées contre les dirigeants eux-mêmes ou contre leurs partisans clés afin de faire retirer leur soutien à la direction politique. L'interdiction des liaisons aériennes peut être conçue à des degrés différents. Il s'agit de l'interdiction faite aux États d'entrer sur les territoires et le transit par les territoires, l'annulation et l'invalidation temporaire des documents de voyages visas ou permis de séjours de dirigeants, élites et pro-régime de l'État-cible ou de l'entité ciblée⁽²⁷⁾, à l'exception des vols pour des motifs humanitaires. Ces mesures ont été imposées contre Haïti, Soudan, l'UNITA en Angola, les Taliban en Afghanistan, la Sierra Leone, le Liberia, et la Lybie en 2011.

D- Les restrictions sur le commerce de ressources naturelles

Au-delà des trois premières restrictions, le Conseil de Sécurité peut ainsi maintenir la paix et la sécurité internationales dans des cas particuliers, en procédant à des restrictions sur le commerce de ressources naturelles. Elles sont des sanctions commerciales sélectives décidées contre des marchandises de matière première. Elles interdisent son exportation à des zones contrôlées par l'entité ciblée ou son importation à cette zone⁽²⁸⁾. Ces marchandises en question ont créé les plus grands revenus pour des groupes rebelles comme les revenus des diamants en Angola ou le bois de construction au Sierra Leone et au Libéria⁽²⁹⁾.

Ces sanctions ne frappent seulement que les groupes ou individus identifiés comme des contrevenants de paix. En ciblant les recettes pour réduire les ressources financières que ses derniers utilisent pour soutenir leurs campagnes militaires⁽³⁰⁾, cela apparaît comme le principal avantage des sanctions ciblées.

Bien qu'à la lecture de ces derniers paragraphes, l'on puisse éventuellement interpréter que, les sanctions décidées contre des marchandises peuvent être comprises comme des sanctions financières, par lesquelles les Nations unies essayent de priver les personnes ciblées de leurs revenus d'exportation pour limiter leurs ressources financières utilisées pour les besoins des conflits armés.

Sous Section II : Les fondements juridiques des sanctions ciblées

La sanction renvoie quant à elle à des mesures qui *«sont défavorables à l'Etat qui les subit et sont prises par l'ONU, contre la volonté de celui-ci, en réaction contre une situation ou contre un acte qu'elle désire voir disparaître ou ne pas se renouveler»*, et elle constitue également *«Une réaction juridique organisée contre une violation du droit»*.⁽³¹⁾

Les dispositions autorisées dans le cadre de la Charte des Nations unies relevant de l'article 39 du Chapitre VII constituent une prérogative du Conseil de Sécurité. Elle s'exerce une fois constatée l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression⁽³²⁾.

Dans ce cadre, l'article précédemment cité prévoit que cet organe est le seul habilité à disposer du monopole de qualification en infligeant des sanctions⁽³³⁾.

Cela a, par ailleurs, été réaffirmé dans l'article 24 qui lui reconnaît le pouvoir absolu *«Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses membres confèrent au Conseil de Sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de Sécurité agit en leur nom»*.

Dans l'accomplissement de ses devoirs, le Conseil de Sécurité intervient conformément aux buts et principes des Nations unies, en infligeant ces sanctions qui

ciblent directement les responsables et dirigeants politiques d'un gouvernement, un quasi-gouvernement ou une autre entité, sans affecter la population civile⁽³⁴⁾.

Le recours du Conseil à ces nouvelles mesures qui ont été développé lors des nouvelles menaces après la guerre froide est fondé sur l'article (41) de la Charte qui «*ne comporte aucune précision quant au destinataire*» ni «*n'exclut*» ce type de sanctions non militaires⁽³⁵⁾, tandis que les dispositions de la Charte sont à l'origine appliquées aux États.

Pour que ces sanctions dictées soient plus efficaces et respectées, le Conseil de Sécurité a procédé au développement des mécanismes et des institutions *ad hoc* tel que des Comités de sanctions et des groupes d'experts indépendants, créés en vertu des dispositions de son règlement intérieur, permettant de vérifier et de contrôler leur mise en œuvre⁽³⁶⁾.

En dehors de leur utilisation traditionnelle par le Conseil de Sécurité des Nations unies, ces sanctions constituent l'un des outils de politique étrangère les plus utilisés dans les relations internationales de manière autonome.

Ceci est notamment le cas de l'Union européenne (Ci-après UE) qui est également devenu un initiateur de plus en plus actif des sanctions au cours des dernières décennies. Cette dernière a ainsi été conduite à imposer des sanctions économiques en réaction aux manquements de l'autre partie en matière des droits de l'homme et censées contribuer au retour d'une situation d'un État de droit dans ce pays. La pratique des sanctions de l'UE comporte deux volets distincts⁽³⁷⁾:

En premier lieu, elle met en œuvre des régimes de sanctions décidés par le Conseil de Sécurité, en agissant en effet comme un agent d'exécution. Cet acte se caractérise par un transfert des compétences des États membres vers la Communauté, qui est dérivé de l'obligation que les différents États membres de l'UE prennent en tant que membres de l'ONU à se conformer aux résolutions du Conseil de Sécurité. Pour cela, ses derniers doivent tout mettre en œuvre pour faire exécuter les sanctions par l'Union européenne⁽³⁸⁾, axée sur la promotion et la défense des droits de l'homme «*L'Union européenne se fonde sur les valeurs que sont la liberté, la démocratie, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'État de droit, et cherche à promouvoir ces valeurs auprès des pays voisins au travers du dialogue et de la coopération*»⁽³⁹⁾.

Deuxièmement, l'UE décide et met en œuvre ces «*sanctions autonomes, ...qui constitueront des mesures restrictives visant à assurer le respect des droits de l'homme, de la démocratie, de l'État de droit... Nous agissons en ce sens dans le cadre de notre politique étrangère et de sécurité commune, dont les objectifs sont énoncés à l'article 11 du TUE, et en parfaite conformité avec les obligations qui nous incombent en vertu du droit international*»⁽⁴⁰⁾. Ceci est considéré comme une pratique autonome de l'UE, qui est parvenue à la mise en œuvre d'un certain nombre de régimes de sanctions en l'absence de résolutions du Conseil de Sécurité, qui sont devenus plus fréquents et plus adaptés ces dernières années⁽⁴¹⁾.

En plus de ces sanctions autonomes ce fut aussi le cas des sanctions décidées par les États Unies d'Amérique.

Depuis plusieurs décennies, les sanctions économiques notamment les sanctions financières constituent l'un des moyens privilégié des États-Unis. D'ailleurs, ces sanctions ont été confirmé par des raisons de politique étrangère et de sécurité nationale américaine, et en particulier dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou toute autre menace à l'encontre de certains États, organisations, entreprises étrangères et de personnes spécifiquement désignées. L'agence compétente dans la mise en œuvre de ces différents programmes de sanctions économiques et commerciales

relèvent exclusivement de l'*Office of Foreign Assets Control (OFAC)*, qui est une agence du Département du trésor américain⁽⁴²⁾.

En constate alors que ces sanctions sont d'application extraterritoriale, en frappant des actes situés au-delà du territoire américain, cela dévoile non seulement sa politique étrangère sur la scène internationale, mais aussi sa politique interne⁽⁴³⁾.

Section II : Evaluation du rôle des sanctions ciblées dans la protection des droits de l'Homme

A partir des années quatre vingt dix, La pratique du conseil de sécurité en matière de mise en œuvre des sanctions économiques globales, est notamment le mécanisme de dérogations humanitaires qui s'est avéré inefficace⁽⁴⁴⁾, ont servi comme leçon et motif pour se réorienter vers des sanctions plus ciblées.

Cependant, malgré les aspects positifs de ces sanctions intelligentes, la réalité a démontré que ces dernières n'ont pour autant pas été efficaces et elles entraînaient des effets négatifs qui conduisaient à la restriction des droits fondamentaux (Sous Section I). Ce constat ne peut être confirmé que par l'étude de certains cas pratiques récents à travers lesquels des sanctions ont été imposées contre UNITA en Angola et le Sierra Léon et les Talibans en Afghanistan et Iran (Sous Section II).

Sous Section I : Les répercussions humanitaires des sanctions ciblées sur les droits de l'Homme

Le renouvellement et l'amélioration de la pratique internationale en matière de sanctions, notamment les mesures de sanctions économiques globales qui ont été critiquées, a poussé la communauté internationale à changer leur mise en œuvre à travers l'alternative du mécanisme de sanctions intelligentes qui semblent en théorie être à la hauteur des aspirations de l'ensemble de la communauté internationale, mais en réalité ne sont pas exempt de toute critique. En effet, la pratique a prouvé qu'elles sont confrontées à des défis majeurs, notamment les graves répercussions sur les droits de l'homme.

Il y a de nombreux avantages potentiels perçus ou à espérer de sanctions ciblées, que nous allons exposer brièvement l'un de ses principaux arguments qui révèlent les attributs de ces sanctions par rapport aux sanctions économiques globales, et parmi elles:

- Rendre les sanctions notamment les sanctions économiques qui sont les plus appliquées par le Conseil de Sécurité plus humaines ce qui peut se faire qu'à travers un moyen, celui de cibler les sanctions, en affaiblissant le régime plus que la population civile en générale;⁽⁴⁵⁾
- Elles évitent les coûts humanitaires des embargos commerciaux complets;
- Elles rendent donc l'ONU moins vulnérable à l'accusation que ses politiques violent les droits de l'homme et les obligations humanitaires qui lui incombent;
- Elles réduisent au minimum les coûts aux partenaires commerciaux proches de l'État cible;
- Elles ont moins de coûts sociaux à long terme et font moins de dégâts aux institutions du pays ciblé⁽⁴⁶⁾.

Bien que ces dispositions ont aidé le Conseil de Sécurité à atteindre ses buts et ses objectifs sans recourir à l'utilisation de la force, cependant ces dernières ont fait face à la critique de quelques États et organisations, qui ont toujours posé problème du point de vue de respect des droits de l'homme, notamment les droits fondamentaux inhérents aux individus, et ce, compte tenu des impacts négatifs sur les cibles listées sur des listes noires, telle que les droits de la première et deuxième génération.

Les sanctions ciblées sont mises en œuvre en violation des droits civils et politiques. Il s'agit d'abord des droits fondamentaux de procédure, notamment le droit à un procès équitable et celui d'être informé des accusations et des preuves à charge, d'être jugé dans un délai raisonnable, or l'application de ces sanctions est opérée hors du cadre des procédures qui garantissent un procès équitable⁽⁴⁷⁾.

En outre, l'application de sanctions intelligentes nous semble d'une manière à susciter une plus grande inquiétude, du fait qu'elles portent atteinte à l'un des principes fondamentaux du droit qui est le principe de la présomption d'innocence dont bénéficie tout individu accusé, vu que sa culpabilité est confirmée avant d'en avoir été déclarée, par l'examen des preuves à charge et à décharge comme tel sans qu'un procès aie lieu par un tribunal ou une instance quiconque. Cela dit, l'article 11, paragraphe 1, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (Ci-après DUDH) dispose que *«Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public ou toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées»*.

D'autre part, les sanctions ciblées, notamment les restrictions de voyage et de déplacement, sont appliquées dans la violation du droit à la liberté de circulation, et nuisent à la vie privée et à la liberté de mouvement et à la liberté de religion de ses individus⁽⁴⁸⁾, et cette liberté est garantie par l'article 13 de la DUDH, qui énonce en son deuxième paragraphe que *«Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays»*.

Étant donné que ces sanctions portent atteinte aux dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques, elles sont alors incompatibles avec les droits de la deuxième génération, qui incluent une violation des droits économiques, sociaux et culturels de ces personnes listées.

Dans le cadre des mesures envisageables au niveau de l'ONU au respect de la paix et de la sécurité internationales, on trouve d'une part, le rôle effectif des sanctions financières qui consiste au gel des fonds et autres ressources des personnes concernées, d'autre part, les privent notamment de leurs droits à la propriété et au travail, tels que définis par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Ci-après PIDESC) ainsi conçu: *«droit de chacun à gagner sa vie en travaillant»*⁽⁴⁹⁾.

Les sanctions intelligentes représentent un obstacle à la jouissance de certains des droits de la deuxième génération, qui affectent gravement la vie sociale et familiale des personnes ciblées. C'est ce que nous tirons de l'article 11 paragraphe 1 du PIDESC *«...le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence...»*. C'est dans ce sens que l'article 22 de la DUDH stipule que *«Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale: elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité,...*». C'est dans ce cadre que l'article 25 paragraphe 1, vient compléter et renforcer celle de l'article 22, que *«Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires»*⁽⁵⁰⁾.

Parmi les restrictions imposées par les résolutions du Conseil de Sécurité, on note aussi, la rupture partielle des vols aériens qui influe sur l'activité économique et marchande des secteurs vitaux, tels que les importations des matériels et produits médicaux puis de traitements d'urgence⁽⁵¹⁾, par l'obligation des États d'empêcher

l'entrée ou le transit sur leur territoire des personnes énumérées dans des listes. Car le droit à la santé, est protégé en vertu de l'article 12 du PIDESC.

Ces sanctions sont essentiellement mises en œuvre par des Comités de sanctions dont les missions consiste généralement à l'élaboration et le maintien à jour d'une liste de personnes physiques et morales soupçonnées (inscription, radiation, révision, maitre à jour et publication), assurer le suivi des demandes de dérogations aux sanctions pour des raisons humanitaires, surveiller la mise en œuvre des sanctions par l'étude des informations sur les violations alléguées des sanctions et la demande des informations auprès des États membres sur les mesures prises pour la mise en œuvre effective des sanctions ou toute autre information supplémentaire pertinente⁽⁵²⁾.

Depuis la mise en place de ces sanctions par ces Comités de sanctions, des critiques ont été émises à leurs encontre comme se fut le cas avec le Comité 1267, qui ne garantie non seulement les procédures initiales de constitution des listes noires de ces personnes à cibler, mais aussi l'absence de garanties d'un procès équitable, et le manque d'équité et de transparence des procédures sans aucune explication. Face à cette situation, des pressions sont exercées par la communauté internationale, ce qui a conduit le Conseil de Sécurité a prendre à partir de 2006 des reformes sur ces procédures⁽⁵³⁾, qui se sont soldées par quelques améliorations concernant les méthodes de listing et de de-listing (radiation)⁽⁵⁴⁾.

Sous Section II : Une violation confirmée par la pratique récente en matière de sanctions ciblées

Le Conseil de Sécurité a fait appel à l'utilisation des sanctions ciblées dans le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales et n'a pas tenu compte des implications que les mesures adoptées pouvaient engendrer sur les droits fondamentaux des individus, c'est ce que nous verrons successivement dans les sanctions contre UNITA en Angola (1), et puis la sierra Léon (2), et enfin le cas des talibans en Afghanistan (3), et l'Iran (4).

1/ Les sanctions contre UNITA en Angola

Angola a subi, après son indépendance en novembre 1975, une guerre civile dévastatrice qui a fait des milliers de morts, entre le Mouvement populaire au pouvoir pour l'indépendance de l'Angola et l'UNITA. Ce conflit a duré jusqu'au 15 mars 2002, date de l'annonce de la cessation des hostilités et la fin de la guerre. Après de nombreuses négociations et des efforts internationaux, en vain, le Conseil de Sécurité a approuvé face à cette crise, une série de mesures y compris un embargo sur les armes et la livraison de ressources importantes comme des produits pétroliers à l'UNITA en septembre 1993, par la résolution 864 suivie par la création du comité des sanctions «comité 864» pour surveiller la mise en œuvre de ces sanctions⁽⁵⁵⁾.

En raison du refus de l'UNITA de se conformer à ses obligations et de la poursuite des hostilités, le Conseil décida par ça résolution 1127 (1997) d'adopter des mesures complémentaires; restriction sur les déplacements des dirigeants de l'UNITA et des membres adultes de leur famille proche, fermeture de tous les bureaux de l'UNITA, interdiction de vol ou de maintenance des aéronefs appartenant à l'UNITA ou exploités pour son compte⁽⁵⁶⁾.

Cependant, la situation en Angola continue de constituer une menace pour la paix et la sécurité internationale, ce qui a conduit le Conseil de Sécurité à condamner la direction de l'UNITA et de leur porter la responsabilité de ne pas mettre pleinement en œuvre les obligations contenues dans le Protocole de Lusaka et des résolutions pertinentes du Conseil de Sécurité. De ce fait, le Conseil décida d'imposer des sanctions financières du gel de tous les capitaux de l'UNITA à l'étranger. Il interdit

aux Etats l'importation des diamants non assujettis au régime du certificat d'origine établi par le gouvernement d'unité et de réconciliation nationale, ainsi que la vente et la livraison à des membres de l'UNITA de matériel utilisé dans les industries extractives, de véhicules ou de pièces de rechange. Ces mesures sont susceptibles de dérogations humanitaires et sanitaires autorisées par le Comité créé par la résolution 864 (1993)⁽⁵⁷⁾.

Mais le conflit entre les autorités angolaises et le mouvement (UNITA) s'est poursuivi jusqu'au mars 2002, date d'un accord préliminaire de cessez le feu, et le 4 Avril 2002 pour la signature d'un Mémoire d'accord additionnel au Protocole de Lusaka⁽⁵⁸⁾.

Compte tenu des mesures prises par le gouvernement angolais et l'UNITA pour la mise en œuvre intégrale des accords pour ramener la paix en Angola ainsi que le Protocole de Lusaka et le Mémoire d'accord et des résolutions pertinentes du Conseil de Sécurité, et la déclaration sur le processus de paix, et face à cette situation, le Conseil de Sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la charte des Nations unies, a décidé le 9 décembre 2002 l'abrogation des mesures imposées par le paragraphe 19 de la résolution 864 (1993) et du paragraphe 4 (c) et (d) de la résolution 1127 (1997) et les paragraphes 11 et 12 de la résolution 1173 (1998), avec la dissolution immédiate du Comité créé par la résolution 864 (1993)⁽⁵⁹⁾.

2/ Les sanctions contre la Sierra Léon

L'histoire du conflit en Sierra Leone remonte à la période de mars 1991, durant laquelle des coups d'Etat militaires coïncidaient avec le déclenchement d'une guerre civile féroce⁽⁶⁰⁾.

À première vue, la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) a procédé au gel des fonds et avoirs financiers appartenant à des membres du régime illégitime avec un embargo aérien, et un embargo général sur les armes et sur toutes les ressources importantes par la prévention de tous les moyens de transport pour l'empêcher d'importation ou d'exportation ou d'autres transactions, uniquement qu'à des fins humanitaires⁽⁶¹⁾.

Vu la complexité de la situation au Sierra Léon, ces mesures ont été renforcées par le Conseil de Sécurité, conformément à sa résolution 1132 (1997) en imposant un embargo sur toutes les livraisons d'armes et de matériel militaire et sur le pétrole et les produits pétroliers. Le Conseil édicta également une interdiction aux États l'entrée sur leur territoire ou le passage en transit des membres d'autorités non gouvernementales et des membres de la junte militaire, en tenant compte des raisons humanitaires de chacune d'eux⁽⁶²⁾.

Face à cette situation, le Conseil de Sécurité a dépêché sur les lieux une mission inter-institution composée de sept membres pour évaluer ces sanctions. Cette mission a montré que l'embargo imposé par l'ONU étant total et global a des incidences humanitaires plus étendues, qu'il a créé bien des difficultés pour l'acheminement de l'aide humanitaire. Vu que le Sierra Leone est tributaire de l'aide internationale pour couvrir sa population, ceci a causé des milliers de morts, notamment par l'augmentation du taux de mortalité des enfants, des maladies épidémiques, de la malnutrition. Et la pénurie de carburant a empêché les agriculteurs de n'être en mesure de transporter leurs produits vers d'autres parties du pays⁽⁶³⁾.

Le 28 octobre 1997, le mouvement rebelle et sous la pression de la (CEDEAO) et la pression diplomatique, a procédé à la signature de l'accord de paix à Conakry (Guinée) pour un cessez-le feu et le rétablissement du président déchu dans un délai de six mois⁽⁶⁴⁾. Cette étape a été couronnée par son retour en mars 1998, pour cela le

Conseil a décidé la cessation immédiate de l'embargo imposé concernant la vente de pétrole ou de produits pétroliers ou leurs importation⁽⁶⁵⁾. En revanche, il a décidé d'imposer des sanctions plus ciblées tant qu'elles concernaient les forces non-gouvernementales sans d'autres parties tel qu'un embargo sur les armes, empêchement de la vente et la fourniture d'armes et de matériel connexe, et une interdiction de voyage pour les dirigeants de l'armée du Front révolutionnaire uni désigné par le Comité créé par la résolution 1132 (1997)⁽⁶⁶⁾.

Le retour du Président KABBAH a été suivi d'un nouveau processus diplomatique, dont le cessez-le feu entre le Gouvernement de la République de Sierra Leone et le Front révolutionnaire uni signé le 18 mai 1999 et de l'accord de Lomé le 7 Juillet 1999, mais des hostilités en été reprises jusqu'au 10 novembre 2000, date d'un cessez-le feu conclu à Abuja⁽⁶⁷⁾.

Le président Ahmed KABBAH a annoncé la fin de la guerre le 18 Janvier 2002. Le Conseil a cessé ces sanctions sur le commerce des diamants, tandis que l'embargo sur les armes et voyage destiné aux personnes reste en vigueur⁽⁶⁸⁾.

3/ Les sanctions contre les Talibans en Afghanistan

Il apparaît clairement que les menaces à la paix et la sécurité internationales peuvent provenir non pas des seuls conflits armés interétatiques, mais aussi des phénomènes transnationaux, en l'occurrence le terrorisme.

Dans ce cadre, le Conseil de Sécurité a procédé conformément au paragraphe 6 de sa résolution 1267 (1999) et à l'article 28 de son règlement intérieur à la création d'un comité de sanction en l'occurrence le Comité 1267, pour surveiller l'application effective des sanctions imposées aux personnes et aux entités associées aux Taliban, et à Al-Qaïda tel qu'un embargo aérien, le gel des avoirs et autres ressources financière, et en tenant à jour une liste de ces personnes et entités identifiées comme responsable de telles violations. Cette résolution est entrée en vigueur le 14 novembre 1999⁽⁶⁹⁾.

Le début des années 2000 a été marqué par les attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de Sécurité par la résolution 1390 (2002) a mis en œuvre des sanctions financières ciblées et un embargo sur les armes, tout en interdisant les déplacements des Talibans et des membres d'Al-Qaïda, en Afghanistan.

A travers le développement et l'extension de ce phénomène d'une manière générale, le Conseil de Sécurité a contribué de manière significative à la promotion du concept des sanctions ciblées, non seulement par l'édiction de ces résolutions, mais aussi par leur mise en œuvre. En fonction des exigences spécifiques de chaque cas, le Conseil de Sécurité a recouru à la création d'autres organes liés à la lutte contre le terrorisme que sont: le comité contre le terrorisme (créé par la résolution 1373)⁽⁷⁰⁾, ainsi que le comité 1540 (concernant la non-prolifération des armes de destruction massive)⁽⁷¹⁾.

Malgré tous ces efforts consentis, l'incidence des mesures imposées, ont des répercussions sur divers domaines, et notamment sur le plan humanitaire.

C'est ce que le bureau de la coordination des affaires humanitaires a conclu dans son rapport spécial sur l'impact des sanctions présenté au comité de sanctions en décembre 2000, que les effets directs des sanctions sur la situation humanitaire en Afghanistan est tangible. Il a abouti qu'une interdiction de vols de l'Afghan Airlines (Ariana) a réduit l'activité économique dans certains secteurs, tout comme la possibilité d'importer des fournitures médicales et du matériel humanitaire⁽⁷²⁾.

En effet, les sanctions financières telles que le gel des avoirs à l'étranger et le blocus effectué sur les produits destinés à l'exportation en Afghanistan ou sur les

passagers en raison de l'interdiction de toute liaison aérienne, a eu une incidence directe sur la diminution de plusieurs secteurs tel que l'emploi, le secteur bancaire, le commerce interne et international, l'investissement et un effet dissuasif sur les marchés de capitaux, rendre le crédit rare, augmenter l'inflation. Chacun de ces résultats aurait un impact négatif sur l'emploi et augmenter le coût des marchandises en particulier, et conduisent à une baisse de la valeur de la monnaie afghane et à une baisse temporaire du pouvoir d'achat de ces individus et de leurs familles⁽⁷³⁾.

Bien que ces sanctions ne se limitent pas aux secteurs économiques ou des entreprises de ces personnes ou groupe visés, mais elles touchent aussi les civils⁽⁷⁴⁾.

4/ Les sanctions contre l'Iran

Depuis 2002, après que l'organisation des Moudjahidine du peuple d'Iran a révélé l'existence de réacteurs nucléaires secrets, la crise nucléaire iranienne a émergé progressivement sur la scène internationale⁽⁷⁵⁾. A partir de cette période, l'Iran est soumis à plusieurs types de sanctions, y compris des sanctions unilatérales, telles que des États-Unis et d'Union européenne, et des sanctions d'autres organisations internationales telles que celles imposées par le Conseil de Sécurité, pour son refus de cesser ses activités d'enrichissement d'uranium.

En effet, l'arsenal actuel des sanctions décidées contre l'Iran est dicté dans les résolutions du Conseil de Sécurité; 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008) et 1929 (2010), par lesquelles il a adopté les mesures suivantes:

- Interdiction de toute activité commerciale de diverses marchandises de l'Iran avec d'autres pays impliquant l'enrichissement de l'uranium, la production ou l'utilisation de matériaux et de technologies nucléaires;
- Embargo sur les armes et sur tous les matériaux connexes qui pourraient contribuer au développement des systèmes de vecteurs d'armes nucléaires ainsi que d'une interdiction de son financement;
- Interdiction de visa et obligation de notification des déplacements, le gel des avoirs des personnes et entités directement associés à un risque de prolifération activités nucléaire de l'Iran ou le développement de systèmes de vecteurs d'armes nucléaires;
- Interdiction sur les nouvelles subventions, d'assistance ou de prêts à l'Iran, sauf pour des raisons humanitaires et des fins de développement;
- Autorisation aux États d'intercepter, saisir et aliéner la cargaison iranienne couverte par l'embargo;
- Interdiction des services de soutage aux navires détenus ou contractés par l'Iran;
- Interdiction des nouvelles agences ou de filiales de banques iraniennes à l'étranger et l'établissement de nouvelles coentreprises avec ces banques⁽⁷⁶⁾.

Dans le cadre de ces mesures envisageables au respect de l'Iran de ses engagements, des craintes ont été exprimées et confirmées par une partie de la communauté iranienne tant qu'internationale, que ces mesures ont suscité des difficultés dans différents domaines tel qu'humanitaire qui sont en compatibilité avec les cas mentionnés ci-dessus. Or, ces sanctions des Nations unies touchent aussi au droit au développement par leur portée économique et se concentrent sur les exportations de biens et services qui peuvent contribuer directement au programme nucléaire de l'Iran.

Face aux obstacles que constituent ces sanctions internationales, M-Motaki ancien ministre iranien des Affaires étrangères dans une intervention devant le Conseil de Sécurité lors des discussion portant sur des questions relatives à la non-prolifération, a considéré la tentative *«de contraindre l'Iran à suspendre son programme nucléaire pacifique est une violation flagrante de l'Article 25 de la*

Charte des Nations unies, et est contraire au droit du peuple iranien au développement et à l'éducation», a-t-il dit, ajoutant que cela représentait une approche discriminatoire «contraire au droit fondamental de tous les peuples à l'éducation et au développement?»⁽⁷⁷⁾.

Toutefois, il faut souligner que des négociations ont été menées depuis 2015 entre les grandes puissances et l'Iran en vue de lever certaines sanctions envers ce pays.

Conclusion

Au terme de notre étude, on arrive à conclure que les sanctions ciblées représentent l'un des types de sanctions que le Conseil de Sécurité a développé récemment pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les motifs de recours à ce nouveau type de sanctions s'expliquent principalement par les effets négatifs des sanctions globales et l'émergence de nouvelles sources de menaces contre la paix et la sécurité internationales telle que le terrorisme.

L'application de ce concept par le Conseil de Sécurité est considérée comme la procédure adéquate que l'application d'autres mesures coercitives, tandis que la pratique a montré que son application a des graves violations et des répercussions néfastes sur les individus et entités ciblées, en particulier dans le domaine des droits de l'homme. En outre, ces sanctions soulèvent également des conséquences plus graves au-delà de leurs limites, en ciblant même toute une population civile comme ce fut le cas de l'Afghanistan et de l'Iran.

Certes, de nombreux désavantages affectent le fonctionnement de ces sanctions, mais des opportunités existent pour améliorer leur mise en pratique et leur intégration de manière efficace dans les programmes des Nations unies pour la paix et la sécurité. Pour que ces sanctions atteignent l'objectif souhaité, nous soutenons ce qui suit:

1-La nécessité de définir les critères à utiliser dans l'identification des personnes et entités qui seront ciblées par les sanctions.

2-limiter la durée de l'application des sanctions ciblées à fin de rendre leur mise en œuvre plus adaptée et plus souple, vu que leur application actuelle présente des graves répercussions sur la personne ciblée, ce qui les rend comme sanctions pénales.

3-Il est important que les membres des Comités des sanctions aient suffisamment de temps pour examiner les propositions d'inscription et s'assurer que les sanctions ciblées soient appliquées d'une manière non arbitraire et impartiale. D'un autre côté, il est nécessaire d'améliorer les procédures de radiation (poste de médiateur) émises par le Conseil dans sa résolution 1904 (2009) développé par la résolution 1989 (2011), vu que cela manque toujours de garanties, que ces procédures ne sont souvent pas suffisantes pour un examen sérieux et un fonctionnement efficace. En outre, nous proposons ainsi la possibilité pour le Conseil de Sécurité de saisir la cour internationale de justice ou la mise en place d'un mécanisme juridictionnel indépendant pour l'examen des affaires soulevées, devant un juge qui permet de garantir tous les droits fondamentaux.

4-la nécessité d'instaurer une certaine impartialité et objectivité lors de l'imposition de ces sanctions internationales aux personnes reconnus responsables de violations des droits humains sans distinction aucune, comme ce fut le cas d'Israël, qui ne peut être réalisé que par la cessation de la politique de «deux poids deux mesures», qui nuit à la crédibilité des sanctions ciblées.

Notes :

- (1) Pour une étude approfondie sur les entités non étatiques, Voir LAGHMANI Slim, « Acteurs non étatiques et droit international: Rapport introductif », In: Rafaa BEN ACHOUR et LAGHMANI Slim (dir.), Acteurs non étatiques et droit international, VII Rencontre internationale de la faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, les 6, 7 et 8 avril 2006, Pedone, Paris, 2007, pp.7-22. Voir, Institut de Droit International, l'application de droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques, résolution de Berlin du 25 août 1999, éd Pedone, Paris, 2003, pp.9, 20.
- (2) DIANA Carolina Olarte, CELINE Folsché, « L'efficacité des sanctions de l'Organisation des Nations unies », International Law, n°3, Université de Bogota, 2011, p.67.
- (3) MANGIN René, « Les sanctions internationales », Rapport d'information n° 3203, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, France, 2001, p.45.
- (4) Procès verbal portant sur les questions générales relatives aux sanctions, Doc. S/PV.4394 du 22 Octobre 2001, p.3.
- (5) Ibid., p.3.
- (6) Swiss Federal Office for Foreign Economic Affairs 2nd Interlaken seminar on targeting United Nations financial sanctions, 29-31 March, 1999, p.6.
- (7) FRANCESCO Giumelli, « Smart sanctions and the UN from international to world society? », Paper prepared for sixth SGIR Pan-European conference on international relations, Turin, September, 2007, p.9. Available at: <http://www.eisa-net.org/be-bruga/eisa/files/events/turin/Giumelli-Giumelli-SmartSanctions.pdf>
- (8) Il consistait en deux réunions d'experts organisées, en coopération avec le Secrétariat de l'ONU, par le «Bonn International Center for Conversion ».
- (9) MANUEL Bessler et al, « Sanctions assessment handbook: assessing the humanitarian implications of sanctions », United Nations, Inter-agency standing committee, New York, 2004, p.8. Available at: <https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/IASCSanctionsHB2004.pdf>
- (10) Ibid., p.8.
- (11) TIHINDRAZANARIVELO Djacoba Liva, Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires: assistance aux victimes et voies juridiques de prévention, Presse Universitaire de France, Paris, 2005, p.252.
- (12) BRZOSKA Michael, « Design and Implementation of Arms Embargoes and Travel and Aviation Related Sanctions », Results of the 'Bonn-Berlin Process', Bonn International Center for Conversion in cooperation with the Auswärtiges Amt (German Foreign Office) and the United Nations Secretariat, Bonn, Germany, 2001, p.11.
- (13) TIHINDRAZANARIVELO Djacoba Liva, op.cit, p.252.
- (14) Ibid., pp.253-254.
- (15) WALLENSTEEN Peter et al, « Making targeted sanctions effective, Guidelines for the implementations of un policy options », Results from the Stockholm process on the implementation of targeted sanctions, Uppsala University, Uppsala, 2003, p.10. Available at: http://pcr.uu.se/digitalAssets/173/c_173853-1_1-k_final_report_complete.pdf
- (16) MANUEL Bessler, et al, op.cit, p.8.
- (17) VIRGINIE Moreau, « L'ONU et le contrôle des embargos sur les armes entre surveillance et vérification », Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP), Rapport n° 3, 2011, p.6.
- (18) S/RES/2255 §1, alinéa c.
- (19) DAMIEN Fruchart et al, « United Nations arms embargoes their impact on arms flows and target behavior », A report by the Stockholm International Peace Research Institute and the Special Program on the Implementation of Targeted Sanctions at the Department of Peace and Conflict Research, Uppsala University, 2007, pp.2-3. Available at: <https://www.sipri.org/sites/default/files/SIPRI07UNAE.pdf>
- (20) ARNE Tostensen, BEATE Bull, « Are smart sanctions feasible? », World Politics, n° 54, April 2002, p.383.
- (21) COLIN Rowat, « House of Lords, the impact of economic sanctions », 2nd Report Volume II, University of Birmingham, 2007, p.166. Available at: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldeconaf/96/96ii.pdf>
- (22) Marc Bossuyt, « Conséquences néfastes des sanctions économiques pour la jouissance des droits de l'homme », document de travail établi pour la Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2000/33), p.14, §56.
- (23) KAI Koddenbrock, Smart sanctions against failed states: strengthening the state through UN smart sanctions in Sub-Saharan Africa, University Passau, Berlin, 2007/2008, p.46. Available at: http://www.disastergovernance.net/fileadmin/gppi/Koddenbrock_2008_Smart_Sanctions_against_Failed_States.pdf
- (24) TIHINDRAZANARIVELO Djacoba Liva, op.cit, p.248.
- (25) ARNE Tostensen, BEATE Bull, op.cit, p.390.

- (26) THOMÉ Nathalie, Les pouvoirs du Conseil de Sécurité au regard de la pratique récente du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 2005, p.176.
- (27) SHAYGAN Farideh, La compatibilité des sanctions économiques du Conseil de Sécurité avec les droits de l'homme et le droit international humanitaire, Bruylant, 2006, pp.479-480.
- (28) KAI Koddenbrock, op.cit, p.50.
- (29) Voir, S/RES/1173(1998), par 12 ; S/RES/1306(2000), par 11 ; S/RES/1343(2001), par 6.
- (30) Pour plus de détails sur quelques cas pratique, Voir SHAYGAN Farideh, op.cit, pp.482-498.
- (31) LAKJAA Karim, Le régime juridique du désarmement balistique, biologique, chimique et nucléaire de l'Iraq : de la résolution 687 (1991) à la résolution 1762 (2007), Thèse de doctorat -en Droit international, Faculté de Droit et de Science politique, Université de Reims Champagne –Ardenne, France, 2009 – 2010, p.362.
- (32) D'ARGENT Pierre et autres, « Article 39 », In: J.P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU (dir.), La Charte des Nations unies, Commentaire article par article, Tome 1, 3ème édition, Economica, Paris, 2005, p.1165.
- (33) SAIHI Majouba, le contrôle du Conseil de Sécurité en matière d'occupation, impliquant ses membres permanents, thèse présentée a la faculté des études supérieures en vue de l'obtention de grade de docteur en droit, université de Montréal, Canada, 2009, p.218.
- (34) LAKJAA Karim, op.cit, p.364, 368.
- (35) LAGRANGE Evelyne, EISEMANN Pierre Michel, « Article 41 », In: J.P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU (dir.), op.cit, pp.1201-1202-1203. Voir également COUZIGOU Irène, « la lutte du Conseil de Sécurité contre le terrorisme international et les droits de l'homme », RGDIP, tome 112, n°1, 2008, p.51.
- (36) Pour une étude approfondie voir: ALABRUNE François, « La pratique des comités des sanctions du Conseil de Sécurité depuis 1990 », AFDI, volume 45, 1999, pp.226-279.
- (37) PORTELA Clara, « The EU's use of 'targeted' sanctions evaluating effectiveness », CEPS Working Documents, n° 391, 2014, p.1. Available at: <https://www.ceps.eu/system/files/WD391%20Portela%20EU%20Targeted%20Sanctions.pdf>
- (38) DELORD Guillaume, La mise en œuvre des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies par l'Union européenne, Thèse de doctorat-en Droit public, Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion, Université Nancy 2, France, 2011, p.97.
- (39) Règlement (CE) N° 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat, article 1^{er}, alinéa 3, JO L 310/1 du 9 novembre 2006.
- (40) Principes de base concernant le recours aux mesures restrictives (sanctions), document du Conseil de l'UE (10198/1/04) daté du 7 juin 2004, p.2, § 3.
-voir aussi : Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives (sanctions) dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE, document du Conseil de l'UE (15114/05) daté du 2 décembre 2005, p.4, § 2.
- (41) PORTELA Clara, op.cit, p.1.
- (42) HOTTE David, et autres, Les Sanctions Financières Internationales, RB Édition, France, 2012, p.78.
- (43) COSNARD Michel, « Les Lois Helms-Burton et d'Amato Kennedy, L'interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », AFDI, Volume 42, 1996, p.33.
- (44) Voir SHAYGAN Farideh, op.cit, pp.425-426. Pour plus d'informations concernant les dérogations humanitaires, KOENRAAD Van Brabant précise dans son rapport ce qui suit « *Il y avait un consensus général au séminaire selon lequel les exemptions humanitaires ne pouvaient pas constituer un filet de sécurité adéquat contre la dislocation sociale et économique que provoquent les embargos commerciaux prolongés. Ces embargos ont un impact au niveau macro. Les exemptions humanitaires atténuent seulement la situation au niveau micro et, même généreuses, ne constituent pas un flux de ressources qui peut compenser une récession économique générale dramatique* ». Voir KOENRAAD Van Brabant, « Can Sanctions be Smarter? The Current Debate », Report of a conference held in London, 16-17 December 1998, The Humanitarian Policy Group and the Relief and Rehabilitation Network at the Overseas Development Institute, London, 1999, p.6. Available at: <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/4986.pdf>
- (45) YAHIAOUI Nora, « De l'efficacité des sanctions internationales », cette Revue, Volume10, n° 02, 2014, pp.55-56.
- (46) KOENRAAD Van Brabant, op.cit, p.18.
- (47) DICK Marty, « Listes noires du Conseil de Sécurité des Nations Unies et de l'Union européenne », Rapport, commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 11454, 16 novembre 2007, p.7.
- (48) Ibid., p.7.
- (49) Ibid.
- (50) article 22 et 25 de la Déclaration Universelle des Droits de Homme.
- (51) BENGALDI Arthur, La contribution de l'Europe au processus de résolution de la crise de l'État en Afghanistan, Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion, Université Nancy 2, 2009, p.112.

- ⁽⁵²⁾ LAGRANGE Evelyne, EISEMANN Pierre Michel, « Article 41 », In: J.P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU (dir.), op.cit, pp.1235-1236.
- ⁽⁵³⁾ DUMOULIN Lisa, « Droits fondamentaux et mesures antiterroristes: l'exemple du gel des avoirs des présumés terroristes », In: « Droits fondamentaux, Libertés économiques et ordre public » sous la dir. de F. Collart-Dutilleul et F. Riem, éd. Institut Universitaire Varenne, collection Colloques et Essais, n°5, 2013, p.106.
- ⁽⁵⁴⁾ pour les procédures de radiation, le Conseil de Sécurité a procédé à la création d'un point focal en 2006, puis d'un bureau du médiateur en 2009, qui a pour tâche l'étude « *indépendante et impartiale* » des demandes d'annulation des individus soumis à des listes de sanctions. Pour plus de détail sur la question, Voir la contribution de DUMOULIN Lisa, « Black-Lists et gel des avoirs: bilan et perspectives du Médiateur du Comité 1267 des Nations unies », Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé, n°01, 2013, pp.23-51.
- ⁽⁵⁵⁾ SHAYGAN Farideh, op.cit, pp.472- 474.
- ⁽⁵⁶⁾ Ibid., p.475.
- ⁽⁵⁷⁾ Voir, S/RES/1173 § 12 alinéa b, c, d.
- ⁽⁵⁸⁾ SHAYGAN Farideh, op.cit, p.477.
- ⁽⁵⁹⁾ Voir, S/RES/1448 § 2,3.
- ⁽⁶⁰⁾ ANA Peyro Llopis, « La Sierra Leone ou le renouveau des opérations de paix, Actualité et Droit International », février 2001, p.1. Disponible sur le site internet: www.ridi.org/adi/200102a2.htm
- ⁽⁶¹⁾ Pour plus de détails, voir la lettre datée du 8 Septembre 1997, adressée au Président du Conseil de Sécurité par le Représentant permanent du Nigéria auprès de l'Organisation des Nations unies, le Conseil de Sécurité, annexe II, pp 13 -16, Doc. S/1997/695, l'article 2-8.
- ⁽⁶²⁾ Voir, S/RES/1132 § 5, 6,10.
- ⁽⁶³⁾ SHAYGAN Farideh, op.cit, pp.500-501.
- ⁽⁶⁴⁾ Ibid., p.490.
- ⁽⁶⁵⁾ S/RES/1156 § 1-2.
- ⁽⁶⁶⁾ S/RES/1171 § 2-5.
- ⁽⁶⁷⁾ SZUREK Sandra, « Sierra Leone: un État en attente de « paix durable » - la communauté internationale dans l'engrenage de la paix en Afrique de l'Ouest », AFDI, volume 46, 2000, pp.180-185.
- ⁽⁶⁸⁾ SHAYGAN Farideh, op.cit, p.493.
- ⁽⁶⁹⁾ S/RES/1267 § 3-4 alinéa a, b, § 6, p.2-3.
- ⁽⁷⁰⁾ Voir la contribution de SZUREK Sandra, « la lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire de chapitre vii: un laboratoire normatif », RGDIP, tome 109, n°01, 2005, pp.5-49.
- ⁽⁷¹⁾ Voir ainsi la contribution de Serge SUR, « La résolution 1540 du Conseil de Sécurité (28 avril 2004): entre la prolifération des armes de destruction massive, le terrorisme et les acteurs non étatiques », RGDIP, tome 108, n° 04, 2004, pp.855-882.
- ⁽⁷²⁾ Rapport du Secrétaire général sur les répercussions humanitaires des mesures imposées à l'Afghanistan par les résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) du Conseil de Sécurité, 20 mars 2001, S/2001/241, p.3.
- ⁽⁷³⁾ Rapport du Secrétaire général sur les répercussions humanitaires des mesures imposées à l'Afghanistan par les résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) du Conseil de Sécurité, 13 juillet 2001, S/2001/695, pp.3-8.
- ⁽⁷⁴⁾ Ibid., p.9.
- ⁽⁷⁵⁾ La crise de la politique nucléaire iranienne, A consulté sur ce site: <http://www.memri.fr/2004/09/22/la-crise-de-la-politique-nucleaire-iranienn/>
- ⁽⁷⁶⁾ LUCILE Maertens, « 1929 (2010): non-prolifération », In: MELANIE Albaret et autres, les grande résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies, Dalloz, Paris, 2012, p.544.
- voir aussi S/RES/1737 (2006); 1747 (2007); 1803 (2008); 1929 (2010).
- ⁽⁷⁷⁾ Voir, Doc. S/PV.5647, pp.17-18.