

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية



المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة السادسة/المجلد 11 /عدد 01 - 2015

رد م د: 0087-2170

رقم الإيداع القانوني: 57-2010

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

هيئة تحرير المجلة

مدير النشر: الدكتور أيت منصور كمال - عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة – بجاية.
رئيس التحرير: الدكتور خلفي عبد الرحمان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة – بجاية.

أمانة المجلة

بن خليفة سمير.
عوف السعدي.
أسيخ سمير.
يوسفي فايزة.

المراجعة اللغوية

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 طيب السعيد، جامعة الجزائر.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور نجيب بن عمر عوينات، جامعة جندوبة، تونس.
- الأستاذ الدكتور جعفر محمد السعيد، جامعة تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور كاشير عبدالقادر، جامعة تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور عائض سلطان البقيعي معهد الإدارة العامة الرياض، السعودية.
- الأستاذ الدكتور زرقين رمضان، جامعة باتنة.
- الأستاذ الدكتور كحلولة محمد، جامعة تلمسان.
- الأستاذ الدكتور بازي محمد جامعة القاضي عياض مراكش، المملكة المغربية.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي - جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور محمد خليل يوسف ابو بكر-جامعة الزيتونة، عمان، الأردن.
- الأستاذ الدكتور خالد حمد احمد مصطفى، جامعة عجمان الإمارات العربية المتحدة .
- 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 تيري ريفي، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الدكتور بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتورة إقروفة زوبيدة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور دحماني عبد السلام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور قبايلي طيب، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجمع، المملكة العربية السعودية.

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية- القطب الجامعي أبوداو
الهاتف/ فاكس 034229357
البريد الإلكتروني: revue.academique@yahoo.fr

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 أجنب 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 خبر (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 نبيلة يمكن إنجازها في تسليط الضوء على المستجدات الحاصلة في المنظومة القانونية على المستوى الوطني والدولي، ونشر الثقافة القانونية وتدعيم المكتبة الوطنية في مجال الحقوق بالدراسات والبحوث العلمية المتخصصة. كما تهدف المجلة إلى نشر بحوث من مختلف التخصصات وباللغات الثلاثة العربية والإنجليزية والفرنسية في مجال القانون والعلوم الإدارية.

تهدف إلى إشراك باحثين من داخل جامعات الوطن وخارجه في سبيل تطوير البحث العلمي وتفتحه على الدراسات المقارنة بغرض إعطائها طابع التحكيم الدولي. كما تسعى المجلة الأكاديمية للبحث القانوني إلى مساعدة الأساتذة الباحثين إلى الترقية العلمية وتأهيلهم لدرجة الأستاذية أو أستاذ محاضر "أ" أو لتمكينهم من مناقشة رسائلهم في الدكتوراه.

مقاييس النشر

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

تُعرض المقالات على لجنة التحرير بغرض المعاينة التقنية للنظر في مدى مطابقتها لمعايير النشر، ثم تعرض للتحكيم على محكمين على الأقل من أعضاء اللجنة العلمية للمجلة. و يلتزم الباحث بمراعاة المقاييس التالية:

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات: يذكر صاحب المقال الاسم و اللقب و الرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية. الهوامش: يكون ترقيم الهوامش متسلسلا من بداية المقال إلى نهايته و تدوّن في نهاية المقال مع عدم استعمال الإدخال الأتوماتيكي (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.

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:

revue.academique@yahoo.fr

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

كلمة رئيس التحرير

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

بتوفيق من الله تعالى وبتظافر جهود كل أسرة المجلة من موظفين وأساتذة ولجنة علمية، تم التوصل في هذا العدد إلى دراسة وتحكيم تسعة وعشرون مقال (25 مقال باللغة العربية، 3 مقالات باللغة الفرنسية، ومقال واحد باللغة الانجليزية).

شملت هذه المقالات مجالات كثيرة ومتعددة؛ تم من خلالها مراعاة التنوع والمشاركة من جامعات مختلفة، تقريبا ثلثي الموضوعات من خارج جامعة بجاية، وهي المؤسسة الحاضنة للمجلة.

تسعى المجلة من عدد إلى آخر للمحافظة على مكاسيها خاصة ما تعلق منها بالموضوعية والشفافية والجودة في اختيار المواضيع، وترحب دائما بمشاركة كل الأساتذة والمشتغلين في البحث العلمي من داخل الوطن وخارجه، لأن المجلة في النهاية ملك للباحث القانوني.

رئيس تحرير المجلة

الدكتور عبد الرحمان خلفي

الفهرس

د. صبايش عبد المالك

الأجهزة الأوروبية المكلفة بمكافحة الهجرة السرية: مهمة مستحيلة بمعدات

عسكرية.....11

د. أحمد محمود المساعدة

التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة مقارنة).....29

د. تريكي فريد

أحكام الأجنبي في الفقه الإسلامي62

د. أوكيل محمد أمين

النظام القانوني للبعثات الدبلوماسية الدائمة (دراسة مقارنة على ضوء اتفاقيتي فيينا: للعلاقات

الدبلوماسية لعام 1961، ولتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975)73

د. كوسة عمار

دور التحاكم الدولي في تسوية المنازعات الحدودية والإقليمية العربية.....96

د. كريمة علة

الجهات القضائية الجزائرية ذات الإختصاص الموسع117

د. عبد الحق مرسلي

الإعتراف الدولي بحق الإنسان في الصحة والتشريعات الوطنية المتعلقة بالتهينة

والتعمير.....140

د. باخويا دريس

سبل مكافحة الهجرة غير الشرعية بالجزائر158

د. ساوس خيرة

خصوصية عقد إنتقال اللاعب المحترف176

د. تريكي دليلة

189..... ثبوت النسب بالإقرار في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"

د. لوشن دلال

206..... آليات التعديل الدستوري في النظام الجزائري

أ. مختاري عبد الكريم

عن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في الجزائر -نصوص مبتورة وممارسة
228..... معدومة-

أ. بلميهوب عبد الناصر

253 حفظ المزايا الفردية المكتسبة للعامل

أ. بلاش ليندة

274..... الإتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي

أ. مهلولي فاتح

300..... تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية

أ. بلول أعمر

دور الإستعلام عن المركز القانوني والمالي لطالب القرض والجدوى الاقتصادية
في تجنّب البنك أو المؤسسة المالية المنازعة حول استرداد مبلغ القرض
320.....

أ. زرقان وليد

نظام الرقابة و التفتيش وفقا لاتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية (دراسة تحليلية تقييمية
لاتفاقية الأسلحة الكيميائية)
333.....

أ. لخذاري عبد المجيد

347..... الجرائم الماسة بإقامة العدالة في المحكمة الجنائية الدولية

أ. بن عثمان فوزية

361.....حكم القانون ومشكلة تفعيل مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان

أ. بودور مبروك

384.....سيادة الدول و حقوق الإنسان

أ. مقراني زكرياء

مدى فعالية آليات التشغيل في الجزائر: جهاز المساعدة على الإدماج المهني (DAIP)

416.....نموذجاً

أ. براهيم نسيم

432.....مبدأ الإمتياز كضمانة لحماية أجر العامل

أ. أوبوزيد لامية

449.....تأثير النزاعات المسلحة غير الدولية على حقوق الإنسان

أ. معمري عبد الرشيد

466.....ضوابط مشروعية أساليب التحري الخاصة

د. بو عمران عادل

491.....دولة القانون : الضمانات و القيود

الأجهزة الأوروبية المكلفة بمكافحة الهجرة السرية

مهمة مستحيلة بمعدات عسكرية*

Dr.SAICHE Abdelmalek
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ)
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –
Algérie

د. صايش عبد المالك
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر

ملخص

تحتل أوروبا مكانة ريادية بين الدول في مجال الهجرة عامة وفي مجال الهجرة السرية بشكل خاص، وإن كان هذا الرأي لا يشاطره بعض المختصين إستنادا إلى المعطيات الاحصائية الموجودة، ومع ذلك فإنّ الاتحاد الأوروبي هو المنظّمة الوحيدة التي طوّرت أجهزة خاصة بقمع الهجرة السرية، وأخرى عديدة مساعدة، وإن لم تكن مختصة بذلك. وعليه فمن الواضح أنّ أوروبا تقدّم نفسها كنموذج ديمقراطي ناجح وفي نفس الوقت تريد أن تلعب دورا محوريا في نشر هذه الثقافة وتصديرها إلى دول العالم الثالث، لكن من سيصدّق ذلك في ظل الدور الدراكوني الذي تلعبه أجهزتها في قمع "الغلاية" من المهاجرين؟ مسخّرة لذلك نفس الامكانيات التي تسخر للجيش المتأهّبة لخوض أعتى المعارك، ثم لا بد أن تكون هناك انعكاسات سلبية لهذا التعامل على حقوق الانسان.

الكلمات المفتاحية

هجرة سرية، الأجهزة الأوروبية لمكافحة الهجرة السرية، فرونتاكس، أروسير، أوروبا.

The European instruments of fighting against illegal immigration: Military equipment and impossible task.

Abstract

For a long time, Europe was the first destination to different kind of immigrants, because of historical reasons, but also for economic, geographic and socio-political reasons.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 06/04/2014 وتمّ تحكيمه بتاريخ 15/06/2014 وقُبل للنشر بتاريخ 03/05/2015.

Even though not all jurists agree, this point of view and statistics confirm their opinion. The European countries continue to show themselves as victims of waves of immigrants, especially illegal immigration.

This is why the European Union is the only organization who has developed tools in order to fight against illegal immigration.

The European Union has installed many instruments in order to fight illegal immigration as FRONTEX and EUROSUR, these instruments are operational, but without effectiveness, because his efforts are not provided to the real problem, which is the humane smuggling.

Keywords

Illegal immigration, human smuggling, European instrument, fighting illegal immigration.

Résumé

Il est clair que l'Europe a toujours été une destination privilégiée des migrations toutes sortes, non seulement pour des raisons historiques mais aussi pour des raisons économiques, géographiques et sociopolitiques, même si de nombreux spécialistes nient cet avis, vu les statistiques existantes, l'union Européenne se démontre comme une « victime » des surcharge migratoire, notamment l'immigration clandestine. Et c'est pour ça qu'il est l'unique organisation à avoir développé des instruments régionaux pour lutter contre les flux des clandestins indésirables.

Ainsi FRONTEX, EUROSUR et plusieurs autres instruments opèrent sur le terrain pour faire face au phénomène de l'immigration clandestine, et protéger l'Europe des nouvelles arrivées, mais au-delà des exploits et des objectifs atteints, les critiques des uns et des autres envers ces organismes, surtout pour viole des droits de l'homme, se multiplient, remettant en cause les principes des droits et libertés défendues par l'union européenne et ses membres.

Mots clés

Immigration clandestine, trafic illicite de migrant, instruments Européens lutte contre l'immigration clandestine.

مقدمة

لظالما كانت الهجرة السرية موضوع اهتمام بالنسبة للدول الغربية بصفة عامة ولأوروبا بصفة خاصة، بقدر ما كانت وجهة للراغبين في تغيير أماكن عيشهم¹، لكنها أصبحت مسألة ذات أولوية أكبر في سياساتها وفي علاقاتها الخارجية مع دخول الألفية الجديدة، التي شهدت أيضا زحفا - من كل حذب وصوب- منقطع النظير للمهاجرين السريين باتجاهها، فانعكس ذلك من جهة على الترسنة القانونية التي تم وضعها لاحتواء هذه الظاهرة، خاصة في إطار الفضاء الأوروبي وجل المواثيق الدولية التي أبرمها الاتحاد الأوروبي مع شركائه وبخاصة الدول المغاربية التي تعتبر النافذة الأساسية لولوج الإقليم الأوروبي عبر البحر الأبيض المتوسط.

ومن جهة أخرى إنعكس من خلال الميزانية التي خصّصت للحرب الضروس التي أعلنتها أوروبا ضد المهاجرين السريين، والتي بلغت منذ عام 2002 إلى يومنا هذا حوالي 17 مليار دولار²، بعضها وجّه لاستحداث هيئات جديدة مكلفة بترصد المهاجرين أو لتقوية الأجهزة التي كانت موجودة، وبعضها الآخر رصد لتشييد الإجراءات الإدارية الخاصة بعبور الحدود³.

لكن الأهم من كل ذلك هو وجود الإتحاد الأوروبي كمنظمة تنضوي فيها 27 دولة، الشيء الذي جعل أوروبا تبلغ من خلالها مستويات عالية من التنسيق في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية، ولما كانت الهجرة وتهريب المهاجرين هي أحد الهواجس الكبرى التي توّرق العالم بشكل عام والدول المتقدمة بشكل خاص، فإنّه من الطبيعي أن يكون تعامل الإتحاد الأوروبي مع مسألة المهاجرين السريين في إطار إقليمي هو أحد أولويات سياساته، خاصة وأنّ بلدانه هي من أكثر المناطق استهدافا من طرف المهاجرين والمجرمين في نفس الوقت⁴.

مع العلم أنّ التنسيق الأوروبي في المجال الأمني ليس جديدا بل تعود بوادر انطلاقته إلى بداية عام 1880⁵، وهذا التاريخ مكّنه اليوم من أن يبلغ مستويات عالية من الرقي، فأتاح للإتحاد الأوروبي أن يصبح من التنظيمات الإقليمية القليلة التي خلقت لأعضائها آليات مشتركة لتحسين حدودها من الهجرة السرية وتهريب المهاجرين ومن الإجرام بشكل عام، ففيما تتمثّل الآليات الأوروبية لمواجهة الهجرة السرية؟

والحقيقة أنّ هذه الدراسة لا تكتفي فقط بالإجابة عن الإشكالية المطروحة بسطحيتها - مع العلم أنّ هناك كيانان متخصصان في مكافحة الهجرة وهما الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود والنظام الأوروبي لمراقبة الحدود، بالإضافة إلى جملة من الأجهزة الأخرى غير المتخصصة- ولكن ستحاول أيضا تحليل دور هذه الأجهزة سواء في خفض مستويات التدفق أو في متابعة المجرمين الذي يتاجرون بحياة هؤلاء المهاجرين ونحاول أن نبرز أيضا مدى فعاليتها وحتى عن بعض معوّقاتها.

أولا/ الأجهزة الأوروبية المتخصصة في مكافحة الهجرة السرية

لظالما كانت الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود هي الجهاز الوحيد الذي يضطلع بمهمة مراقبة الحدود الخارجية لأوروبا، ثم بداية من عام 2013 دُعمت بجهاز ثاني وهو النظام الأوروبي لمراقبة الحدود.

1/ الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود

تعتبر الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود من أهم الأجهزة النادرة المتاحة على المستوى الدولي والمنشأة خصيصا لمواجهة التدفقات غير النظامية للمهاجرين، كما أنّها تلعب دورا محوريا في مساعدة الدول المعنية أكثر بالهجرة السرية.

أ/ نشأة الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود

حسب النظام التأسيسي للوكالة الأوروبية لإدارة الحدود فإنّ إنشاءها جاء استجابة لضرورة تحسين تسيير الحدود الخارجية للاتحاد الأوروبي في إطار جماعي، وتضيف ديباجة النظام أنّه وحتى إن كانت مراقبة الحدود أصلا هي مهمة تضطلع بها سلطات كل دولة على حدى، فإنّ فرونتاكس هو هيكل يُسهّل تطبيق الإجراءات المعتمدة من طرف الإتحاد والمتعلّقة بإدارة الحدود⁶.

وعليه ففي خضم تزايد عدد المهاجرين السريين القاصدين أوروبا تم إنشاء الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود الخارجية الأوروبية (FRONTEX)⁷ من قبل الإتحاد الأوروبي بغرض حراسة الإقليم البحري للدول الأعضاء فيه، وكانت أولى الخطوات للمبادرة بها من خلال اتفاقياتي دبلان الأولى والثانية بين عامي 2000 و 2001، والتي لم تتناول بشكل صريح إنشاء هذا الجهاز وإنما مهّدت له بأن أقرّت اقتسام المسؤولية بين الأطراف فيما يتعلّق بمسألة اللجوء.

ثم جاءت الخطوة الثانية في جوان من عام 2002 حيث أقرّ المجلس الأوروبي مشروعا للتسيير المشترك لوفود الهجرة، وانتهى إلى اعتماد برنامج لاهاي الذي تم من خلاله تأطير السياسة الأوروبية لمدة خمس سنوات، وفي العام ذاته تم التفاوض حول إنشاء مراكز للمهاجرين المبعدين خارج أوروبا وأفضى إلى صياغة أول اتفاق بهذا الشأن مع ليبيا، ثم في نفس السنة أيضا أصدر المجلس الأوروبي تنظيمه رقم 2007/2004⁸

يتضمّن إنشاء الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود، وأنشئت فعلياً في 1 ماي 2005، وأصبح مقرها في بولونيا بمدينة فيرسوفي.

ب/ مهام الوكالة الأوروبية لإدارة الحدود

إنّ الدور الذي تنتظره أوروبا من وكالة فرونتاكس كبير في مواجهة تدفق المهاجرين، وهذا ما جعل الإتحاد سخياً في تمويل نشاطها، إذ أنّ الميزانية المخصّصة لها بلغت 88,8 مليون أورو في عام 2009 ثم 87,9 مليون أورو سنة 2010، و 88 مليون في عام 2011 وهذا في مقابل 6 ملايين فقط في عام 2006⁹.

كما يمكن أيضاً أن نستشف هذا الدور من خلال الوسائل "شبه العسكرية" التي سخّرت لها، فهي تمتلك ما لا يقل عن 26 طائرة مروحية و 22 طائرة الصغير و 113 باخرة إضافة إلى 476 شاحنة مجهزة بمختلف التجهيزات المعدة لمكافحة الهجرة السرية، كالرادارات المتحركة والكاميرات الحرارية وأجهزة ترصد دقات القلب.

وهذه الامكانيات تمكّنها بالفعل من ردع المهاجرين الزاحفين نحو أوروبا، وهو واقع تترجمه الاحصائيات التي تبين إنخفاض معدل المهاجرين على السواحل الإسبانية بنحو 23% بعد عملية (Minerva)، وفي حين تضاعف عددهم على السواحل الإيطالية والمالطية قبل أن تسجّل فيها عمليات لفروننتاكس، فإنّها بعد أن تدخلت من خلال عملية (Nautilus) جعلت نسبة المهاجرين الذين يصلون إلى إيطاليا تتضاءل¹⁰.

أما بخصوص المهام المسندة للوكالة فقد حدّدها النظام التأسيسي في سبعة نقاط

هي:

- تنسيق التعاون العملي بين الدول الأعضاء في المجال إدارة الحدود الخارجية.
- وضع نموذج مشترك لتقييم المخاطر وإعداد تحليلات للمخاطر العامة والخاصة.
- تقديم المساعدة للدول الأعضاء بغرض تكوين قواتها المكلفة بحراسة الحدود، بتطوير معايير تدريب مشتركة، وبتوفير تكوين على المستوى الأوروبي لمدربي حرس الحدود الوطنيين، من خلال تنظيم ملتقيات علمية وبتوفير تكوين للموظفين الذين يعملون في الإدارات المعنية بالهجرة.
- متابعة مدى تطور البحوث المتعلقة بمراقبة وحراسة الحدود الخارجية.

- مساعدة الدول الأشدّ تضرراً بالهجرة من خلال منحها المساعدة التقنية اللازمة.
- مساعدة هذه الدول على تنظيم عمليات إعادة المهاجرين إلى أوطانهم، خاصة أنّ الوكالة باستطاعتها استخدام الإمكانيات التي يمنحها الإتحاد الأوروبي في هذا المجال، مع ضرورة إجراء جرد لأفضل الممارسات لإبعاد رعايا البلدان الأجنبية المقيمين بصورة غير مشروعة.
- نشر فرق التدخل السريع على الحدود (RABIT) في الدول الأعضاء خاصة في الحالات العاجلة والاستثنائية الناشئة مثالا عن تدفق كبير للمهاجرين غير الشرعيين¹¹.

وإذا كانت المهمة الأساسية هي تنسيق العمليات على الحدود البحرية والأرضية والجوية بمساعدة من أجهزة الشرطة وحرس الحدود والجمارك التابعة للدول الأعضاء، فإنّها تقوم أيضا بدوريات بحرية تجوب المياه المحيطة بجزر الكناري، جزيرة لمبدوزة، مالطا، صقليليا واليونان، وبدوريات على مستوى الحدود الأرضية التي تفصل اليونان وتركيا، ونتيجة للجهود التي قامت بها تقلص عدد الأشخاص الذي يتم القبض عليهم في عام 2010 بنسبة 60% مقارنة بعام 2009¹².

2/ النظام الأوروبي لمراقبة الحدود

النظام الأوروبي لمراقبة الحدود (EUROSUR)¹³ هو جهاز حديث النشأة، لديه مهام لا تبتعد كثيرا عن المهام التي تضطلع بها وكالة فرونتكس.

أ/ نشأة النظام الأوروبي لمراقبة الحدود

في 2008 وافقت اللجنة الأوروبية على دراسة مقترح لإنشاء برنامج أوروبي لمراقبة الحدود الخارجية، وقامت بعد ذلك بصياغته في شكل اقتراح تشريعي في ديسمبر 2011 على أساس أنّه تطوير لنظام تشنغن، وعرض على المجلس الأوروبي في بداية 2013، ثم تم التصويت على الاقتراح التشريعي في 22 أكتوبر 2013، ودخل حيز النفاذ في 26 نوفمبر 2013¹⁴، وأخيرا تم إطلاق هذا النظام في 2 ديسمبر 2013 في 18 دولة¹⁵ بينما سيتم إطلاقه في باقي الدول في الفاتح ديسمبر 2014.

ب/ مهام النظام الأوروبي لمراقبة الحدود

يعتبر النظام الأوروبي لمراقبة الحدود تطوراً آخرًا لنظام تشنغن في مجال مراقبة الحدود الخارجية، وهو أساساً آلية لتبادل المعلومات وللتعاون ما بين الدول الأطراف في اتفاقية تشنغن، وتفسر اللجنة الأوروبية وضع نظام "أوروسير" بضرورة خلق تنسيقية (Coordination) مركزية لمختلف الإجراءات والإختصاصات المتعلقة بالرقابة على الحدود من أجل تفادي كلّ الأخطاء التي يمكن أن تنجر عن قلة التنسيق وعن التصرفات الإنفرادية للدول في مجال حماية حدودها.

وعليه فإنّ هدفها الأساسي هو رفع مستوى جاهزية المصالح المختصة في مراقبة الحدود من خلال إعطائها صورة شاملة للحالة التي توجد عليها حدودها، خصوصاً في مجال كشف محاولات الهجرة السرية، الوقاية منها ومكافحتها، ومن أهدافها أيضاً محاربة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية، وضمان حماية وإنقاذ المهاجرين في عرض البحر.¹⁶

ثانياً/ الأجهزة الأوروبية الأخرى ذات العلاقة بمكافحة الهجرة السرية

إنّ وكالة فرونتاكس إلى جانب أنّها تعمل لفائدة أعضاء الإتحاد وتنسيق معهم، فإنّها أيضاً تعمل بالتعاون مع هيئات أخرى تعتبر هي أيضاً من هياكل الإتحاد الأوروبي، ونعني بها ثلاثة هياكل أساسية¹⁷ وهي منظّمة الشرطة الأوروبية، الكلية الأوروبية للشرطة وأخيراً وحدة التعاون في المجال القضائي.¹⁸

1/ منظّمة الشرطة الأوروبية

منظّمة الشرطة الأوروبية (EUROPOL) هي أيضاً من الأجهزة التي تعني بالهجرة، وهذا على الرغم من أنّ المنحى الدولي الذي باتت تأخذه الجريمة المنظّمة الحديثة، هو الذي دفع الدول الأوروبية إلى التفكير في إنشاء جهاز مشترك غرضه الأساسي هو تبادل المعلومات الاستخباراتية، المتعلقة بالشبكات الإجرامية وطرق نشاطها وأماكن استقرارها وغير ذلك، بما في ذلك مجال تهريب المخدرات.

وعليه فقد جاءت منظّمة الشرطة الأوروبية في نوفمبر 1991 تكريماً لتجنّد أوروبا بشكل حازم لمحاربة الإجرام المنظّم العابر للحدود، فكلفت في البداية بالتنسيق في مجال مكافحة تهريب المخدرات وتبييض عوائدها من الأموال، لكن مجالاتها توسّعت إلى الإرهاب

والجريمة المنظمة من خلال المعاهدة التي خصّصت لها والموقع عليها في 7 فيفري 1992¹⁹، والتي دخلت حيز التنفيذ في عام 1998، مما أّخر شروعها في ممارسة مهامها إلى شهر جويلية من عام 1999، ومع ذلك يبقى الشيء الإيجابي في هذه المنظمة أنّ مهامها أصبحت موسّعة²⁰ لتشمل:

- الوقاية ومحاربة الارهاب.
- الإتجار بالمخدرات.
- الإتجار بالبشر.
- شبكات الهجرة السرية.
- أعمال التهريب المتعلقة بالمجال النووي
- تهريب السيارات المسروقة.
- تبييض الأموال²¹.

وبما أنّ ما يهمننا في هذا المقام هو مجال الهجرة السرية، فمن الضروري أن نشير إلى أنّ منظمة الشرطة الأوروبية تولي عناية فائقة لمكافحة كل أشكال الإعانات التي تقدّم من طرف الشبكات الإجرامية للمساعدة على الدخول غير المشروع للمهاجرين إلى الحدود الأوروبية، خاصة وأنّ تجربة هذه المنظمة قد كشفت عن وجود علاقات متشعبة لشبكات تهريب المهاجرين مع أنماط أخرى من الإجرام، أهمها تقليد وثائق السفر وتبييض الأموال المخدرات، وعلى أساس ذلك أولت منظمة الشرطة الأوروبية إهتماما شديدا بشبكات تهريب المهاجرين السريين خاصة تلك التي تشتغل في كل من الفيتنام، العراق، أفغانستان، إيران، وكذلك في كل من آسيا الجنوبية وشمال إفريقيا، والتي تعتمد أساسا على إعداد الوثائق المزورة.

أما ميدانيا فقد جسّدت منظمة الشرطة الأوروبية جهودها من خلال مشاركتها في ستّ عمليات متعلّقة بتهريب المهاجرين إلى غاية 2010، أسفرت عن توقيف 80 مهرب للمهاجرين ناهيك عن أعداد المهاجرين التي ساهمت في خفضها، كما ترجمت جهودها أيضا بتركيزها على أحد أهمّ الطرق المعتمدة للحصول على وثائق الإقامة، ونعني بذلك الزواج الذي يتم بغرض الحصول على الوثائق ومحاولته لكشفه²²، لكن مع هذا فإنّ

الدور الذي يلعبه هذا الكيان لا يعدو أن يكون مكتملاً، وبالأحرى مساعدا لفرونباكس، خاصة لما يتعلّق الأمر بالهجرة السرية.

2/الكلية الأوروبية للشرطة

تعتبر الكلية الأوروبية للشرطة (CEPOL) أحد الأجهزة الأوروبية التي تم إنشاؤها حديثاً، وهي جهاز تابع للاتحاد الأوروبي تم تأسيسه في شهر سبتمبر من عام 2005 بموجب القرار (JAI /681/2005)²³، يقع مقرّها في برامشيل (Bramshill) في شمال شرق مقاطعة هامبشاير التي تقع بدورها جنوب المملكة المتحدة، تجمع هذه الوكالة كبار مسئولو أجهزة الشرطة في أوروبا.

لكن هذا الجهاز دوره نظري فقط لأنّ أهدافه محصورة في تقديم المساعدة في مجال تكوين الشرطة، ويعمل على تنمية قدرات الأجهزة الحكومية المختصة في قمع الجريمة بما يمكنها من التأقلم مع الأخطار التي تهدّد أمن دولها، خاصة وأنّ المنظمات الإجرامية تتطور باستمرار، مع الإشارة إلى أنّها تركّز على التهديدات التي تعني كل أعضاء الاتحاد، وبمعنى آخر أنّها تعني أكثر بالأخطار العابرة للحدود والتي لا تعتبر الهجرة السرية إحداها، على أساس أنّ أغلب دول أوروبا لا تجزّئها، ولكن تهريب المهاجرين يعتبر أحدها²⁴.

ولكي تؤدّي هذا الدور فإنّ الكلية الأوروبية للشرطة تنظّم مئات العمليات في مجالات مختلفة، بالخصوص في المواضيع المهمة بالنسبة للشرطة الأوروبية باختلاف جنسياتها²⁵، وحتى وإن كانت هذه الكلية لا تتمتع بصلاحيّة التدخل الميداني المباشر في مجال تهريب المهاجرين إلا أنّها تقدّم إسهاماً فعّالاً من خلال شبكة تعليمية إلكترونية تقدم بواسطتها ما أمكن من معلومات لأجهزة مراقبة الحدود²⁶.

3. وحدة التعاون في المجال القضائي

في الأخير من الضروري أن تتم الإشارة إلى جهاز لا يقلّ أهمية عن الأجهزة الأخرى التي ذكرناها آنفاً، ويتعلّق الأمر بوحدة التعاون في المجال القضائي (EUROJUST)، على أساس أنّها الأداة التي يكتمل بها التنسيق في كل المجالات التي تسمّها مختلف أنواع الجريمة المنظّمة خاصة منها تلك العابرة للحدود الوطنية، وبالتالي فإنّ هذه الوحدة هي الآلية التي تدعّم التعاون القضائي.

ولقد تم إنشاؤها بموجب قرار المجلس الأوروبي الصادر في 2002/02/28²⁷، والتي أريد من خلالها تحسين مستويات التعاون القضائي لضمان فعالية أكبر في مجال مكافحة الأنواع الخطيرة من الإجرام المنظم، ولتسهيل التنسيق في عمليات التحري والمتابعة، مما يجعل شبكات تهريب المهاجرين تدخل ضمن إطار اهتمامات هذه الوحدة. وهذا الطرح يتضح من خلال كون أن الجرائم التي تختص بها منظمة الشرطة الأوروبية هي التي يشملها إختصاص وحدة التعاون في المجال القضائي، حسب ما تنص عليه المادة 4 من قرار الإنشاء²⁸، مما يعني أن لها إختصاص في مجال تهريب الأشخاص على غرار أوربول²⁹.

ثالثاً/ الأجهزة الأوروبية لمكافحة الهجرة السرية: الأرمدة لا تشرف الديمقراطية الغربية ليست هناك مبالغة البتة في القول بأن الأرمدة الأوروبية التي وضعت بهدف وقف التدفقات غير الشرعية للمهاجرين لا تشرف أوروبا، على أساس إفراطها في التعاطي مع المشكلة والتي جعلت من وكالتها المختصة في مرافقة الحدود كيان شبه عسكري، ثم بما انجر عن ذلك من ممارسات على المهاجرين مما جعل حقوقهم عرضة للإنتهاك.

1/ فرونتاكس وكالة بمعدات عسكرية

لا يتردد كثير من المهتمين بشؤون الهجرة بوصف الوكالة الأوروبية على أنها "الجيش" الذي تتحصن به أوروبا من المهاجرين، على الرغم من أن هذه القارة غير مهددة بالإحتلال - كما تحاول أوروبا أن تسوقه - من طرف الأجانب بدليل استقرار نسب المهاجرين الذين يقصدون سنويا أوروبا خلال الخمسين سنة الماضية⁽³⁰⁾، لكن إذا كانت فرونتاكس هي الشرطي الجديد الذي يحيي حدود أوروبا بحسب البعض، فإن دورها بالنسبة لبعض الخبراء الآخرين لا يعدو أن يكون رمزيا ليس إلا، ذلك أن العمل الميداني الذي تقوم به بالنسبة لدولة مثل اليونان، يقتصر فقط على تقديم المعلومات حول المهاجرين والطرق التي يستعملها المهربون بعد أن يتم ترصدهم بالطوافات ومختلف الأجهزة التي تزخر بها الوكالة.

وعليه فإن السلطات اليونانية غير مقتنعة بالدور الذي يؤديه هذا الجهاز، وأبعد من ذلك فهي لا تقدم سندا فعليا للدول التي تعاني من حركية كبيرة في الهجرة غير

الشرعية، لأنّ الإشكال لا يكمن في المعلومات التي تقدّمها الوكالة والتي تحفظها سلطات الدول عن ظهر قلب، ولكنه يكمن في كيفية التدخل وتقديم مساعدة ميدانية تعطي نتائج ملموسة من خلال شل نشاط مهربي المهاجرين، لأنّ وقف المهاجرين السريين يزيد في متاعب السلطات اليونانية التي لا تجد الطريقة التي تتعامل بها معهم³¹.

ثم ومن جانب آخر لا شك أنّ الوكالة في حدّ ذاتها غير قادرة على تقديم السند الذي تنتظره منها بعض الدول التي تحتاج إلى عونها، وما الميزانية المخصصة لها إلاّ دليل قاطع على ذلك، فالغلاف المخصّص لها - والذي يراه البعض ضخما - غير كافي لتحقيق الأهداف المرجوة منها بما أنّه لم يصل حتى إلى عتبة 100 مليون أورو، وهذا يجعلها تعمل فقط على تحقيق الحد الأدنى من أهدافها بواسطة ذلك العدد القليل من الأعوان الذين تشغّلهم.

زيادة على ذلك فإنّ الوكالة كثيرا ما تجد نفسها في موقف المتهم، خاصة من قبل بعض الناشطين في مجال حقوق الإنسان والذين يرون فيها أداة لقمع طالبي اللجوء وتعدي صارخ على أحد الحقوق المعترف بها دوليا والمتمثّل في الحق في مغادرة أي بلد بما فيه بلد المعني³²، هذا ناهيك عن الممارسات غير الإنسانية التي يقوم بها أعوانها ضد المهاجرين، وعدم احترام المعلومات ذات الطابع الخصوصي بالنسبة لهم³³، والأخطر من ذلك أنّ أوروبا باتت تحارب الهجرة في بلدان الانطلاق، فسياستها لم تعد قائمة على منع دخول الأشخاص إلى أقاليمها، وإنّما إلى منع مغادرتهم لبلدانهم من خلال الضغط على حكوماتهم لوضع قوانين ردعية تعاقب على الهجرة³⁴.

وتعتبر وجهة نظر هؤلاء المنتقدين منطقية جدا، بل ويمكن أن نزيد على ذلك أنّها تركز جهودها على مكافحة الهجرة لا على مكافحة الاجرام المنظّم المرتبط بها، ونعني بذلك مهربي المهاجرين، فلو أنّ الدعم الذي تقوم به هذه الوكالة كان موجها إلى ردع المجرمين الذين يحفزون ويساعدون ويتممون عمليات التهريب لما كانت الهجرة بنفس هذه الحدة.

2/ أجهزة أوروبية لقمع الهجرة أم لانتهاك حقوق الانسان

"فشهد شاهد من أهلها"، بهذه العبارة نريد أن نفتتح موضوع انعكاسات السياسة الأوروبية بشكل عام على حقوق الانسان، ذلك أنّ البرلمان الأوروبي في توصية منه صدرت

عام 2008³⁵ أكد على أنّ قيام فرونتاكس بمهامها يجب أن يكون في ظل احترام تام لحقوق الانسان³⁶، وذلك بعد الخروقات العديدة التي قام بها موظفو هذه الوكالة.

أما عن الحقوق التي تكون عرضة للانتهاك فيأتي الحق في اللجوء على رأسها، فإذا كانت المادة 33 من اتفاقية جنيف للاجئين تنص على أنه "لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً أو تردّه بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معيّنة أو بسبب آرائه السياسية"³⁷ فإنّ هذا الحق لا يأخذه أعوان الوكالة بعين الاعتبار خاصة وأنّه من الصعب التمييز بين اللاجئ والمهاجر السري، وهو ما جعل كثيرا من اللاجئين يتم طردهم أو إبعادهم من طرف فرونتاكس ولا تسمح لهم بتقديم طلبات اللجوء.

فالمهم الوحيد بالنسبة لها هو تقديم نتائج بأرقام ضخمة حول عدد الأشخاص الذين تم اعتراضهم، هذا الطرح تؤكده الأرقام المقدّمة من طرف الوكالة التي قدرت نسبة من قامت بردهم إلى بلدانهم بما يفوق 130.000 شخص في عام 2007، وارتفع هذا العدد إلى 140.000 في العام الموالي وليس هنالك ما يؤكّد عدم وجود طالبي اللجوء من بين هؤلاء³⁸.

وبالنسبة للحق في الهجرة - الذي داس عليه مبدأ السيادة الذي تتجسّج به الدولة- فنحن نعرف أنّ المجتمع الغربي الرأسمالي قائم على أساس مبادئ القانون الطبيعي، ومع أنّ الهجرة هي حق طبيعي للأفراد فإنّها تمنعه إلاّ بشروط صارمة تضعها³⁹، وفي المقابل فهي ترغب في ترسيخ حرية تنقل الأموال والأشخاص لكن فقط لرعاياها، وهذا يتعارض مع أحكام المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أنّه :

"1. لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة.

2. يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه"⁴⁰.

بالتالي تشكّل الآليات الأوروبية هذه ضربة موجعة للحق في الهجرة الذي من المفروض أن يتمتّع به كل شخص⁴¹، وبالخصوص الذين يوجدون في وضعية مزرية في الأماكن التي يعيشون فيها، وحتى من الناحية الاجتماعية يعتبر انتقال الأشخاص باتجاه الأماكن الأكثر رفاهة من المسلّمات، وفي ذلك يقول الأنثروبولوجي ألفريد سافي

(Alfred Sauvy) بقوله "إما أن ترحل الثروات إلى حيث يوجد البشر وإما أن يرحل البشر إلى حيث توجد الثروات"⁴².

من ناحية أخرى نجد أنّ المهاجرين كثيرا ما يتعرّضون للاضطهاد والممارسات اللاإنسانية من طرف المصالح المكلفة بمراقبة الحدود، سواء في البلدان التي يتم إعادتهم منها، بحيث ينظر موظفوها إلى المهاجرين على أنّهم مجرمون يقتحمون أسوار بلدانهم غصبا، وتماشيا مع ذلك صرّح مدير وكالة فرونتاكس عام 2009 أثناء تسليم مجموعة من المهاجرين لحرس السواحل الليبية أنّ وكالته لا يعنيها إن كانت حقوق الانسان محترمة أم غير محترمة في البلدان التي يعادون إليها⁴³، كما يعاني المهاجرون أيضا من المعاملة المشينة من سلطات بلدانهم على أساس أنّ أغلبها أصبحت تجرّم فعل الهجرة السرية.

وفي كل الأحوال فإنّ في ذلك إخلال بأحكام المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تنص على أنّه "لا يجوز إخضاع أي إنسان للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة المهينة للكرامة"⁴⁴. وهو نفس ما قررته المادة 4 من ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية⁴⁵، لكنها تنمّ عن مخالفة صريحة لأحكام المادة 19⁴⁶ منه وكذا 4 من البروتوكول رقم (4) لاتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية سألقة الذكر التي تنص على أنّ "الطرد الجماعي للأجانب محظور"⁴⁷.

وإن كانت الحقوق التي يتم خرقها عديدة ولا يمكن حصرها في هذا الإطار الضيق، فإنّنا سنشير في الأخير إلى الإنتهاك الذي يقع على الحق في حماية البيانات ذات الطابع الشخصي، وهو حق تكفله المادة 8 من الميثاق الأوروبي لحقوق الانسان التي تنص على:

"1- لكل شخص الحق في حماية البيانات الشخصية التي تتعلق به.

2- يجب أن تعامل مثل هذه البيانات على نحو ملائم لأغراض محددة، وعلى أساس موافقة الشخص المعني، أو على أساس مشروع يحدّده القانون، ويكون لكل شخص الحق في الوصول إلى البيانات التي تم جمعها وتتعلق به، وحق الحصول عليها صحيحة".

وهذا يتعارض مع الأهداف التي جاءت كل من فرونتاكس وأوروسير لتحقيقها، بحيث أنّه تم منذ عام 2009 الانطلاق في تخزين المعلومات عن المهاجرين الذين يتم ضبطهم، بغرض تسهيل عملية الترحيل الجماعي أو الفردي، والخطورة بالنسبة لهذه

الحالة تكمن في احتمال وقوع هذه البيانات في أيدي غير أمينة قد تستعملها لأغراض إجرامية.

خاتمة

دائما نفس الاشكالية تطرح في مسألة تعامل الدول الغربية مع الهجرة، لماذا تنفق مليارات الدولارات في وضع أجهزة تمنع تدفق المهاجرين، مع أنّ هذه الأجهزة لا تؤدي إلاّ لتغير التقنيات المستعملة في الهجرة السرية، وتدفع للسفر عبر مسالك أكثر صعوبة، وبالتالي أشد خطورة على حياة المهاجرين؟؟؟

إنّ الاستراتيجية الأوروبية بالذات قائمة على تعامل حازم مع المهاجرين من خلال المكثّمات القانونية والآليات المكثّسة، مع أنّ الإشكال لا يكمن في فهم بل في الذين يتكفّلون بنقلهم، فالواقع يثبت أنّ أي شاب مهما كانت درجة حبه للمغامرة لا يمكن أن يقدم على قطع مئات الأميال البحرية للوصول إلى بلد المقصد، لأنّ وصوله مستحيل بدون مساعدة من المختصين من مهربي المهاجرين.

وعليه يجب أن تتحوّل السياسة الأوروبية نحو البحث عن السبل الكفيلة بمحاربة شبكات التهريب، على الرغم من أنّها تتركز غالبا في دول الانطلاق أو دول العبور، إلاّ أنّ ذلك لا يشكل عائقا إذا كان هناك إطار دولي للتعاون بين الدول المعنية لمكافحة الجريمة الدولية العابرة للحدود، وأصلا هناك آلية قانونية تدعو للتعاون في هذا المجال ونقصد بذلك اتفاقية بليرمو لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وكذا بروتكولها المتعلق بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو.

وأیضا من التوصيات التي يتمكن أن نخرج بها ضرورة تخصيص حيز أكبر في السياسات الدولية المتعلقة بالهجرة لمجال التنمية، فكل أنواع الهجرة سواء كانت داخلية أو دولية وسواء كانت موسمية مؤقتة أو دائمة تتحرك بدواع اقتصادية إلاّ في حالات نادرة، وعليه يجب التفكير في استراتيجية قائمة على أساس التنمية تماشيا مع النتائج الباهرة التي حققها برنامج بيرسيرو الذي أطلق من طرف الولايات المتحدة على الحدود المكسيكية.

الهوامش

¹. تعتبر أوروبا الغربية الوجهة الثانية للمهاجرين السريين بعد الولايات المتحدة الأمريكية والأولى بالنسبة لأفريقيا و آسيا وأوروبا الشرقية، إذ يشير تقرير المجلس الأوروبي رقم 1467 لعام 2000 إلى وجود ما بين 400 ألف إلى 500 ألف مهاجر سري يدخلون إلى أوروبا سنويا وهذا عدد قليل بالمقارنة مع 30 مليون شخص يعبرون الحدود الدولية بشكل سري سنويا، أنظر صايش عبد المالك، التعاون الأورو – مغربي في مجال مكافحة الهجرة غير القانونية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عنابة، 2007، ص 27.

². هذه الميزانية تخص فقط خمسة دول وهي كندا والولايات المتحدة ألمانيا بريطانيا وهولندا، وهو مبلغ ضخم جدا قد يكفي ليكون ميزانية سنوية لحوالي ثلاثة أو أربعة دول إفريقية، وقد يكون كافيا أيضا لتخفيض نسب الهجرة إلى أكثر من النصف لو صرف في مشاريع تنموية، تخلق بها مناصب الشغل في الدول الفقيرة ويثبت بها السكان في أوطانهم الأصلية.

³. أنظر:

Estibaliz Jimenez Calvo, le combat contre le trafic des migrants au Canada : contrôle migratoire d'abord, lutte au crime organisé en suite, thèse doctorat, Faculté des études supérieures, université de Montréal, 2007, p 199.

⁴. إن السياسة الأوروبية هذه تجاه الهجرة قد جاءت في وقت زادت فيه الحاجة إلى تغيير مكان العيش لدى الكثيرين، وفي وقت تتوقع هيئة الأمم المتحدة زيادة معدلات الهجرة وكذلك زيادة حاجة الغرب إلى ما يقارب 344 مليون مهاجر بحلول عام 2050، للحفاظ على التوازن بين عدد السكان في الغرب الذي يتراجع باستمرار ونسبة الفئة النشيطة، أنظر حول ذلك:

Wihthold De Wenden Cathrine, « Pour un droit à la mobilité et une démocratisation des frontières », Paris, Revue Panoramique, n° 55, 4ème édition, 2001, p 12.

⁵. أنظر:

Richardot Michel, « Interpol, Europol », *Pouvoirs*, 2002/3 n° 102, p. 78.

⁶. أنظر:

Le Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, in: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/133216_fr.htm

⁷. هي اختصار للوكالة الأوروبية لإدارة الحدود بالفرنسية:

Agence Européenne De Gestion Des Frontières Extérieures.

⁸. أنظر:

COUNCIL REGULATION (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the external Borders of the Member States of the European Union, Official Journal of the European Union, L 349/1, 25.11.2004.

⁹. أنظر:

Cécile VANDERSTAPPEN, Marie-Dominique AGUILLON, Frontex le bras armé de l'Europe forteresse, Revue DLM demain le monde, n° 18, Mars & Avril 2013, p 13.

10. أنظر:

Rodier Claire, « Frontex, l'agence tout risque », *Plein droit*, 2010/4 n° 87, p. 10.

11. أنظر:

Le Règlement (CE) n° 2007/2004, op cit, Voir aussi **Arias Fernández Gil**, « La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne », *Regards croisés sur l'économie*, 2010/2 n° 8, p. 218-224. Voir aussi FRONTEX, présentation du rôle actuel et à venir de l'agence in : <http://www.statewatch.org/news/2010/apr/indymedia-frontex-presentation.pdf>

12. أنظر:

Rodier Claire, op cit, p 10.

13. اختصار للنظام الأوروبي لمراقبة الحدود بالفرنسية:

Systeme Européen De Surveillance Des Frontières.

14. أنظر:

Reprise et mise en œuvre du règlement (UE) no 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (règlement EUROSUR) Rapport explicatif pour la consultation, Commandement du Corps des gardes-frontière Suisse, 22 novembre 2013, p 5.

15. تتمثل الدول 18 التي أطلقت النظام في كل من بلغاريا، استونيا، اليونان، اسبانيا، فرنسا، كرواتيا، إيطاليا، قبرص، ولاتفيا، ليتوانيا، هنغاريا، مالطا، بولندا، البرتغال، رومانيا، سلوفينيا، سلوفاكيا وفنلندا، أما باقي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي وكذا كل من ليشتنشتاين وسويسرا فستطلقه في 2014/12/10. أنظر حول ذلك الموقع التالي:

<http://www.touteleurope.eu/actualite/quest-ce-queuros.html>

16. أنظر:

Les articles 1 et 2 du Règlement (UE) n° 1052/2013 Du Parlement Européen Et Du Conseil du 22 octobre 2013, portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur).

17. أنظر:

Arias Fernández Gil, op cit, p. 218-224.

18. أنظر:

Olivier Clochard, Le contrôle des flux migratoires aux frontières de l'Union européenne s'orientent vers une disposition de plus en plus réticulaire, *Carnets de géographes*, n°1, octobre 2010, p 8.

19. أنظر:

Le texte intégrale de la convention sur Cultures & Conflits n°45 (2002) pp. 154-158, disponible en line in : <http://conflicts.revues.org/789?&id=789#article-789>

20. أنظر:

Richardot Michel, op cit, p. 82-83.

21. أنظر:

Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police (convention Europol)

22. أنظر:

Compte-rendu d'EUROPOL, Rapport général sur les activités d'Europol, Office européen de police, 2011, p 39&40, document disponible in : <http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Protection%20des%20donn%C3%a9es%20personnelles/Convention%20EUROPOL.pdf>

²³. كانت أول مناقشة لإنشاء الكلية الأوروبية للشرطة في إطار اجتماع المجلس الأوروبي في تامبيري بفنلندا في 15 و 16 أكتوبر 1999، ثم تم إنشاء الوكالة في 22 سبتمبر 2000 بموجب القرار (JAI/820/2000) والذي ألغى بالقرار المؤسس للوكالة رقم (JAI/681/2005)، أنظر:

- Décision du Conseil du 22 décembre 2000 portant création du Collège européen de Police (CEPOL). *JO L 336 30.12.2000, p. 1*. Voir aussi **IDIL ATAK**, La coopération policière pour la lutte contre la migration irrégulière au sein de l'Union européenne, *Revue générale de droit*, 2006 n° 36, pp 458.

²⁴. أنظر:

Les articles de 1 à 8 de la décision du Conseil 2005/681/JAI du 20 septembre 2005 instituant le Collège européen de police (CEPOL) et abrogeant la décision 2000/820/JAI, JOCE n° L 256 du 01/10/2005 p. 0063 – 0070.

²⁵. أنظر:

Arias Fernández Gil, op cit, p 222.

²⁶. أنظر:

Le Proposition de plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne, (2002/C 142/02), JOCE n° C 142 du 14/06/2002, p 11.

²⁷. أنظر:

Décision du conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, (2002/187/JAI), JOCE n° L 63/1, du 06/03/2002.

²⁸. أنظر:

L'article 4 de la décision de création de l'Eurojust prévoit que : «le champ de compétence générale d'Eurojust recouvre:

a) les types de criminalité et les infractions pour lesquels Europol a, à tout moment, compétence pour agir en application de l'article 2 de la convention Europol du 26 juillet 1995...»

²⁹. أنظر:

IDIL ATAK, op cit, p 479.

³⁰. أنظر:

Cécile VANDERSTAPPEN, Marie-Dominique AGUILLON, op cit, p 12.

³¹. راجع حول ذلك صايش عبد المالك، مكافحة تهريب المهاجرين السريين، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 293.

³². أنظر المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان.

³³. أنظر:

Sara Casella Colombeau et all, agence FRONTEX : quelles garanties pour les droits de l'homme ?, Étude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat, avec le soutien du groupe des Verts / ALE au Parlement Européen, 2010, pp 9-19.

³⁴. أنظر:

Cécile VANDERSTAPPEN, Marie-Dominique AGUILLON, op cit, p 14.

³⁵. أنظر:

Parlement européen, Résolution sur l'évaluation et le développement futur de l'agence FRONTEX et du système européen de surveillance des frontières EUROSUR (2008/2157(INI), 18 décembre 2008.

³⁶. وذلك على أساس المخروقات الواضحة التي كانت ترتكب من طرف أعوان الوكالة على حقوق المهاجرين والتي تمس بالتأكيد بمصداقية الاتحاد الأوروبي بشكل عام وبالوكالة بشكل خاص.

³⁷. اتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين التي اعتمدها مؤتمر المفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية في 28 جويلية 1951، الذي دعت الأمم المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرار الجمعية العامة 429 (د. 5) المؤرخ في 14 ديسمبر 1950.

³⁸. أنظر:

Sara Casella Colombeau et al., op cit, p 9.

³⁹. أنظر حول ذلك صايش عبد المالك، التقنيات الحديثة لمراقبة الحدود وأثرها على حقوق الإنسان، الملتقى الوطني حول "أثر التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، أيام 27 و 28 نوفمبر 2013، 12 وما بعدها.

⁴⁰. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمدها ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

⁴¹. إِنَّ الْحَقَّ فِي الْهَجْرَةِ مَكْرَسٌ أَيْضًا فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى "إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَاسِعَةً فَهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَاوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَتْ مَصِيرًا" سورة النساء، الآية 97.

⁴². الأخضر عمر الدهيمي، دراسة حول الهجرة السرية في الجزائر، ندوة حول "التجارب العربية في مكافحة الهجرة غير الشرعية"، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010/02/08، ص 2.

⁴³. أنظر:

Sara Casella Colombeau et al., op cit, p 12.

⁴⁴. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الموقعّة من طرف مجلس أوروبا في روما بتاريخ 4 نوفمبر 1950، والتي دخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1953.

⁴⁵. ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي المعتمد من طرف المجلس الأوروبي في نيس بتاريخ 7 ديسمبر 2000. البروتوكول رقم (4) لاتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية بشأن ضمان حقوق وحريات أخرى غير تلك التي تضمنتها الاتفاقية والبروتوكول الأول، صدرت في 16 نوفمبر 1963 وبدأ العمل به في 2 مايو 1968.

⁴⁶. تنص المادة 19 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي على ما يلي:

1- تحظر حالات الترحيل الجماعي.

2- لا يجوز فصل أو إبعاد أو تسليم أي شخص إلى دولة إذا كان هناك خطر شديد بتعرضه لعقوبة الإعدام، أو التعذيب، أو المعاملة أو العقوبة غير الإنسانية المهينة.

⁴⁷. البروتوكول رقم (4) لاتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية بشأن ضمان حقوق وحريات أخرى غير تلك التي تضمنتها الاتفاقية والبروتوكول الأول، صدرت في 16 نوفمبر 1963 وبدأ العمل به في 2 مايو 1968.

التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة مقارنة)

Dr.AHMAD MAHMOUD Almasa'deh
Université Majmaah
Arabie Saoudite

د. أحمد محمود المساعدة
جامعة المجمعة
المملكة العربية السعودية

ملخص

يتعلق هذا البحث بموضوع عملية التحويل المصرفي الإلكتروني، إذ يهدف إلى التعرف على ماهية التحويل المصرفي الإلكتروني، وكذا أشكال أو صور التحويل المصرفي الإلكتروني، والمراحل التي تمر بها هذه العملية. وذلك في ضوء أحكام القانون الأردني وبعض القوانين العربية والأجنبية، وكذا أحكام الفقه والقضاء، من خلال دراسة تحليلية مقارنة، وقد تناولت هذا البحث من خلال ماهية التحويل المصرفي الإلكتروني كمبحث أول و النظريات التي قيلت في عملية التحويل المصرفي الإلكتروني كمبحث ثاني، ومراحل عملية التحويل المصرفي الإلكتروني كمبحث ثالث وإثبات عملية التحويل المصرفي الإلكتروني كمبحث رابع، وختتمت الدراسة بأهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

الكلمات الدالة

التحويل المصرفي . الحسابات . البنوك المتداخلة . سرعة التحويل . القيد المزدوج . أمر

التحويل

Electronic bank transfer A comparative study

Abstract

This relates to the topic of search process electronic bank transfer, as it aims to identify the nature of electronic bank transfer, as well as the forms or bank transfer electronic images, and the stages of this process.

* تم استلام المقال بتاريخ 2014/11/27 وتم تحكيمه بتاريخ 2015/01/05 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Andin the light of the provisions of the Jordanian law and some of the laws of Saudi and foreign, as well as the jurisprudence and the judiciary, through comparative analysis, have addressed his research through what the bank transfer electronic Kmbges first and theories that have been madein the conversion process electronic banking Kmbges second, and the stages of the process of bank transfere mail Kmbges third and prove the conversion process electronic banking Kmbges fourth, and the study concluded the most important findings and recommendations that have been reached.

Key words

Bank transfer. Accounts. Overlapping banks. Conversion speed. Double-entry. Ordered the conversion

Résumé

Cet article a pour objet l'étude du transfère bancaire électronique, ses formes et ses étapes, et ce, à la lumière du droit Jordanien, de quelques législations arabes et étrangères ainsi qu'à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine.

Mots clés

Transfère bancaire, support électronique, comptes, ordre de transfère, droit comparé.

مقدمة

تُعدّ عملية التحويل المصرفي الإلكتروني من أهم العمليات المصرفية أكثرها انتشاراً، لا سيما وأننا نمّر فيما يسمى بالعصر الرقمي، وبالرغم من أهمية التحويل المصرفي وتناميها، فإنّ قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966 قد خلا من أي نص ينظّم أحكام هذه العملية، ومما يلفت الانتباه أيضاً أنّ بعض القوانين العربية كالمملكة العربية السعودية مازالت خالية من أي نص ينظّم هذه العملية، حيث تخضع لقواعد العرف والعادات المصرفية، لذلك ولإثراء هذا الموضوع فإننا سوف نشير في دراستنا هذه الى قانون التجارة المصري الذي نظّم هذه العملية.

إنّ سبب اختياري لهذا الموضوع جاء نظراً لقلّة الكتابة فيه لا سيما في المملكة الأردنية الهاشمية بصور خاصة وفي الوطن العربي بصورة عامة، لذلك فقد أثرت الكتابة في هذا الموضوع، كون التحويل المصرفي الإلكتروني يعدّ من أهم وسائل الدفع الحديثة.

مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة وعناصرها الرئيسية في تحديد بيان المفهوم القانوني لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني، وأهم المعوقات والعراقيل التي تواجهها والإجراءات الواجب اتخاذها لتأمين سلامة هذه العملية.

هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز الدور الهام لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني من خلال التعرف على ماهية التحويل المصرفي الإلكتروني، وأهم المعوقات والعراقيل التي تعيق هذه العملية، والتعرف على أشكال أو صور التحويل المصرفي الإلكتروني والمراحل التي تمر بها هذه العملية المصرفية الإلكترونية.

أهمية الدراسة

تتناول أهمية الدراسة بحث موضوع عملية التحويل المصرفي الإلكتروني، حيث يعتبر من المواضيع ذات الأهمية من النواحي الاقتصادية، لا سيما وأنها أكثر العمليات المصرفية أهمية وأبسطها وأقلها تكلفة، التي تتم عن طريق إجراء القيود المحاسبية بالخصم من الحساب الأمر، والقيود بالإضافة لحساب المستفيد.

منهج البحث

يعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية من خلال دراسة القوانين محل الدراسة، والمصادر المتخصصة وإسهامات الفقه في هذا المجال، ولم تغفل الدراسة في الرجوع إلى المواقع الإلكترونية المتخصصة والمعتمدة باعتبارها مصدراً ثرياً بأحدث الاتجاهات سواء التشريعية أو القضائية أو الفقهية.

وسوف نقسم دراستنا إلى أربعة مباحث على الشكل التالي:

المبحث الأول/ ماهية التحويل المصرفي الإلكتروني .

المطلب الأول/ تعريف عملية التحويل المصرفي الإلكتروني.

المطلب الثاني/ شروط عملية التحويل المصرفي الإلكتروني

المطلب الثالث/ صور عملية التحويل المصرفي الإلكتروني.

المبحث الثاني/ النظريات التي قيلت في عملية التحويل المصرفي الإلكتروني.

المطلب الأول/ نظريات إستندت لأحكام القانون المدني.

المطلب الثاني/ نظريات إستندت لقواعد القانون التجاري.

المبحث الثالث / مراحل عملية التحويل المصرفي الإلكتروني.

المبحث الرابع/ اثبات عملية التحويل المصرفي الإلكتروني.

النتائج والتوصيات

المبحث الأول/ ماهية عملية التحويل المصرفي الإلكتروني

نتعرّض في هذا المبحث إلى تعريف عملية التحويل المصرفي الإلكتروني، ثم نتكلم

عن شروط وصور التحويل المصرفي الإلكتروني من خلال ثلاثة مطالب.

المطلب الأول/تعريف عملية التحويل المصرفي الإلكتروني

نعالج في هذا المطلب التعريف التشريعي لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني في الفرع

الأول ومن ثم التعريف الفقهي والقضائي لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني في فرع ثانٍ.

الفرع الأول/التعريف التشريعي لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني

تنص المادة (25) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001م على

أنّ:-التحويل الإلكتروني للأموال:

"يعتبر تحويل الأموال بوسائل إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، ولا يؤثر هذا

القانون بأي صورة كانت على حقوق الأشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة

النافذة المفعول"¹

وتنص المادة(92) الفقرة (أ)من قانون البنوك الأردني رقم(28) لسنة 2000 على

أنّ:

"أ- للبنك المركزي أن يضع نظاماً إلكترونياً لتحويل الاموال بالتنسيق مع البنوك وفي

هذه الحالة يكون للبنك المركزي الحرية في إجراء الدفع والقبض بواسطة هذا النظام

وإعلام البنوك المعنية بذلك"².

أما قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966، لم يضع أي قواعد خاصة تنظّم

التحويل المصرفي وغيرها من العمليات المصرفية³.

وفي قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 تنص المادة (1/329) منه:

"1- النقل المصرفي عملية يقيّد البنك بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب المدين من حساب الأمر بالنقل بناء على أمر كتابي منه وفي الجانب الدائن من حساب آخر. ويجوز بهذه العملية إجراء ما يأتي:

أ. نقل مبلغ معين من شخص إلى آخر لكل منهما حساب لدى البنك ذاتها و لدى بنكين مختلفين.

ب. نقل مبلغ معين من حساب إلى آخر كلاهما مفتوح باسم الأمر بالنقل لدى البنك ذاته أو لدى بنكين مختلفين"⁴.

وفي قانون النقد والقرض الجزائري المؤرخ في 26/أوت/2003 نصت المادة 66 منه على أن: "تتضمّن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل"⁵.

وعلى صعيد التعاملات الإلكترونية فقد نظمّ المشرع الجزائري ولأول مرة الأنترنيت كنشاط اقتصادي بشكل محدود بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25/أوت/1998⁶.

وفي قانون المعاملات التجارية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 18 لسنة 1993

نصت المادة 380 منه على أن:

"1) التحويل المصرفي عملية يقيّد المصرف بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب المدين من حساب الأمر بالتحويل ويقيّد ذات المبلغ في الجانب الدائن من حساب آخر وذلك بناء على طلب كتابي من العميل الأمر بالتحويل.

2) ويجوز بوساطة هذه العملية إجراء ما يأتي

أ) تحويل مبلغ معين من حساب شخص إلى حساب شخص آخر لكل منهما حساب لدى المصرف ذاته ولدى مصرفين مختلفين.

ب) تحويل مبلغ معين من حساب التأخر كلاهما مفتوح باسم الأمر بالتحويل لدى المصرف ذاته ولدى مصرفين مختلفين.

3). وينظّم الاتفاق بين المصرف والعميل الأمر بالتحويل شروط إصدار الأمر، ومع ذلك لا يجوز أن يكون أمر التحويل لحامله"⁷.

وفي التقنين التجاري الموحد الأمريكي (Uniform Commercial Code) بشأن تحويل الأموال 1989.

فقد عرّف هذا القانون التحويل المصرفي بأنه سلسلة إجراءات تبدأ بأمر الدفع أو التحويل للمستفيد، يشمل هذا أمر صادر عن البنك الأمر أو البنك الوسيط الأمر بالتحويل ليتم نقل الأموال بقبول البنك المستفيد لدفع قيمة الحوالة لمصلحة العميل المبيّن في أمر التحويل⁸.

وفي القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال الصادر عن لجنة الأمم المتحدة) الاونيسترال) عام 1992.

عرّف هذا القانون التحويل المصرفي "سلسلة من الخطوات، تبدأ بأمر الدفع الصادر من العميل الأمر، لغرض وضع الأموال أو الحوالة تحت تصرف مستفيد. ويشمل هذا التعريف أمر الدفع الصادر عن البنك الأمر أو أي بنك وسيط ينوي تنفيذ أمر الدفع الصادر عن الأمر"⁹

الفرع الثاني/التعريف الفقهي والقضائي لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني أولاً / التعريف الفقهي

ذهب الاتجاه الفقهي الحديث إلى تعريف عملية التحويل المصرفي بأنها العملية التي من خلالها يتم قيد مبلغ معين من المال في الجانب الدائن لمصلحة حساب شخص آخر، وقد يتم قيد نفس المبلغ في حساب شخص العميل الأمر، أو يقيد في حساب شخص آخر، وتكون هذه العملية بناء على طلب العميل الأمر في نفس البنك أو في بنك آخر¹⁰.

وذهب آخر إلى أن التحويل الإلكتروني للأموال أو التحويل المصرفي عبارة عن علاقة بين الأمر بالتحويل أو المرسل والمستفيد، وكنيجة لهذه العملية، ينشأ أمر التحويل من الأمر إلى بنكه وفي حالتنا هذه البنك الأصلي، بأن يدفع هذا البنك للمستفيد مبلغاً معيناً، أو يأمر هذا البنك بنكاً آخر، يسمى البنك الوسيط (الثالث) بالقيام بهذه العملية¹¹.

وقد ذهب الأستاذ هامل إلى أنّ التحويل المصرفي عملية واحدة مركّبة من عدة جوانب لكل منها طبيعة قانونية تميزها عن الأخرى، إذ قسّم التحويل المصرفي إلى عدد من الخطوات أولها الأمر الصادر عن العميل الأمر إلى البنك، ثم عملية الوفاء من قبل البنك للمستفيد، حيث اعتبرها عملية تسليم نقدي للمبلغ المحوّل، وآخر الخطوات إيداع المستفيد مبلغ الحوالة في حسابه لدى البنك الموفي¹².

وذهب آخر إلى أنّها عملية سحب مبلغ معين من حساب العميل الأمر بالتحويل ونقله إلى حساب آخر له، أو لمصلحة حساب عميل آخر في نفس البنك أو في بنك آخر¹³.

كما عُرِّفت عملية التحويل المصرفي الإلكتروني بأنها تحويل مبلغ نقدي من خلال شبكات اتصال الكترونية، تقتصر صلاحية الدخول إليها على المشتركين فقط وفقاً لشروط عضوية تحددها البنوك¹⁴.

وفي تعريف لآخر جاء فيه أنّ عملية التحويل المصرفي الإلكتروني، عبارة عن نقل مبلغ من حساب إلى حساب آخر سواء كان في نفس البنك أو في بنك آخر، بطريق القيد الإلكتروني، حيث يتم قيد المبلغ المحوّل في الجانب المدين من حساب العميل الأمر بالتحويل، وفي الجانب الدائن من حساب العميل المستفيد¹⁵.

يُعدّ التعريف الأخير أكثر عمقاً وانسجاماً مع وتيرة الأعمال المصرفية، تبعاً للتطور الجديد في اعتماد نظرية النقود القيدية التي ينفذ البنك تسجيلاتها بشكل الكتروني¹⁶، وما تقدم من تعريفات تبين لنا، أنّ أغلب الفقهاء قد تبني المفهوم الحديث للتحويل المصرفي، إذ جاءت التعريفات متقاربة لا تختلف إلا من حيث الصياغة.

ثانياً/ التعريف القضائي

القضاء الأردني لم يكن أحسن حالاً من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 لم يضع أي قواعد خاصة تنظّم التحويل المصرفي، حيث لم تأت محكمة التمييز الأردني بأي تعريف لهذه العملية، على عكس الاجتهاد القضائي المصري فقد كان صريحاً، عندما تعرّض للتحويل المصرفي بأكثر من مناسبة، ففي حكم محكمة النقض المصرية في جلسة 24 يناير 2008 جاء فيه "... ذلك أنه لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه يتعيّن على البنك تنفيذ أمر التحويل المصرفي طبقاً لتعليمات الأمر بعد التحقق من صدور

التوقيع على الأمر من الشخص المفتوح باسمه الحساب أو ممن له سلطة تشغيلية ما دام لأمر التحويل مقابل وفاء لدى البنك ويتم تنفيذ الأمر بمقدار المبلغ المبين به بقيده في الجانب المدين من حساب الأمر إضافته الى رصيد المستفيد ...¹⁷.

وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية جاء فيه: "يتعين على البنك تنفيذ أمر التحويل طبقاً لتعليمات الأمر بعد التحقق من صدور التوقيع على الأمر من الشخص المفتوح باسمه الحساب أو ممن له سلطة تشغيله ما دام لأمر التحويل مقابل وفاء لدى البنك، ويتم تنفيذ الأمر بمقدار المبلغ المبين به بقيده في الجانب المدين من حساب الأمر وإضافته الى رصيد المستفيد، ويعتبر الأمر كما لو كان قد سحب من رصيده المبلغ المحوّل وسلّمه المستفيد، والتحويل المصرفي يعد بذلك عملية مجردة منفصلة عن علاقة الأمر بالمستفيد السابقة على إصدار أمر التحويل الذي ترتب عليه التزام بدفع المبلغ المحوّل للمستفيد، ومن ثم فإنّ بطلان التصرف الذي تم على أساسه التحويل المصرفي - وان كان يترتب عليه دعوى الأمر بالدفع في مواجهة المستفيد- إلا أنه لا يؤثر على صحة عملية التحويل وإتمامها"¹⁸.

أما القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة فقد جاء في حكم لمحكمة تمييز دبي جاء فيه: "النص في المادة 380 من قانون المعاملات التجارية مفاده أنّ التحويل المصرفي هو عبارة عن عملية نقل مصرفية تستعمل كأداة أو وسيلة مصرفية لنقل النقود بطريق القيود المحاسبية من حساب إلى آخر وذلك دون الالتجاء إلى تسليم نقود للمستفيد، وهو هذه المثابة يختلف عن كافة أنواع الأوراق التجارية في عناصره ونتائجه ويلتزم المصرف الذي يفتح لديه حساباً للقيام بعمليات تحويل مصرفي بالقيام بهذا العمل كمهني محترف...."¹⁹.

وفي دولة البحرين، جاء في حكم من الأحكام المدنية أنه: "كما أنّ عملية النقل المصرفي أو التحويل الحسابي هي أيضاً في الأصل أداة وفاء على ما أشارت إليه المادة 313 من قانون التجارة ..."²⁰.

المطلب الثاني/شروط عملية التحويل المصرفي الإلكتروني

بعد تلقي المصرف الأمر بالتحويل، يقوم بتنفيذ العملية متى توافرت الشروط

التالية.

الشرط الأول/وجود حسابين

حتى تتحقق عملية التحويل المصرفي الإلكتروني يجب أن يكون لكل من العميل الأمر بالتحويل والمستفيد منه حساب مصرفي، سواء أكان الحسابان في نفس المصرف الموجه إليه الأمر بالتحويل، أو في مصرفين مختلفين، وسواء كان الحسابان عائدين إلى شخصين مختلفين أم إلى شخص واحد²¹. وهنا لا بد أن يكون الحسابان مفتوحين، أما في حالة عدم وجود حساب للعميل الأمر بالتحويل لدى البنك الموجه إليه الأمر، فإنه لا يملك الحق بأن يأمر البنك بإجراء أي تحويل²².

الشرط الثاني/ محل التحويل المصرفي مبلغ من النقود

من الجائز أن يرد التحويل المصرفي على نقل كمية من الأوراق المالية من محفظة الأمر إلى محفظة المستفيد، عندما تكون غير معينة بذاتها أو كانت لحاملها، واستناداً إلى هذا جرت العادة أن ترد عملية التحويل المصرفي على نقود باعتبارها الوسيلة السائدة في الوفاء والأداء²³. لذلك لا بد أن يكون في حساب الأمر بالتحويل رصيد مساوٍ على الأقل للمبلغ المطلوب تحويله، فإذا كان الرصيد أقل من المبلغ المعين في أمر التحويل وكان الأمر موجّهاً من الأمر مباشرة إلى المصرف كان للمصرف رفض تنفيذه على أن يخطر الأمر بذلك²⁴.

الشرط الثالث/ الكتابة في التحويل المصرفي

سار العرف المصرفي على اعتماد الكتابة في إصدار أمر التحويل المصرفي، حيث تعدّ البنوك نماذج مطبوعة تسلّمها إلى عملائها لاستعمالها في إصدار أوامرهم بالتحويل، يقوم العميل بملء فراغات النموذج ويسلم إلى البنك، الذي يحتوي على بيانات جوهرية كاسم المستفيد ورقم حسابه، والأمر بتحويل مبلغ معين، واسم وتوقيع الأمر بالتحويل معززاً برقم حسابه الذي يخص منه المبلغ المطلوب تحويله²⁵.

اشتترطت بعض التشريعات كالتشريع المصري والتشريع الاماراتي والتشريع العماني أن يكون أمر التحويل المصرفي كتابة، وأنها تمنع إصداره لحامله²⁶، فيما ذهب بعض الفقه إلى أنّ شرط الكتابة هي شرط لصحة انعقاد أمر التحويل ولا يجوز أن يكون شفاهة²⁷.

فيما ذهب البعض الآخر إلى أنّ الكتابة في أمر التحويل شرطاً للإثبات²⁸. وقد ذهب البعض الآخر من الفقه أنّ أمر النقل يصدر على شكل مكتوب أو يصدر شفاهة²⁹. أما التشريع الأردني الذي لم يعتبر الكتابة في أمر التحويل المصرفي شرطاً لصحته أو شرطاً لإثباته، حيث نص في المادة (1/6/د) من قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966 على أنه: "1. تعد الاعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية: د. أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة". وبنص هذه المادة إعتبر المشرع أعمال المصارف الخاصة أعمالاً تجارية برية بحكم ماهيتها وبالتالي مثل هذه الأعمال يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات".

تحقق شرط الكتابة في غاية السهولة في العقود التقليدية المكتوبة التي تنظم بطرق غير إلكترونية، لكن في التحويل المصرفي الإلكتروني لا تتوفر صور الكتابة التقليدية، إذ يخلو هذا النوع من التصرفات من وجود ورق مكتوب، إذ يجري هذا التصرف من خلال تبادل رسائل المعلومات الإلكترونية. لذلك فهل من الممكن أن يتحقق هذا الشرط في مثل هذا النوع من التصرفات؟.

للإجابة على هذا السؤال توجد في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001م حيث نصت المادة 7/أ منه على أنّ: "أ. يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للأثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات". والمادة 9/أ من ذات القانون على أنّه: "أ. إذا اتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار إجرائها بوسائل إلكترونية متفقاً مع متطلبات تلك التشريعات

إذا كان المرسل إليه قادراً على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه".

من خلال النصين المتقدم بيانهما نجد أنّ المشرع الأردني قد أعطى الكتابة الإلكترونية ذات الحجية والقيمة القانونية التي تتمتع بها الكتابة الخطية³⁰.

المطلب الثالث/ صور التحويل المصرفي الإلكتروني

تجري عملية التحويل المصرفي في عدة صور بين الحسابات المصرفية على النحو التالي:

أولاً/ التحويل المصرفي الإلكتروني بحسب المستفيد

يتم التحويل المصرفي الإلكتروني من حساب إلى آخر مفتوح بحساب الأمر بالتحويل لدى نفس البنك وهي الصورة الغالبة سواء كانت تلك الحسابات في نفس الفرع أو في فرع آخر لذات البنك³¹، وفي حال إتمام تلك العملية فإنّها تعتبر عملية تحويل داخلية بالنسبة للبنك بالرغم من اختلاف الفرع، لأن كل فروع البنك تعتبر شخصية واحدة، إذ لا يتمتع كل فرع لذات البنك بشخصية مستقلة³². وأهم ما يميّز هذه الحالة، أن أطراف هذه العملية هما اثنان فقط الأمر وهو ذاته المستفيد والبنك.

ثانياً/ التحويل المصرفي الإلكتروني بحسب البنك/البنوك المتداخلة

تتضمّن هذه الحالة صورتان، الأولى تتمثل في التحويل البنكي بين حسابين في البنك الواحد والثانية في التحويل بين حسابين في بنكين مختلفين، ففي الصورة الأولى يقوم البنك بخصم مبلغ الحوالة من حساب العميل الأمر وإضافته إلى حساب المستفيد، حيث يترتب على ذلك نقص جانب حساب الأمر، ليزيد نفس القدر حساب المستفيد مع ثبات مجموع أرصدة البنك³³.

تُعدّ هذه الصورة من أبسط صور الحوالات والأسرع والأكثر استخداماً، حيث تتم هذه العملية في لحظة واحدة، إذ يبدو انعدام الفارق الزمني واضحاً بين عملية الخصم والإضافة عند استعمال القيد في الحاسوب، وفي الصورة الثانية تتمثل بين حسابين مختلفين في بنكين مختلفين، إذ يتم خصم قيمة الحوالة من حساب العميل الأمر ويقوم بالمقابل بنك المستفيد بقيد قيمة الحوالة في حساب المستفيد ومن ثم تتم عملية التسوية بين البنكين بطريق المقاصة³⁴.

وكانت المقاصة الإلكترونية قد دخلت مرحلة إنتقالية بالتزامن مع إدخال نظم تقنية المعلومات في البنوك، وتطبيق نظام التحويل الإلكتروني EElectronic Funds Transfer، ومن أشهر الأنظمة المعمول بها نظام سويفت (SWIFT) وهو نظام دولي لإرسال وتسوية المدفوعات وإجراء المقاصة الآلية بين حسابات البنوك³⁵.

ثالثاً/ التحويل المصرفي الإلكتروني بحسب سرعة التحويل

الميزة الأهم في التعاملات المصرفية الإلكترونية المرنة وسرعة الانجاز، وقد شهد التحويل الإلكتروني للأموال في الآونة الأخيرة تغيراً ملموساً من جانب السرعة بالتحويل، بظهور شركات متخصصة في خدمة الحوالات تمتلك شبكة واسعة من الوكلاء في جميع أنحاء العالم. تربطهم شبكة إتصال واحدة مغلقة، إذ يمكن للمستفيد استلام قيمة الحوالة في ظرف وقت قصير جداً لا يتجاوز البضع دقائق إذا لم يكن ثواني من وقت إصدار أمر التحويل للبنك³⁶، حيث سميت بالحوالة المصرفية الذكية، تحتوي على بيانات تعريفية مشفرة متوافقة مع البيانات المطبوعة ومعلومات المرسل إليه، بهدف علاج مشكلة التزوير، ويمكن صرفها بشكل فوري³⁷. أما الحوالات التقليدية التي تأخذ صور التحويل الإلكتروني للأموال فقد أصبحت تقل يوماً بعد يوم، لأنّ هذا النوع من الحوالات يحتاج إلى وقت أكثر لتصل إلى يد المستفيد نتيجة لطريقة التعامل مع هذا النوع من الحوالات، إذ يتم التعامل معها بطريقة تسلسلية حسب ورودها من البنك المصدر، حيث لا يتم تقديم أي من الحوالات على الأخرى في التنفيذ³⁸.

ومن أهم مزايا العمل المصرفي الإلكتروني إضافة إلى السرعة هو قلة التكلفة، ففي دراسة أعدتها مجلة (Business Week)، فإنّ كلفة إجراء المعاملات المصرفية بواسطة الإنترنت تشكّل نحو (8%) من تكلفتها في حالة استخدام جهاز الصراف الآلي و(3,6%)، في حالة استخدام الهاتف و(0,2%) فقط من كلفة إجراء المعاملة المصرفية من خلال فرع المصرف التقليدي³⁹.

المبحث الثاني/النظريات التي قيلت في عملية التحويل المصرفي الإلكتروني

تعتبر أعمال المصارف أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها، أيّاً كان الشخص المتعامل مع البنك⁴⁰، وبالتالي فالتحويل المصرفي الإلكتروني يُعدّ عملاً تجارياً، هذا وقد اختلفت الآراء

الفقهية حول الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي الإلكتروني، لذلك سوف نبحث في هذا المبحث من خلال مطلبين، الأول النظريات التي استندت لأحكام القانون المدني ونظريات استندت لقواعد القانون التجاري والعرف المصرفي كمطلب ثاني.

المطلب الأول/نظريات استندت لأحكام القانون المدني أولاً/ نظرية حوالة الحق⁴¹

يعود ظهور هذه النظرية الى التقنين الإيطالي والبرتغالي، وقد حظيت بتأييد الفقه الألماني وكانت محل اهتمام الفقه والقضاء الفرنسي⁴².

وقد ذهب بعض الفقه⁴³ إلى أنّ التكييف القانوني لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني هو بمثابة حوالة حق، مما يدعو إلى القول أنّ الرصيد المودع في حساب الأمر يمثل ديناً له في مواجهة البنك، وبالتالي فإنّ الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي، تتمثل في أنّ دين الأمر سينتقل إلى المستفيد، وبما أنّ التحويل المصرفي الإلكتروني يترتب آثاراً قانونية فهو عبارة عن عقد قائم بذاته، لذلك فقد اعتبر أصحاب هذه النظرية التحويل المصرفي الإلكتروني حوالة حق، يكون الأمر بموجبها المحيل والمستفيد هو المحال له والبنك بمثابة المحال عليه⁴⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنّ القانون الأردني لم يأخذ بحوالة الحق، وإنما أخذ بحوالة الدين استناداً إلى الفقه الإسلامي، حيث عرفت المادة (993) من القانون المدني الأردني عقد الحوالة أنّه: "نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"، وبالتالي فإنّ أطراف عقد الحوالة ثلاثة، المحيل والمحال له والمحال عليه، وتطبيق ذلك على التحويل المصرفي يكون الأمر هو المحيل والبنك هو المحال عليه والمستفيد هو المحال له، إذ يصبح البنك هو المدين الجديد للمستفيد بدلاً من المدين الأصلي المحيل⁴⁵. بخلاف المشرع الجزائري الذي أفرد لحوالة الحق فصلاً كاملاً - الفصل الأول - من الباب الرابع إنتقال الالتزام⁴⁶.

وقد تعرّضت هذه النظرية لانتقاد واضح من قبل القضاء المصري، إذ يبدو جلياً من حكم محكمة النقض المصرية بجلسة 9 مايو 2006 جاء فيه ".... بأنّ المقرر في قضاء المحكمة أنّ حوالة الحق هي اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق الأول الذي في

ذمة المحال عليه إلى الثاني ويكفي لانعقادها تراضي المحيل والمحال له – أي الدائن الأصلي والدائن الجديد – دون حاجة إلى رضا المدين المحال عليه، غير أنّ نفاذ الحوالة قبل ذلك الأخير أو قبل الغير تستلزم طبقاً لمؤدى نص المادة 305 من القانون المدني⁴⁷ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – قبول المدين لها فإذا لم يصدر منه قبول للحوالة فإنّها لا تنفّذ في حقه أو في حق الغير إلاّ إذا أعلنت إليه وفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات باعتبار أنّ من شأن ذلك تحقيق مصالح افترض المشرع وجودها ورّتب على توافرها أو تخلفها نفاذ الحوالة أو عدم نفاذها، هذا ويكون نفاذها في حق الغير كنفادها في حق المدين من تاريخ إعلان المدين أو قبوله متى كان هذا القبول ثابت التاريخ ويعدّ غيراً في الحوالة كل شخص كسب من جهة المحيل حقا على الحق المحال به يتعارض مع حق المحال له. وكان من المقرر كذلك وفقاً لما تقضي به المادة 303 من ذات القانون⁴⁸ أنّ الحق الشخصي أيّاً كان محلّه قابلاً للحوالة إلاّ إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام، ينوي في ذلك أن يكون الحق المحال منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو أن يكون حقاً مستقلاً أو متنازعاً فيه سواء كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي، وتعتبر الحوالة نافذة لو كان قبول المدين لها أو إعلانها بها حاصلًا قبل تحقيق الشرط أو حلول الأجل أو وجود الدين أو ثبوته متى كان متنازعاً فيه دون حاجة إلى قبول أو إعلان جديد بعد ذلك⁴⁹.

وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية جاء فيه "...بأنّ حوالة الحق نفاذها في حق المدين من تاريخ قبوله لها، وإعلانه بها أثره حلول المحال له محل المحيل بالنسبة إلى المحال عليه في نفس الحق المحال به، وفي الحالة التي يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها..."⁵⁰.

ثانياً/ نظرية الوكالة

ذهب بعض الفقه⁵¹ إلى القول بأنّ عملية التحويل المصرفي الإلكتروني لا تخرج عن الوكالة، لا سيما عندما يكون التحويل بين حسابين لشخص واحد، بغض النظر سواء كانت هذه الحسابات في بنك واحد أو في بنكين مختلفين، وبذلك تكون أقرب إلى نظرية الوكالة من غيرها من النظريات، فإذا تمّ التحويل من بنك إلى فرع آخر له أو من بنك إلى

بنك آخر فإن كلا البنكين وكيلا أمام العميل، فالبنك الأول ملزم أمام صاحب الحساب بتنفيذ أمر النقل، والبنك الثاني ملزم أمام صاحب الحساب بالإيداع، وكل هذا بناء على توكيل من صاحب الحساب إلى البنك الأول، يقوم بموجبه بنقل مبلغ من المال الموجود في حسابه إلى البنك الثاني.

وكانت المادة (833) من القانون المدني الأردني قد نصت على أنّ عقد الوكالة هو عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام بتصرف قانوني باسم موكله ولصالحه⁵²، بالنظر لما تقدم يتبين لنا أنّ عقد الوكالة يتمتع بخصيصتين أولهما أن محله تصرفاً قانونياً، وثانيهما أنّ التصرفات التي يبرمها الوكيل تضاف إلى الموكل ولصالحه، في حين أنّ البنك عندما ينفذ ما يرتبه عليه عقد التحويل المصرفي فإنه ينفذ عملاً مادياً هو نقل مبلغ الحوالة من الأمر إلى المستفيد وهو ما يقوم به البنك باسمه تنفيذاً للالتزامه الذي ترتب عليه بموجب عملية التحويل المصرفي، وإنّ تصرف البنك بهذه الطريقة يتجاوز التصرفات التي يقوم بها الوكيل باسم والمصلحة موكله.

وكانت هذه النظرية قد تعرضت للنقد أيضاً وهو أنّ البنك عندما يقوم بتنفيذ عملية التحويل فإنه يقوم بها تنفيذاً للالتزامه تجاه الأمر بخدمة حسابه وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد فتح الحساب.

من أبرز ما وجّه لهذه النظرية من نقد أنّ بنك المستفيد لم يكن وكيلاً عن بنك الأمر بل قام بإجراء القيد في حساب المستفيد كخدمة لهذا الأخير، الذي لم تكن بينه وبين بنك الأمر أي علاقة فينبك الأمر يطلب من بنك المستفيد قيد المبلغ في حساب المستفيد بناء على وكالة بين الأمر وبنكه، فإذا لم يستجب بنك المستفيد عندئذ يكون للأمر الحق في مقاضاته⁵³.

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه "....فإنّ ضمان البنك لصالح المستفيد لا يعتبر عقداً بينه وبين جهة العميل (الأمر) والبنك من جهة أخرى، كما لا يعد تنفيذاً لعقد بين العميل (الأمر) والمستفيد وإنّما يلتزم البنك بهذا الضمان التزاماً نهائياً بمجرد وصوله إلى علم المستفيد منه، وبذلك فإنّ البنك في تنفيذه له لا يعدّ نائباً أو وكيلاً عن

العميل (الآمر) والبنك يكونان ملتزمين قبل المستفيد كلّ بدين مستقل ومنفصل عن دين لآخر بحيث يخضع كل منهما للعلاقة التي تنشأ عن دينه....⁵⁴.

وفقاً لهذا الحكم فإنّ البنك لا يعدّ وكيلاً وإنّما أصيلاً في التزامه اتجاه العميل الأمر، وهو ما نجده في أمر التحويل المصرفي، إذ يعتبر البنك أصيلاً في تنفيذ التزامه اتجاه العميل بموجب عقد فتح الحساب ولا يعدّ وكيلاً أو كفيلاً عنه.

أما القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، فقد كان لمحكمة تمييز دبي رأي آخر في نظرية الوكالة، عندما اعتبرت البنك وكيلاً عن العميل عند تنفيذ الخدمات المصرفية ومنها الوفاء بطريقة التحويل أو النقل المصرفي. ففي حكم لمحكمة تمييز دبي جاء فيه ".... المصارف لا تعتبر بأي حال ذات علاقة بعمليات البيع والشراء والعقود التي تسند إليها ولا تتحمّل أية تبعه أو مسؤولية فيما يتعلق بإخلال المشتري بالتزامه بدفع قيمة البضاعة طالما سلّمت المستندات الخاصة للمشتري وفقاً لشروط وتعليمات البائع، حيث أنّ المصرف في تنفيذ الخدمات المصرفية التي يطلبها عميله كتفنيده أوامر الاستيفاء أو الوفاء يكون مجرد وكيل لا يتجاوز دوره تنفيذ المطلوب منه، ومن ثم فليس للعميل أن يقاضي مصرفه أو المصرف المراسل بمقولة إنّه كان بوسعه أن يحث المشتري أو المدين بالوفاء بالتزامه...."⁵⁵.

ثالثاً/ نظرية الإنابة الكاملة

ذهب بعض الفقه إلى القول بأنّ عملية النقل المصرفي ما هي إلّا إنابة كاملة⁵⁶، من قبل الأمر للبنك في وفاء الدين الذي في ذمته للمستفيد بحيث يصبح البنك هو المدين الجديد للمستفيد بقيمة الدين الأصلي. واستناداً إلى ذلك أُطلق على الأمر (المدين الأصلي) وصف المُنيب والبنك وصف المُناب والمستفيد المُناب لديه، ووفقاً لهذا الاتجاه فإنّ الإنابة تؤدي إلى انقضاء دين الأمر بالتحويل في مواجهة المستفيد، ويحلّ محله البنك دين البنك اتجاه المستفيد⁵⁷.

وكان القانون المدني المصري قد عالج أحكام الإنابة في الوفاء باعتبارها أحد سُبُل انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ضمن المواد (359 – 361)⁵⁸، حيث أجازت هذه المواد تجديد الدين الأصلي بتغيير المدين إذا حصل الأخير على موافقة الدائن بأن يلتزم شخص

أجنبي بوفاء الدين مكان المدين، وبناء على هذه الموافقة يصبح المناب هو المدين في مواجهة الدائن ويسقط تبعاً لذلك التزام الدائن الأصلي (المنيب) في مواجهة الدائن إذا كانت الإنابة كاملة.

والإنابة تقتضي وجود ثلاثة أشخاص (1) المنيب وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين إلى الدائن، ومن ثم يسمى منيباً. (2) المناب وهو هذا الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين ليفي الدين إلى الدائن، ومن ثم يسمى مناباً. (3) المناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له الدين ومن ثم سمي مناباً لديه.⁵⁹

هذه النظرية كسابقاتها تعرّضت لبعض الانتقادات منها: أنّ دور البنك محصور بموجب التعهد السابق عند فتح الحساب على إجراء القيد في الجانب الدائن لحساب المستفيد، وكذلك اجتماع أطراف عملية التحويل غير متوفر أثناء عملية التحويل وهو ما يتعارض مع الإنابة. وكذلك عندما يكون حساب الأمر والمستفيد في بنك مختلف عن الآخر فهنا لا تجوز الإنابة لبنك الأمر، لأن الذي يتعهد أمام المستفيد هو البنك الذي يوجد في حسابه وبنك الأمر لا يتعهد بشيء. وكذلك الحال بالنسبة لبنك المستفيد فإنه لا يعتبر مناباً، لأنه لا يتعهد أمام الأمر بأي شيء.⁶⁰

أمّا القانون الأردني فإنه لم يأخذ بفكرة الإنابة في الوفاء، مما يصعد من صعوبة الاستناد إلى هذه النظرية كتكييف للطبيعة القانونية للتحويل المصرفي الإلكتروني، وبما أنّ عملية التحويل المصرفي ترتب آثاراً على أطرافها فإنها تعتبر عقداً وبالتالي تكييف طبيعة مثل هذا العقد يجب أن يستند إلى أحكام موجودة أصلاً في القانون المدني الأردني. ونظراً لخلو القانون الأردني من أحكام خاصة للإنابة في الوفاء فإنه من الصعب الاستناد إلى هذه النظرية عند تحديد الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي⁶¹.

إذن هذه النظرية لا تصلح أن تكون أساساً قانونياً لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني (عملية النقل المصرفي) لأنها لا تتناسب مع طبيعة هذه العملية.

بعد استعراض جميع النظريات الفقهية التي استندت لأحكام القانون المدني لتحديد الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي الإلكتروني، نلاحظ عدم وجود نظرية متفق عليها أو على الأقل تخلو من النقد.

ومع تنامي التجارة الإلكترونية نمواً هائلاً ومتسارعاً في دول العلم الأول وانعكاس ذلك على الكثير من الدول منها الأردن في إجراء المعاملات المصرفية الإلكترونية، ولأنّ أهم ما يميّز القانون التجاري بشكل عام والبيئة التجارية بشكل خاص هو السرعة والائتمان في المعاملات التجارية، ومسايرة تطور العمليات المصرفية، إضافة إلى أنّ العمل المصرفي الإلكتروني يتميّز بالسرعة وقلّة التكلفة⁶²، فإنّ الأخذ بإحدى النظريات المتقدم بيانها كتكييف قانوني لهذه العملية (عملية التحويل المصرفي الإلكتروني) من شأنه أن يعيق غايتها، فهي تهدف إلى التقدم بالجانب الاقتصادي من خلال قيود محاسبية إلكترونية.

المطلب الثاني/نظريات إستندت لقواعد القانون التجاري

على ما يبدو من الصعب الاستناد إلى أي من النظريات المستندة لقواعد القانون المدني، لأنها في مجملها شملها النقد الفقهي أو القضائي، إذ جاءت متنكّرة لطبيعة التحويل المصرفي الإلكتروني، وجوانبها الفنية في عملية تحويل الأموال بطريقة إلكترونية، لذلك فمن الضروري التوجه والبحث في ثنايا قواعد القانون التجاري والعرف المصرفي الذي يتلاءم مع معطيات هذه العملية وأليتها، من خلال الآتي:

أولاً/ التحويل المصرفي عملية واحدة مركبة

في هذا الاتجاه ذهب الفقه الفرنسي وفي مقدمتهم الفقيه "هامل" إلى القول بأنّ عملية التحويل الإلكتروني للأموال عملية واحدة مركّبة مقسّمة إلى عدد من العمليات كل منها لها استقلالها التام عن بعضها البعض، أول هذه المراحل الأمر الصادر من العميل الأمر بالتحويل إلى البنك، والثانية قيام البنك بنقل المبلغ المحوّل من حساب من حساب العميل الأمر إلى حساب المستفيد، والثالثة قيام البنك بإجراء القيود المحاسبية وقيد المبلغ في حساب المستفيد، وفي المرحلة الأخيرة إيداع المستفيد للمبلغ في حسابه لدى البنك الموفي⁶³.

إعتبر أصحاب هذا الاتجاه أنّ البنك يقوم بتنفيذ هذه العملية بزمن قصير جداً، ويترتب على كل جزء منها آثاره القانونية، فبالنسبة للأمر بالتحويل يُعدّ التحويل وفاء لدين في ذمته للمستفيد واستيفاء لدينه لدى البنك، وبالنسبة للبنك المحوّل تُعتبر وفاء بدين في ذمته للأمر ونشوء التزام جديد في ذمته للمستفيد، أما بالنسبة للمستفيد فالعملية

مجرد استيفاء لدينه في ذمة الأمر وإيداع المبلغ الذي تلقاه لدى البنك⁶⁴. وقد تعرّضت هذه النظرية للنقد بالنسبة للمستفيد فإنّه يستوفي حقه بمجرد قيد المبلغ فعلياً في حسابه، وعند تجزئة هذه العملية فلا ينشأ حق للمستفيد على المبلغ المطلوب تحويله إلا بعد القيد الفعلي في حسابه⁶⁵.

ثانياً/ التحويل المصرفي قيد المزدوج

في هذا الاتجاه ذهب بعض الفقه إلى اعتبار التحويل المصرفي عملية شكلية تقوم على فكرة القيد المزدوج، حيث هذه العملية المصرفية مرتبطة بحساب مصرفي تُستخدم لنقل النقود من حساب إلى حساب آخر بطريق القيد بواسطة البنك، فهي عملية مادية شكلية تعادل عملية تسليم النقود، لذلك أطلق عليها "النقود النقدية" أي أنّها وسيلة لنقل النقود عن طريق تغيير القيود، ولكنها طريقة مصرفية حديثة لتسليم النقود يجريها البنك في صورة قيود مادية في الحسابات وكان أصحاب هذا الاتجاه قد ذهبوا إلى اعتبار التحويل المصرفي عملية مصرفية بحثه تستمد أصولها من العرف المصرفي⁶⁶.

أما من الجانب القضائي فكان الاتجاه إلى عملية التحويل المصرفي الإلكتروني عملية مصرفية جديدة تنشأ عن عقد فتح حسابات تخضع لمقتضيات الفن المصرفي، حيث تمّ ابتكارها مع التطور التكنولوجي المستخدم مصرفياً وبنكياً للوفاء بالديون⁶⁷.

المبحث الثالث / مراحل عملية التحويل المصرفي الإلكتروني

يندرج تحت هذا العنوان ثلاث مراحل يمر بها التحويل المصرفي الإلكتروني نبيّها تالياً:

أولاً: إصدار أمر التحويل

وهو ما يعرف بالتوجيه المصرفي التمهيدي لعملية التحويل المصرفي التي يقوم بها البنك بطلب من العميل الأمر صاحب السلطة بتشغيل الحساب، إذ دائماً ما تحرص البنوك على طباعة هذه الأوامر على شكل نماذج يجري إعدادها مسبقاً. وقد يصدره بصورة شفوية أو بالهاتف. معنى ذلك من الممكن أن يكون بالطرق الإلكترونية، حيث نصت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 على أنه: "رسالة المعلومات: المعلومات التي يتمّ إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية

أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

ومن بعده قانون التحويل الإلكتروني للأموال التونسي رقم 51 لسنة 2005 الذي نصّ في الفصل الثاني منه على أن: "يجب على المصدر قبل إبرام العقد المتعلق بتسليم واستعمال أداة التحويل الإلكتروني للأموال كتابيا أو إلكترونيا أن يعلم المنتفع بصفة جليّة ومكتوبة أو بواسطة وثيقة إلكترونية موثوق بها بما يلي: - الشروط القانونية والتعاقد التي تنظم إصدار أداة التحويل الإلكتروني للأموال واستعمالها...". ولكن أغلب التشريعات تشترط أن يكون أمر التحويل مكتوباً⁶⁸. وحتى يعتبر أمر التحويل إلكترونياً لا بد من توفر شروط معينة:

1. أن يكون مضمون أمر التحويل مبلغاً محدّداً أو قابلاً للتحديد

معنى ذلك وضوح مضمون أمر التحويل، إذ من غير الجائز أن يتضمن كلمة حوالياً مبلغ 2000 دولار، أو مبلغ يتراوح من 2000 دولار إلى 2500 دولار، يجب أن يكون محدّداً وقابلاً للتحديد، أي أن يتضمّن تحويل مبلغ 2000 دولار مضافاً إليه الفوائد المستحقة⁶⁹.

2. عدم جواز الشرط في أمر التحويل

معنى ذلك ألاّ يشترط العميل الأمر على البنك الموجه إليه أمر التحويل بعدم تنفيذ هذا الأمر إلاّ إذا قام المستفيد بالوفاء بالتزامه كتسليم البضاعة مثلاً، فإذا ما وضع مثل هذا الشرط فإنّ ذلك يؤدّي إلى عرقلة العملية برمتها.

ثانياً/ تنفيذ أمر التحويل

بعد أن يتلقى البنك الأمر بالتحويل يقوم بتنفيذه على وجه السرعة لأنّ التزامه منبثق عن التزامه العام بعقد فتح الحساب، لكن إذا تأخّر البنك عن التنفيذ أو عدمه لأسباب لا يد له فيها كعدم وجود رصيد أو عدم وضوح المعلومات الواردة في أمر التحويل، فإنّه لا يعدّ مسؤولاً عن التأخير أو الرفض.

لكن إذا قام البنك برفض تنفيذ أمر التحويل الذي توافرت فيه الشروط القانونية التي يقضي بها العرف المصرفي وسبّب ذلك ضرراً كان مسؤولاً عن تعويضه⁷⁰. علاوة على ذلك كان للقاضي أن يأمر بتنفيذه أن يستعين على ذلك بالغرامات التهديدية⁷¹.

ثالثاً/ تبليغ أطراف العلاقة بتنفيذ أمر التحويل

تأتي في المرحلة الأخيرة تبليغ أطراف العلاقة بعد الانتهاء من تنفيذ أمر التحويل، عندها يختار البنك الطريقة التي يبلغ بها العميل بتنفيذ أمر التحويل سواء عن طريق إرسال كشف حساب أو أي طريقة مناسبة يسلكها البنك لهذه الغاية. أو أن يقوم البنك بإشعار المستفيد ب قيد هذا المبلغ بحسابه ليتسنى للمستفيد معرفة حجم السيولة النقدية في حسابه، من أجل القيام بعمليات أخرى، علاوة على ذلك فإن تبليغ البنك للمستفيد يعدّ قبولاً لأمر الدفع وقيده في حساب المستفيد⁷².

المبحث الرابع / إثبات عملية التحويل المصرفي الإلكتروني

القاعدة العامة تقول البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر⁷³، وهي المتبعة في الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات، ولتحقيق ذلك فلا بد من التقيّد بالوسائل القانونية في الإثبات. وعلى محكمة الموضوع متى قدم المضرور لها البيّنة وتمسكّ بدلالته في النزاع المصرفي، إمّا أن تنظر إليها متى كانت هذه البيّنة منتجة في الدعوى، أما إذا عرضت المحكمة عن هذه البيّنة فإنّ ذلك يعدّ قصورا وإخلالاً بحق الدفاع مما يستوجب بطلان الحكم الذي انتهت إليه محكمة الموضوع. ففي حكم حديث لمحكمة النقض المصرية جاء فيه " ... ذلك أنّ المقرّر في قضاء محكمة النقض، أنّه متى قدّم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسكّ بدلالتها فالتفت الحكم عن التحدث عنها كلها أو بعضها مع ما يكون لها في الدلالة فإنّه يكون معيباً بالقصور وأنّ إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها الحكم إذ يعتبر ذلك قصوراً في أسباب الحكم الواقعية ويترتب عليه البطلان"⁷⁴.

لقد اشترط القضاء المصري أن تكون البيّنة منتجة في الدعوى، لكن في حالتنا هذه التحويل المصرفي الإلكتروني لذلك هل من الممكن أن ينسحب ذلك على مستخرجات الحاسوب في الإثبات؟

نظراً للتطور الهائل في استخدام في استخدام تقنية المعلومات الحديثة واستخدام الانترنت في تنفيذ العمليات المصرفية لا سيما التحويل المصرفي الإلكتروني للأموال، فقد ظهرت جهود دولية لقبول هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة في الإثبات، من خلال إصدار

قانون الأونسترال النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة، بعدها ظهر التوجه التشريعي العربي كان أولها قانون المبادلات الإلكترونية التونسي عام 2000⁷⁵.

أما المشرع الأردني فقد منح المستخرجات الإلكترونية القوة في الإثبات عندما نص على ذلك في المادة 92/ب من قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000 على أنه: "ب-على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات أجهزة التلكس" وجاء في الفقرة (ج) من نفس المادة على أنه: "ج-للبنوك أن تحتفظ للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة (ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة) بدلا من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والاشعارات وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها المالية وتكون لهذه الصور المصغرة حجة الأصل في الإثبات"

وكان قانون البيّنات الأردني رقم 37 لسنة 2001 قد أدخل تعديلاً بإضافة المادة 13/3 التي نصت على أنه:

"أ- وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة السندات العادية في الإثبات.
ب- وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما.

ج- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدّقة أو الموقّعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحدا باستخراجها".

ففي قرار محكمة التمييز الأردنية حيث قرّرت: " أن إنشاء وإصدار المخاطبات بواسطة الفاكس التي شاع التعامل بها في العصر الحاضر وعلى الرغم من أن هذه المحرّرات ليست من الأوراق الرسمية بالمعنى الوارد من قانون البيّنات إلا أنّها محرّرات أصبح استعمالها والتخاطب والتعاقد بها شائعاً، وأنّ عدم اكتسابها الصفة الرسمية لا يحتم استبعادها من عداد البيّنات الخطية المنتجة في الإثبات"⁷⁶.

إنّ صياغة المادة (92/ب) من قانون البنوك الأردني تثير تساؤلاً فيما يتعلق بما قرّرته المادة من حجية رسائل التلكس كأدلة في الإثبات في ظل تعديل قانون البيّنات

ليعطي الحجية لرسائل التلكس في الإثبات وفق ضوابط وشروط حددتها المادة (13) من قانون البيّنات، فوفقاً لقانون البنوك فإنّ رسائل التلكس بجميع أنواعها تكون لها الحجية في الإثبات ولا يجوز نقضها إلاّ بإثبات عكس ما ورد بها من بيّنات، وكان قانون البيّنات قد ميّز في الحجية بين رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه وتلك التي لا تشتمل على الرقم السري، وأجاز للمحتج في مواجهته بالرسالة إذا كانت قد خلت من الرقم السري أن يثبت عدم إرسالها لفقدائها الحجية.

وفي تساؤل آخر حول ما ورد في صلب الفقرة (ب) من المادة (92) هو الشروط الواجب توافرها في البيانات الإلكترونية والبيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب المقدّمة كأدلة في الدعوى المصرفية، وما هي الضوابط الواجب مراعاتها لكي يصلح الدليل لإثبات الحق، أنّ ما ورد بنص الفقرة أعلاه جاء عاماً بمنح الحجية لأي وسيلة إثبات وهذه العمومية قد تؤدي إلى هدر العدالة بقبول أدلة لا تتمتع بمصداقية كافية، كما قد تؤدي إلى اصطناع الخصوم لأدلة الإثبات لصالحهم، ويعتبر هذا مخالفاً للقواعد العامة للإثبات، وبما أنّ القاضي لا يستطيع من تلقاء نفسه أن يحدّد شروطاً لقبول البيانات الإلكترونية ما لم يرد نص تشريعي بذلك. فكان من الضروري أن تحدّد الفقرة (ب) من المادة (92) من قانون البنوك الأردني شروط خاصة تتناسب وطبيعة البيانات الإلكترونية بطريقة تؤكّد صدق ما احتوت عليه من بيانات منسوبة إلى الخصم الذي احتج في مواجهته بها وصحة ارتباطها به وتؤكّد عدم وقوع أي تحريف على تلك البيانات بعد تحريرها.⁷⁷

تجدر الإشارة إلى أنّ للتوقيع الإلكتروني والمحرّرات الإلكترونية أهمية بالغة كأدلة في الإثبات لا تقلّ شأنًا عن سابقتها نظراً لما تتميز به من آلية إلكترونية ودقة متناهية، ذات طابع الشفرة السرية المكونة من حروف وأرقام وإشارات أو رموز.⁷⁸

لقد أفرد قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، من خلاله نصوصاً لتعريف هذا التوقيع وقواعده الخاصة وآلية استخدامه حيث نصت المادة (2/1) منه على أنه: التوقيع الكتروني " يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تُستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى

رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات⁷⁹. وعلى ما يبدو أنّ التعريف المتقدم لم يحدّد أنواع التوقيع الإلكتروني المستخدم تاركاً للدول إصدار تشريعات خاصة بتحديد أنواع التوقيع وآلية استخدامه كدليل على شخصية الموقع والتزامه المحرّر الإلكتروني.

وكان قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001⁸⁰، قد عرّف التوقيع الإلكتروني في المادة (2) منه على أنّه: التوقيع الإلكتروني: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقّعها ويميّزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه".

وكان المشرع المصري قد تناول الكتابة الإلكترونية في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 حيث نص في المادة (1/أ) منه على أنه: "أ) الكتابة الإلكترونية: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"⁸¹.

وجاء في المادة (15) من ذات القانون أنّه: " للكتابة الإلكترونية وللمحرّرات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحرّرات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

كما تناول المشرع الفرنسي الكتابة الإلكترونية في المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنّه: "الكتابة تحت شكل إلكتروني يكون لها نفس القوة في الإثبات الممنوحة للكتابة على دعامة ورقية شريطة أن يكون في الإمكان تحديد هوية الشخص الذي أصدرها وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة"⁸².

يتبين من النصوص السابقة أنّ كل من المشرع الأردني والمصري والتونسي والفرنسي قد أخذوا بالكتابة الإلكترونية بمفهومها الواسع ومنحوها الحجية القانونية للكتابة التقليدية للإثبات.

وحتى يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات فلا بد من توافر شروط معينة، فقد جاءت المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 مبيّنة لهذه الشروط: "يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحزرات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

(أ) ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره.

(ب) سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

(ج) إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

هذا وكانت المادة (32/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني قد اشترطت

التوثيق للسجل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني حيث رتب عدم الحجية في الإثبات عند عدم توثيق السجل أو التوقيع⁸³. واعتبر ذات القانون أن التوقيع الإلكتروني موثقاً إذا اتصف بتميزه من حيث الشكل وكفايته للتعريف بالشخص الموقع وأن يكون التوقيع قد تم انشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته وأن يرتبط التوقيع بالسند الإلكتروني بصورة لا تسمح بإجراء أي تعديل على السند بعد توقيعه⁸⁴.

بالنظر لما تقدم تبين أنّ حتى يكون للأسناد الإلكترونية الحجية القانونية في الإثبات

تعادل حجية الأسناد الخطية فلا بد من توافر شرط الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، و من الملاحظ على قانون المعاملات الإلكترونية الأردني أنّه لم يبيّن الطريقة التي يتم فيها تقديم الأسناد الإلكترونية للمحكمة. وكان المشرعين المصري والأردني قد جعلوا من أعمال البنوك أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها بصرف النظر عن صفة العميل الذي يتعامل معها فأنّه يجوز إثبات هذه الأعمال بكافة طرق الإثبات⁸⁵.

خاتمة

في نهاية هذا البحث، يمكننا أن نركز على أهم ما توصلنا إليه من نتائج، ومن ثم سوف نتطرق إلى أهم التوصيات التي تترتب على عملية التحويل المصرفي الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

النتائج .

أولاً: لم يضع قانون التجارة الأردني أي قواعد خاصة تنظم التحويل المصرفي وغيرها من العمليات المصرفية .

ثانياً: يندرج تحت مظلة التحويل الإلكتروني للأموال كل الحالات التي يتم فيها تحريك النقود عن طريق اجراء القيود المحاسبية بالخصم من حساب العميل الأمر والإضافة إلى حساب آخر سواء لنفس العميل أو لشخص آخر في نفس البنك أو في بنك آخر .
ثالثاً: منح قانون البيانات الأردني وسائل الاتصال الحديثة حجبة في الإثبات تعادل الحجبة الممنوحة لوسائل الإثبات الأخرى المنصوص عليها فيه .

رابعاً: سار قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ما جاء به قانون البيّنات ووسّع من نطاق الوسائل الإلكترونية المقبولة كأدلة في الإثبات، وكان المشرع المصري والتونسي والفرنسي قد أخذوا بالكتابة الإلكترونية بمفهومها الواسع أيضاً ومنحوها الحجبة القانونية للكتابة التقليدية للإثبات .

التوصيات.

أولاً: على قانون التجارة الأردني أن يتولى معالجة النقص التشريعي بإضافة نصوص تتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال تمشياً مع عصر التجارة الإلكترونية .

ثانياً: على المشرع الأردني عند معالجة النقص التشريعي وإعادة تنظيمه أن يستعين ببعض القوانين كالقانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال والتقنين التجاري الموحد الأمريكي، إضافة إلى ما استقر عليه الفقه والقضاء والعرف المصرفي بهذا الخصوص .

ثالثاً: على قانون المعاملات الإلكترونية الأردني أنه يحدّد طريقة تقديم الأسناد الإلكترونية للمحكمة .

رابعاً: العمل على جمع كافة الأحكام المتعلقة بالتحويل الإلكتروني للأموال في قانون واحد بدلاً من النصوص المتناثرة في عدة قوانين كقانون البنوك وقانون المعاملات الإلكترونية.

الهوامش

- ¹ - قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001م والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 4524 تاريخ 2001/12/31م على الصفحة رقم 6010.
- ² - قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000م، والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 4448 تاريخ 2000/8/1م على الصفحة رقم 2950.
- ³ - قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (1910) الصادر بتاريخ 1966/3/30م على الصفحة رقم (472).
- ⁴ - قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر في 1999/5/17م.
- ⁵ - الأمر رقم 11/03 المؤرخ في جمادى الثاني عام 1424هـ الموافق 26/أوت/2003 المتعلق بالنقد والقرض، الكتاب الخامس الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52.
- ⁶ - الصادر في الجريدة الرسمية رقم 63 لسنة 1998م، والمعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 60 لسنة 2000م.
- ⁷ - نظم قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 18 لسنة 1993 أحكام التحويل المصرفي في الفصل الثاني منه ضمن المواد (380 – 389).
- ⁸ - المادة الرابعة من التقنين التجاري الموحد الأمريكي (Uniform Commercial Code) بشأن تحويل الأموال .1989.

Article 4A — 104 of the UCC (Uniform Commercial Code) Which Prescribe

(a) "**Funds transfer**" means the series of transactions, beginning with the originator's payment order, made for the purpose of making payment to the beneficiary of the order. The term includes any payment order issued by the originator's bank or an intermediary bank intended to carry out the originator's payment order. A funds transfer is completed by acceptance by the beneficiary's bank of a payment order for the benefit of the beneficiary of the originator's payment order".

⁹ - المادة الثانية من القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال الصادر عن لجنة الأمم المتحدة (الاونيسترال) عام 1992.

Article 2 of the UNCITRAL Model Law On International Credit Transfers, 1992

(a) "Credit transfer" means the series of operations, beginning with the originator's payment order, made for the purpose of placing funds at the disposal of a beneficiary. The term includes any payment order issued by the originator's bank or any intermediary bank intended to carry out the originator's payment order. A payment order issued for the purpose of effecting payment for such an order is considered to be part of a different credit transfer."

- ¹⁰- د.علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الكتاب الثاني، النقل أو التحويل المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط/4، 2008، ص158.
- ¹¹- د. جلال وفاء مجدين، التحويلات المصرفية الإلكترونية من الوجهة القانونية (دراسة في القانون الأمريكي والقانون النموذجي للأمم المتحدة)، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، ج/1، العدد الثاني، 2007، ص230.
- ¹²- وارد في محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني(دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2006، ص34 وما بعدها. لتفصيل هذه الفكرة، انظر. د. عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك (طبقاً للأنظمة القانونية في المملكة العربية السعودية)، مكتبة الشقري، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2010، ص362.
- ¹³- د. معي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، الجزء الأول، ط/3، 2001، ص198.
- ¹⁴- د. محمود أحمد إبراهيم شرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي للفترة من 10-12 مايو 2003م، المجلد الأول، الجزء الأول، ص17.
- ¹⁵- د. نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2007، ص184.
- ¹⁶- د. عزيز العكيلى، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، عمان، الأردن، 2010، ص34
- ¹⁷- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 8695 لسنة 65 جلسة يوم الخميس 24 يناير سنة 2008.
- ¹⁸- الطعن رقم 1855 لسنة 60 ق تاريخ 1993/5/24، مكتب في 44 محكمة النقض المصرية، منشور على الموقع الإلكتروني .www.Eastlaws.com شبكة المعلومات القانونية العربية.
- ¹⁹- الطعن رقم 123 لسنة 2003 ق جلسة بتاريخ 2003/5/31م محكمة تمييز دبي.
- ²⁰- الطعن رقم 77 لسنة 1996 جلسة بتاريخ 1996/10/27م، البحرين، الأحكام المدنية إثبات.
- ²¹- د. عزيز العكيلى، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص245 وما بعدها. في تفصيل هذه الفكرة انظر سليمان عبد الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012م، ص82.
- ²²- سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال، مرجع سابق، ص82.
- ²³- سليمان ضيف الله الزين، مرجع سابق، نفس المصدر.
- ²⁴- د. عزيز العكيلى، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص254.
- ²⁵- د. عزيز العكيلى، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص253.

- ²⁶ - المادة 329 من قانون التجارة المصري الجديد، المادة 380 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993، المادة 364 من قانون التجارة العماني رقم 55 لسنة 1990.
- ²⁷ - محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، مرجع سابق، ص 94.
- ²⁸ - د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، مرجع سابق، ص 401.
- ²⁹ - د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، 2007، ص 767.
- ³⁰ - في تفصيل هذه الفكرة انظر محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، مرجع سابق، ص 96، وسليمان ضيف الله الزبن، التحويل الإلكتروني للأموال، مرجع سابق، ص 85.
- ³¹ - المادة 2/380/ب من قانون التجارة الإماراتي التي نصت على أن:
- "(٢) ويجوز بوساطة هذه العملية إجراء ما يأتي:
- ب) تحويل مبلغ معين من حساب لأخر كلاهما مفتوح باسم المصرف التحويل لدى المصرف ذاتها ولدى مصرفين مختلفين."
- ³² - المادة (91) من قانون البنوك الأردني "تعتبر فروع البنك في المملكة ومكاتبه الخاصة بإدارة هذه الفروع بنكاً واحداً لغايات هذا القانون". وقد أشار قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006 في المادة 2\371 حيث نصت على أن "نقل مبلغ معين من حساب إلى آخر كلاهما مفتوح باسم الأمر بالنقل لدى البنك ذاته أو لدى بنكين مختلفين."
- ³³ - حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2003، ص 61. في تفصيل هذه الفكرة، انظر د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، طبعة 1992، ص 24 وما بعدها.
- ³⁴ - د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (المجلد الرابع) عمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثالثة، 2014، ص 413. د. عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص 362.
- 35- The Internet and Financial Services, A CEFT Report A practical Guide, Center for the study of Financial Innovation, London, 1997, p.24.
- ³⁶ - من أشهر شركات التحويل في العالم التي توفر هذا النوع من الحوالات ويسترن يونيون (Western Union)، موني جرام (Money Gram)، سبيد كاش (Speed Cash).
- ³⁷ - موسى العامري، المستند الذكي، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي للفترة من 10-12 مايو 2003م، المجلد الأول، الجزء الأول، ص 2413.
- ³⁸ - رانيا صبيحي محمد عذب، العقود الرقمية في قانون الانترنت، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012، ص 238.

³⁹ - "Internet Banking" Business Week, Op. cit. p43.

- 40- المادة (6/د) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966م التي نصت على أنه: "1- تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها أعمال تجارية برية:
د. أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة".
- 41- حوالة الحق، هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.
- 42- انظر في ذلك مجلة القانون والأعمال الموقع الإلكتروني:-
<http://www.droitentreprise.org/web/?p=288>
- 43- د. سعد يحيى، الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي ارتباطاً بمفهوم النقود القيودية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987م، ص 5. د. نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الإلكترونية E-Banking & E-money، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 2007، ص 187. وحوالة الحق، هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.
- 44- نورا صباح عزيز الجزراوي، أثر استعمال النقود الإلكترونية على العمليات المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، عمان، منشورة على الانترنت، 2011م. ص 82.
- 45- محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، مرجع سابق، ص 40.
- 46- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1976 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. الفصل الأول (حوالة الحوق) من الباب الرابع انتقال الالتزام المواد من 239 – 250.
- 47- المادة 305 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 التي نصت على أن "لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ"
- 48- المادة 303 من القانون المدني المصري التي نصت على أ، -: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام. وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".
- 49- محكمة النقض المصرية، القاهرة، الطعن رقم 526 لسنة 68 ق، 2702 لسنة 68 ق، 878 لسنة 72 ق، 905 لسنة 72 ق في جلس في 9 مايو 2006، غير منشور موجود في قسم الحفظ في المحكمة.
- 50- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 9363 لسنة 66 ق، جلسة 1998/6/11.
- وفي ذات المعنى الحكم لمحكمة القضا المصرية، الطعن رقم 606، لسنة 43 ق، جلسة 1978/4/19 جاء فيه "....مفاد المواد 315، 321 من القانون المدني أن حوالة الدين تتحقق إما باتفاق بين المدين الأصلي، والمحال عليه الذي يصبح بمقتضاه مديناً بدلاً منه ولا ينفذ في مواجهة الدائن بغير إقراره، وإما باتفاق بين الدائن والمحال عليه بغير رضا المدين الأصلي....".
- 51- د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 233 وما بعدها.
- 52- المادة (833) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 نصت على أن: "الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"

- ⁵³ - سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال، مرجع سابق، ص 93.
- ⁵⁴ - الطعن رقم 130 لسنة 71 ق، جلسة 2009/2/12، محكمة النقض المصرية، غير منشور.
- ⁵⁵ - الطعن رقم 451 لسنة 1999 ق، جلسة 1999/2/14 مكتب فني 10 حكومة دبي للأحكام المدنية، منشور على الموقع الإلكتروني www.Eastlaws.com شبكة المعلومات القانونية العربية، قوانين الشرق، المجموعة الدولية للمحاماة والاستشارات القانونية LGLC مكتبة أحكام المحاكم العربية العليا 2004.
- ⁵⁶ - د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، بدون طبعة، ص 261. د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري- الأوراق التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص 359.
- ⁵⁷ - محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، مرجع سابق، ص 38.
- ⁵⁸ - المادة 359 من القانون المدني المصري التي نصت على أن:
- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. (2) ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي. والمادة 360 التي نصت على أن:-
- "(1) إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا، كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة.
- (2) ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول
- والمادة 361 التي نصت على أن:
- " يكون الالتزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره. يقابل هذه النصوص المواد (405 - 407) من القانون المدني السوري.
- ⁵⁹ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجز الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص 763.
- ⁶⁰ - سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال، مرجع سابق، ص 95.
- ⁶¹ - محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، مرجع سابق، ص 40.
- <http://www.Law.Indiana.edu/fcli/pubs/v51/no2/hoganmac.pdf> taken from CLIFFORD 62-CHANCE. The internet: identifyin, and managing legal Risks online, 1999, p2
- 63-Hamel, J., Lagarde, G, et Jauffret, A. 1966 Traite' de droit commercial. T. 2. Paris, Dalloz. No.1735.&Gavalda. C. et stoufflet, J. 1974 Droit de la banque, Paris, PUF No.350.
- ⁶⁴ - محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، مرجع سابق، ص 34.
- ⁶⁵ - د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مرجع سابق، ص 230.

- 66- د. سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص23. د. علي البارودي، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس وعمليات البنوك والعقود التجارية، بيروت، 2001، ص385. د. عزيز العكيلى، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، مرجع سابق، ص360.
- 67- الطعن رقم 5769 لسنة 75 قضائية جلسة 24 يونيو 2008.
- 68- المادة 329 من قانون التجارة المصري الجديد. المادة 380 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي. المادة 354 من قانون التجارة الكويتي
- 69- سليمان عبد الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، مرجع سابق، ص105.
- 70- Hamel, J., Lagarde, G, et Jauffret, A. 1966 Traite' de droit commercial. T. 2. Paris, Dalloz. No.228
- 71- د. فائق محمود الشماع، الحساب المصرفي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص290. كذلك د. طالب حسن موسى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص280.
- 72- سليمان عبد الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، مرجع سابق، ص110.
- 73- المادة (77) من القانون المدني الأردني.
- 74- الطعن رقم 2409 لسنة 78 ق جلسة 1/8/2009.
- 75- قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية الجزء 2.
- 76- تمييز حقوق رقم 1998/395 تاريخ 1998/4/29 منشورات مركز عدالة.
- 77- محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، مرجع سابق، ص136.
- 78- X. Linant, Internet et Ipreure des actesjuridiques, Expertises, 1997. P.7.
- 79- القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(2001).
- 80- قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001 المنشور على الصفحة 6010 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4524 بتاريخ 31/12/2001
- 81- المادة(1/أ) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.
- 82- د. يوسف حسن يوسف، العقود التجارية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2012، ص85.
- 83- المادة (32/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية الاردني التي نصت على أنه: "ب. إذا لم يكن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني موثقاً فليس له أي حجية".

84- المادة (31) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التي نصت على أنه: "إذا تبين نتيجة تطبيق إجراءات التوثيق المستخدمة أنها معتمدة أو مقبولة تجارياً أو متفقا عليها بين الأطراف فيعتبر التوقيع الإلكتروني موثقاً إذا اتصف بما يلي :

- أ. تميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة .
- ب. كان كافياً للتعريف بشخص صاحبه .
- ج. تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته .
- د. إرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع."

85- المادة (1/69) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1997 حيث نصت على أنه: "1- يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيأ كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك". كذلك المادة (92) من قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000 سبق الإشارة إليها.

أحكام الأجنبي في الفقه الإسلامي

Dr. TRIKI FARID
Département Droit Privé
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques Université A. Mira Bejaia
06000 Bejaia –Algérie

د.تريكي فريد
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

يترتب على دخول الدولة الإسلامية في علاقات ومبادلات مختلفة مع غيرها من الدول، أن يدخل إقليمها أفراد غير المواطنين الأصلاء للإقامة فيها بشكل مؤبد أو مؤقت، ويرمون جملة من التصرفات القانونية تمنحهم أوضاعاً قانونية محددة. وقد حاولت في هذه الدراسة أن أتعرض للنظام القانوني لهذه الفئة من خلال بيان مفهوم الأجنبي وتمييزه عن المصطلحات الأخرى، وانتقلت بعدها للتطرق إلى الجهة القضائية التي تنظر في قضايا الأجانب والقانون الواجب التطبيق عليهم، وكذا القيود الواردة على معاملاتهم مع ترجيح الرؤى الفقهية المتناسبة مع واقعنا المعاصر.

الكلمات الدالة

الأجانب، مفهوم الأجنبي، المواطنين، الإقامة، الدولة الإسلامية.

The provisions governing the foreign in Islamic doctrine

summary

The Islamic state, like other countries, has relations and exchanges with other states, and this requires the existence of foreign residents of an eternal or temporary basis on its territory. They conclude a number of legal acts that put them in specific legal situations.

In this study I referred to the legal status of that class to answer a few issues such as: the concept of foreign and its distinguishing from other words, the competent judicial authority and the law applicable to foreigners, all in referring to Islamic doctrine.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/01/25 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/04/12 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Keywords

Islamic state, foreigners, Islamic doctrine, territory.

Résumé

l'État islamique, Comme d'autres pays, a des relations et des échanges avec d'autres états, et cela exige l'existence des étrangers sur son territoire. Ces étrangers résident sur son territoire d'une façon éternelle ou temporaire. Ces derniers concluent un certain nombre d'actes juridiques qui les mettent dans des situations juridiques spécifiques.

Dans cette étude je me suis référé au statut juridique de cette catégorie pour répondre a quelques problématiques telles que : le concept de l'étranger et sa distinction d'autres termes, l'autorité judiciaire compétente et la loi applicable aux étrangers , tout cela en se référant a la doctrine islamique.

Mots clés

étranger, doctrine islamique, le concept de l'étranger, l'État islamique,

مقدمة

أقام الفقه الإسلامي علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول الأخرى على أسس من السلم والأمن والعدل والتعايش المشترك، كما لم توصل الدولة الإسلامية أبوابها في وجه الأجانب عنها، بل أتاح فقهاء الإسلام لغير المسلمين الدخول في الدولة الإسلامية ومنحهم حق الإقامة بها إقامة مؤبدة عن طريق عقد الذمة، أو مؤقتة عن طريق عقد الأمان. وكفل الإسلام لغير المسلم كافة الحقوق والحريات فاعترف له بإنسانيته وبشخصيته القانونية، حيث مكّنه من التعامل مع غيره من المسلمين والذميين في الدولة الإسلامية وهكذا وجدت فعلا علاقات قانونية ذات طابع دولي، أي مشتملة على عنصر أجنبي، وذلك من خلال معاملة المستأمن الأجنبي مع المسلم والذمي في دار الإسلام، وفي دار الحرب، وكذلك بين مستأمن ومستأمن آخر في دار الإسلام.

من ناحية أخرى، إمكانية تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، إذ أباح الإسلام لغير المسلمين أن يتحاكموا إلى قوانينهم وشرائعهم الخاصة في الدولة الإسلامية في ظل قاعدة "أمرنا بتركهم وما يدينون". وسأحاول من خلال هذا المقال التعرض لأهم الأحكام المتعلقة بالأجنبي في الدولة الإسلامية، انطلاقا من توضيح مفهومه وتحديد أساس التفرقة

بينه وبين المواطن وكذا مدى اختصاص القضاء الإسلامي بقضايا الأجانب ونوع القانون الواجب التطبيق عليها.

أولاً: مفهوم الأجنبي

إنّ لفظ الأجنبي في الفقه الإسلامي لا يُستخدم كمرادف لغير المسلم بصفة مطلقة، كما لا يُستخدم مغايراً لكلمة "مسلم"، وهذا يعني أنه ليس كل "غير المسلمين" أجنبي عن الدولة الإسلامية.

ونُشير إلى أنّ غير المسلمين على اختلاف أصنافهم يمكن تقسيمهم، باعتبار علاقتهم بالدولة الإسلامية، إلى الفئات التالية¹:

- الذميّون: وهم غير المسلمين الذين يُقيمون بصفة دائمة في الدولة الإسلامية بناء على عقد ذمة. والرأي الراجح في الفقه الإسلامي أنهم من مواطني الدولة الإسلامية.

- المستأمنون: وهم غير المسلمين الذين يدخلون الدولة الإسلامية بمقتضى عقد الأمان، دون أن يكون لهم حق الإقامة الدائمة، وهم ليسوا من أهل دار الإسلام ولا من أفراد شعب الدولة الإسلامية، ويُعتبرون أجنبي بالنسبة للدولة الإسلامية².

- المعاهدون: هم سكان دار العهد، التي هي في الأصل "دار حرب" تغيرت صفتها الشرعية بدخولها مع دار الإسلام في عهد يلتزم فيه الطرفان بعدم الاعتداء واستمرار حالة السلم التي أوجدها العهد إلى أجل³. والمعاهد كذلك يُعتبر أجنبياً عن دار الإسلام.

- الحربيون: الحربي هو غير المسلم من سكان دار الحرب، وليس معنى كونه حربياً أنه حلال الدم والمال، فهو مجرد اصطلاح باعتبار توقع الحرب بين دار الحرب ودار الإسلام⁴، مع بقاء الأصل في استمرار علاقة الدولة الإسلامية بهؤلاء هو السلم حتى يوجد داعي الحرب. والحربيون في نظر الفقه الإسلامي أجنبي بالنسبة للدولة الإسلامية.

وبناء على ما سبق فغير المسلمين جميعاً على اختلاف أصنافهم، مع اتفاقهم في كونهم غير مسلمين، إلا أنّ من يتمتع بجنسية الدولة الإسلامية هم الذميّون فقط، أما من عداهم من غير المسلمين فهم أجنبي بالنسبة للدولة الإسلامية مهما كانت صفتهم، أي سواء كانوا مستأمنين أو معاهدين أو حربيين⁵.

من خلال ما سبق يمكن تعريف الأجنبي بأنه: «غير المسلم الذي لا يرتبط بالدولة الإسلامية برابطة الإقامة الدائمة أو التوطين المستفاد من عقد الذمة». وهذا يتحقق وصف "الأجنبي" بالنسبة للدولة الإسلامية في حق كل غير المسلمين الذين لا يرتبطون بها بعقد الذمة، ويستوي بعد ذلك كونه مستأمنًا أو معاهدًا أو حربيًا، وغير المسلم لا يخرج عن كونه أحد هذه الأصناف.⁶

ثانياً: أساس التفرقة بين الوطني والأجنبي

عرف الفقه الإسلامي الجنسية كأداة أو معيار لتكوين عنصر الشعب في الدولة الإسلامية، إلا أنّ الفقهاء المعاصرين اختلفوا في الأساس الذي تُبنى عليه الجنسية الإسلامية، وبالتالي في أساس التفرقة بين مواطني الدولة الإسلامية والأجانب عنها. ويمكن ردّ هذا الخلاف إلى مذهبين:

1- المذهب الأول: يرى أنصاره أنّ أساس التفرقة بين الأجنبي والوطني هو العقيدة الإسلامية، وبناء على هذا الرأي، يعتبر الإسلام عقيدة دينية ورابطة سياسية في آن واحد. هذا الرأي يربط بين الدين وفكرة الجنسية في الفقه الإسلامي.⁷ والدين الإسلامي كما يربط الفرد بربه روحياً فهو يربطه سياسياً بالدولة الإسلامية. وكان للدين الإسلامي ما للجنسية الآن في الدولة الحديثة.⁸ ويترب على هذا المبدأ أنّ المسلمين وحدهم هم الذين يتمتعون بالجنسية الإسلامية، وبعبارة أدقّ فإنّ مدلول الأجنبي في الدولة الإسلامية يعتبر مرادفاً لـ "غير المسلم".

2- المذهب الثاني: طبقاً لهذا المذهب فإنّ أساس التفرقة بين الوطني والأجنبي في الفقه الإسلامي ليس هو الدين وحده، فالإسلام ليس ديناً فحسب، ولكنّه شريعة كذلك، فهو ينظم علاقة الفرد وخالقه، وهذا واضح في جانب العبادات وقضايا التوحيد، وأيضاً ينظم المعاملات بين الأفراد والعلاقات بينهم وبين الحكام. كما ينظم الروابط بين الدولة الإسلامية وبين غيرها من الدول. فهو من هذه الناحية ينظم ما يسمى بالجنسية كرابطة بين الدولة الإسلامية وأفراد شعبيها. وإذا كان الفقه الإسلامي اعتمد على العقيدة كرابطة بين المسلمين والدولة الإسلامية، إلا أنّها ليست الأساس الوحيد للجنسية الإسلامية.⁹

الرأي الراجح إنّ الفقه الإسلامي لم يجهل فكرة الجنسية بالمعنى المعروف في القانون الوضعي وإن لم يطلق عليها مصطلح الجنسية¹⁰. كما أنّ أساس التفرقة بين الأجنبي والوطني في الفقه الإسلامي، يعتمد أساساً على اعتناق الإسلام لتوحيد الوطنيين الأصلاء. وأنّ هناك أساس آخر للتمييز بينهما يتمثل في الإقامة الدائمة في دار الإسلام والتزام أحكامه بمقتضى عقد الذمة¹¹. فالجنسية الإسلامية هي وسيلة انتساب لا إلى الأمة الإسلامية، بل إلى الدولة الإسلامية. وهي لا تعتمد على الدين وحده، بل يمكن أن تعتمد على التوطن في دار الإسلام، بحيث تشمل المسلم وغير المسلم خاصة "الذمي".

ثالثاً: مدى اختصاص القضاء الإسلامي بقضايا الأجانب

إنّ التعرّض إلى مسألة نظر القاضي في الدولة الإسلامية لقضايا الأجانب يتطلّب التمييز بين فرضين:

- **الفرض الأول:** أن يكون في الدعوى طرف مسلم، وفي هذه الحالة يختص القاضي المسلم بنظر الدعوى، طالما كان أحد المتخاصمين مسلماً، فالولاية القضائية العامة هنا ثابتة، ويجب على القاضي الحكم بينهما سواء كان الطرف الثاني ذميّاً أو مستأمناً، وسواء كان موضوع الدعوى نكاحاً أو غيره، وسواء ترافعا كلاهما، أو ترافع أحدهما فقط، وسواء كان المسلم مدعيّاً أو مدّعاً عليه، فيجب على القاضي الحكم لإنصاف المسلم إذا كان مظلوماً، وردّه عن ظلمه إذا كان معتدياً، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء¹²، فاختصاص المحاكم في الدولة الإسلامية بالقضايا التي يكون أحد الخصوم فيها مسلماً هو اختصاص إلزامي¹³.

- **الفرض الثاني:** إذا كان طرفاً الدعوى غير مسلمين، فالمسألة خلافية بين فقهاء الإسلام. وبالتأمل في آرائهم يتبين أنّه يمكن ردّها إلى اتجاهين:

- **الأول أنّ القاضي المسلم مخيّر بين الحكم بينهم أو الإعراض عنهم لقوله تعالى:** "فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً"¹⁴.

- **الثاني أنّ القاضي يجب عليه الحكم بينهم.** هذا بالنسبة لدعاوى غير النكاح وما يتعلّق به. أمّا في دعاوى النكاح -قضايا الأحوال الشخصية- فلا يجبر القاضي على الحكم بينهم، بناء على أنهم يُقرّون على أنكحتهم وما يتعلق بعقيدتهم، وهو رأي الحنفية وفيه كثير من الصواب.

- غير أنّ الرأي الذي رجّحه الفقه الغالب، هو القائل بوجود الحكم بين غير المسلمين ذويين كانوا أو مستأمنين، متى ترفعوا إلى القاضي المسلم دون اشتراط رضا الخصمين في الترفع إلى القاضي المسلم، بل يكفي رفع أحدهما الدعوى لوجوب الحكم فيها. الخلاصة أنّها بالنسبة لمدى حق الأجانب في الالتجاء إلى القضاء في الدولة الإسلامية، ومدى ولاية القضاء الإسلامي عليهم تحكّمه قاعدتان جوهريتان:

القاعدة الأولى: لهم ما لنا وعليهم ما علينا

تحكم العلاقة بين غير المسلمين والدولة الإسلامية قاعدة "لهم ما لنا وعليهم ما علينا"، ومقتضاها أن يلتزم غير المسلم بأحكام وقوانين وتقاليد البلد الذي يتواجد فيه، وبالتالي يخضع لقضاء هذا البلد جنائياً كان أم مدنياً، مثله في ذلك مثل المسلم سواء بسواء. وهذه القاعدة مأخوذة عن الرسول -عليه الصلاة والسلام-، فقد رُوي أنّه لما غزا سلمان المشركين من أهل فارس قال: كُفّوا حتى أدعوهم كما كُنت أسمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يدعوهم، فاتأهم فقال: «إنا ندعوكم إلى الإسلام، فإن أسلمتم فلکم مثل ما لنا وعليكم مثل ما علينا، وإن أبيتم فأعطونا الجزية وأنتم صاغرون...»¹⁵. ومن تطبيقات هذه القاعدة حرمة الدم والمال والعرض ومباشرة التصرفات التي تسمح بها شرائع أهل الكتاب، والحق في العمل والتجارة والضمان الاجتماعي وتولي الوظائف العامة في الدولة الإسلامية.

- القاعدة الثانية: أمرنا بتركهم وما يدينون أو يعتقدون

من معانيها ألا يكلف غير المسلم بما له صفة تعبدية أو دينية في نظر الإسلام، مثل الجهاد والزكاة، وليس للحاكم المسلم أن يمنعهم ممّا أحله لهم دينهم وقد حرّمه الإسلام مثل شرب الخمر وأكل الخنزير، ولا يتدخل القاضي المسلم في ما يعتقدون حلّه من قضايا الأحوال الشخصية -الزواج والطلاق والميراث والوصية وغير ذلك-، فالمجوسي الذي يتزوج إحدى محارمه، واليهودي الذي يتزوج بنت أخيه لا يتدخل الإسلام في شؤونهم هذه ماداموا يعتقدون حلّها، وذلك لصلّة المسائل المتعلقة بأحكام الأسرة بأصل الدين وذلك من منطلق المحافظة على حرّيتهم الدينية¹⁶. وهذا يُعتبر إقراراً لقاعدة إسناد بالمعنى الفتيّ لتلك التي تعرفها القوانين الوضعية المعاصرة¹⁷.

للتدليل على ما كان لأهل الذمة من محاكم خاصة يحتكمون إليها إن شاءوا، وإلا لجأوا إلى القضاء الإسلامي، يقول المؤرخ الغربي "آدم ميتز" في كتابه عن الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري: "ولمّا كان الشرع الإسلامي خاص بالمسلمين فقد خلّت الدولة الإسلامية بين أهل الملل الأخرى وبين محاكمهم الخاصة بهم. والذي نعلمه من أمر هذه المحاكم أنّها كانت محاكم كنسية. وكان رؤساء المحاكم الروحيون يقومون فيها مقام كبار القضاة أيضا. وقد كتبوا كثيرا من كتب القانون. ولم تقتصر أحكامهم على مسائل الزواج، بل كانت تشمل -إلى جانب ذلك- مسائل الميراث وأكثر المنازعات التي تخصّ المسيحيين وحدهم ممّا لا شأن للدولة به. وعلى أنّه كان يجوز للذميّ أن يلجأ إلى المحاكم الإسلامية. ولم تكن الكنائس بطبيعة الحال تنظر إلى ذلك بعين الرضا. ولذلك ألف الجاثليق تيمونيوس -حوالي عام 200 هجرية حوالي 800 م- كتابا في الأحكام القضائية المسيحية لكي يقطع كلّ عذر يتعلّل به النصارى الذين يلجأون إلى المحاكم غير النظرية بدعوى فقدان القوانين المسيحية..... وفي عام 120 هـ -738 م- ولّى قضاء مصر خير بن نعيم، فكان يقضي في المسجد بين المسلمين ثمّ يجلس على باب المجلس بعد العصر على المعارج فيقض بين النصارى..... ثمّ خصّ القضاة للنصارى يوما يحضرون فيه إلى منازل القضاء ليحكموا بينهم. حتى جاء القاضي محمد بن مسروق -الذي ولّى قضاء مصر عام 177 هـ- فكان أوّل من أدخل النصارى في المسجد ليحكم بينهم..... أمّا في الأندلس، فعندنا من مصدر جدير بالثقة أنّ النصارى كانوا يفصلون في خصوماتهم بأنفسهم ولم يكونوا يلجأون للقاضي إلاّ في مسائل القتل"¹⁸.

رابعا: قيد النظام العام

اعترفت الدولة الإسلامية بحقوق أهل الذمة فبلغ الفقه الإسلامي حدّا كبيرا من التسامح مع الأجانب، إذ ترك لهم الحرية كاملة فيما يتعلّق بقضايا أحوالهم الشخصية بأن يتحاكموا بشأنها إلى قضاة منهم، وفي هذا ضمان لنفاذ الأحكام واحترام حجيتها وفعاليتها، بشرط عدم تعارض شريعة غير المسلمين مع النظام العام في الدولة الإسلامية. فلا يتعدّى شرّها إلى المسلمين ولا تُحدث لهم فتنة بحيث تمسّ بالأسس الاجتماعية والروحية والاقتصادية لدولة القاضي المسلم¹⁹. ويمكن أن أشير في هذا الإطار إلى أمثلة

عن بعض القضايا التي تتصادم مع فكرة النظام العالم في الدولة الإسلامية والتي تتمثل فيما يأتي:

- إباحة إنشاء أسر وحيدة الجنس بالسماح بزواج المثليين.
- منع تشريع الطلاق بشكل كامل.
- السماح بنظام المخادنة وحمايته قانونا.
- العيب بالأنساب عن طريق إقرار نظام تأجير الأرحام واستخدام مخابر السائل المنوي وإشاعة التبني.

خامسا: مدى جواز ولاية الأجانب على قضاياهم الخاصة

نعني بالقضايا الخاصة تلك التي تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإسلامي-كأصل عام، فهل تكون لهؤلاء الأجانب بشأنها ولاية قضائية في الدولة الإسلامية أم لا؟ وماهي جهة الإختصاص بالنسبة لهذه المسائل؟ وذلك إذا افترضنا عدم ترافعهم إلى القاضي المسلم. يمكن إجمال خلاف الفقهاء في مدى تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين في اتجاهين:

1- مذهب الجمهور ويمثله الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية ويرون أنه لايجوز تولية غير المسلم القضاء في الدولة الإسلامية ولو كان بين غير المسلمين، وصرح بذلك الشافعية والظاهرية²⁰.

لقد استدلل الجمهور على مذهبهم بالكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: "قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون"²¹. ووجه الاستدلال أن الكافر لو وُي القضاء لجاز تنفيذ حكمه الذي قضى به وهذا يتعارض مع الصغار المنصوص عليه في الآية. وعليه فلا يجوز تقليده القضاء.

ومن السنة ما روي عن الرسول -عليه الصلاة والسلام- قوله "الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه"، فتولية الكافر القضاء في الدولة الإسلامية ولو على مثله دلالة أن له ولاية فيما وهذا ينافي محتوى الحديث.

2- مذهب الحنفية: ذهب الأحناف إلى جواز تقليد الكافر القضاء بين غير المسلمين، ولو يشترطوا في توليه الإسلام، وقد استدلوا بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض"²². فقد أفادت الآية الكريمة أنّ للكفار ولاية لبعضهم على بعض، ويشمل هذا القضاء أيضا.

كما استدلوا من المعقول بقياس القضاء على الشهادة، فكما يصحّ للذميّ أن يشهد على ذميّ مثله يصحّ له أن يقضي على ذميّ كذلك.

من خلال ما سبق، ورغم قوّة أدلّة الجمهور، إلّا أنّي أرجح مذهب الأحناف في جواز تقليد غير المسلم القضاء بين غير المسلمين، وإن لم يكن ذلك بوصف القضاء فيمكن تحقيقه بوصف التحكيم بينهم، فطالما منحناهم الحرّية في عدم الترافع إلى القاضي المسلم فهذا يستلزم وجود جهة تتولّى الفصل في نزاعاتهم الخاصة. وحتى لا تكون هذه الهيئة القضائية المخوّلة لهم مستقلة داخل الدولة الإسلامية، وحرصا على تكريس مبدأ وحدة القضاء في دار الإسلام، فإنّ لهم ولاية التحكيم المؤسسة على رضا الخصوم فإذا لم يتحقّق هذا الشرط يسقط التحكيم وتبقى الولاية للقضاء الإسلامي.

سادسا: القانون الواجب التطبيق على الأجانب في الدولة الإسلامية

لا خلاف بين الفقهاء على أنّ القاضي المسلم لا يجوز أن يحكم بغير أحكام الشريعة الإسلامية، سواء كان ذلك بين المسلمين أو بين غيره المسلمين، رعايا أوجانب. فالقاضي المسلم حيثما حكم لا يحكم إلّا بشريعة الله تعالى²³. وهذه القاعدة تستند إلى نصوص القرآن الكريم، ونذكر منها قوله تعالى: "وأنزلنا إليك الكتاب بالحقّ مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيّنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عمّا جاءك من الحقّ لكلّ جعلنا منكم شرعة ومنهاجا"²⁴. وقوله أيضا: "وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك"²⁵. وقوله أيضا: "...وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إنّ الله يحبّ المقسطين"²⁶.

تفيد هذه الآيات صراحة وجوب الحكم بما أنزل الله، أي بالشريعة الإسلامية دون سواها²⁷. وهذا يعني أنّ مجرد اختصاص القضاء الإسلامي بحكم النزاع فإنّ الاختصاص التشريعي يثبت لقواعد الفقه الإسلامي، أي أنّ هناك تلازم بين الاختصاص القضائي

والاختصاص التشريعي للفقه الإسلامي، لكن هذا لا يعني أنّ الفقه الإسلامي يعتنق مبدأ الإقليمية المطلقة، حيث يترك الأجنبي وما يعتقدون في قضاياهم الخاصة إلا أنّ القاضي المسلم لا يطبقها هو، إذ أنّهم يتركون بشأنها إلى رؤسائهم في الملة أو الدين.²⁸

خاتمة

يعتبر الأجنبي من مواطني الدولة الإسلامية وهو في نظر الفقه الإسلامي إنسان معصوم النفس والمال، حرّيته مصونة وحقوقه مكفولة وتجعله في مصاف المواطنين الأصلاء، وإنّ الحقوق التي أقرّها الإسلام للأجانب تفوق بكثير ما حصل عليه هؤلاء بمقتضى التشريعات الوضعية، أي في معاهدات أو وثائق عالمية بشأن حماية حقوق الإنسان أو على المستوى الداخلي في قوانين الدول. ويترب على ذلك أنّ للأجنبي شخصية قانونية كاملة تجعله أهلاً للتعاون كغيره من المواطنين، يبرم التصرفات المالية المختلفة، بالإضافة إلى حقّه في التصرفات المرتبطة بأحواله الشخصية كالزواج وغيره في الدولة التي يوجد فيها وهو أجنبي عنها.

الهوامش

- ¹ د. سامي الميداني، الحقوق الدولية الخاصة، مطبوعات مكتب النشر العربي، دمشق، 1938، ص 198.
- ² د. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، ط2، مؤسسة الرسالة، 1988، ص 55-56.
- ³ السيد عبد الحافظ عبد ربّه، فلسفة الجهاد في الإسلام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1972، ص 224 وما بعدها.
- ⁴ تكلم فقهاء الإسلام عن التقسيم الثنائي للعالم إلى دار للإسلام ودار للحرب وتكلم بعضهم عن تقسيم ثلاثي أضاف إلى سابقه ما أطلق عليه دار العهد. حيث أقاموا تقسيماتهم تلك على أساس النظر إلى النطاق المكاني لتطبيق الدين الإسلامي والملتزمون بأحكامه. فمتى كان هذا النطاق إسلامياً وظهرت فيه الدعوة وطُبقت فيه أحكام الشريعة وعلا شأن المسلمين وقوى جانبهم وكانت السيادة لهم فالإقليم إسلامي أو دار للإسلام، بصرف النظر عمّا إذا كان سكان الإقليم من المسلمين أم من غير المسلمين، وما إذا كان المسلمون أغلبية أو أقلية. وعلى ذلك كانت تُعرف دار الإسلام بأنّها جملة الأقاليم التي تُطبّق فيها أحكام الإسلام ويأمن جميع من فيها بالأمان الذي يتمتع به المسلمون. أمّا إذا كان الأمر على عكس ذلك بحيث تظهر أحكام الشرك وتكون السيادة لغير المؤمنين بالله ورسوله فالإقليم حينئذ إقليم غير إسلامي أو دارا للحرب. أمّا عن دار العهد فكان المقصود بها تلك الاقاليم التي دخلت مع دار الإسلام في معاهدات تؤمن بها نفسها وشعوبها. انظر:- د. صلاح الدين جمال الدين، النظام القانوني للجنسية في الدولة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 20-21.
- ⁵ د. رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 224-225.

- 6 المرجع نفسه، ص 225.
- 7 د. صوفي حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، الطبعة 5، دار النهضة العربية، 2006، ص 29، 30.
- 8 د. أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، 1989، ص 65.
- 9 د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، الجزء 1، الطبعة 1، د.د.ن، 1988، ص 70.
- 10 د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 51، 52.
- 11 د. رمزي محمد علي دزاز، مرجع سابق، ص 232.
- 12 د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 462؛ د. محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 125.
- 13 د. أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص المقارن، مرجع سابق، 1989، ص 142.
- 14 سورة المائدة، الآية 42.
- 15 أبو يوسف، الخراج، المطبعة السلفية، 1302هـ، ص 207.
- 16 محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي، د.ت.ن، ص 62.
- 17 د. أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص 154.
- 18 نقلا عن ديوسف القرضاوي، غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، ط4، مكتبة وهبة، القاهرة، 2005، ص 44 في الهامش رقم 2.
- 19 د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، ج1، دراسة مقارنة، ط1، 1988، ص 425.
- 20 الماوردی، الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، 2006، ص 111؛ ابن حزم، المحلى، ج9، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص 362.
- 21 الآية 29 من سورة التوبة.
- 22 الآية 51 من سورة المائدة.
- 23 د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 474.
- 24 الآية 48 من سورة المائدة.
- 25 الآية 49 من سورة المائدة.
- 26 الآية 42 من سورة المائدة.
- 27 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، دار الفكر، 1995، ص 153؛ الرازي، التفسير الكبير، ج11، دار الغد العربي، 1992، ص 231.
- 28 د. محمد علي دزاز، مرجع سابق، ص 288.

النظام القانوني للبعثات الدبلوماسية الدائمة*

(دراسة مقارنة على ضوء اتفاقيتي فيينا: للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، ولتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975)

Dr. OUKIL Mohamed Amine
Département des Enseignements de Base
en Droit
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia –
Algérie

د. أوكيل محمد أمين
قسم التعليم الأساسي للحقوق
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

تتمثل الدولة في علاقاتها الدولية سواء مع غيرها من الدول أو مع المنظمات الدولية عن طريق بعثاتها الدبلوماسية الدائمة، غير أنّ النظام القانوني لهذه البعثات يخضع لاتفاقيتين مختلفتين هما: اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 الخاصة بنظام التمثيل الدبلوماسي بين الدول، واتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975، بيد أنّ ملاحظة هاتين الاتفاقيتين تُظهر جانبًا كبيرًا من التشابه في الأحكام القانونية المنظمة لوضع البعثات الدائمة، سيما في مجال الإعتماد وإدارة العلاقات وممارسة الوظائف، الأمر الذي يثير التساؤل عن حدود التماثل والإختلاف بين الوضع القانوني للبعثات المعتمدة لدى الدول مقارنة بالبعثات المعتمدة لدى المنظمات الدولية، سيما وأنّ طبيعة المنظمة الدولية تختلف عن طبيعة الدول فضلاً عن إختلاف أطراف العلاقة التمثيلية في نظام التمثيل الدبلوماسي بين الدول مقارنة بنظام التمثيل لدى المنظمات الدولية.

الكلمات الدالة

بعثات دائمة، أنماط التمثيل الدبلوماسي، قواعد الأسبقية، الاعتماد المشترك.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 24/02/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 03/03/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 03/05/2015.

Legal regime of diplomatic missions.

(Comparative paper pursuant 1961 and 1975 Vienna's conventions about states relationship and of state representation towards Organizations.)

Summary

At international relationship, either with States or Organizations, States are represented, by their permanent diplomatic missions.

Thus, the legal scheme of these missions refers to two Conventions : Diplomatic relationship Vienna Convention of 1961 and of 1975.

The first, about States relationship, the second, about representation with international organizations.

These Conventions have many similarities, particularly in relationship patterns that deals with and inquires about the limits of similarities and differences of legal regime of these missions that are accredited at States, in comparison with those accredited at International Organizations.

Key words

permanent missions – Multiple accreditation – Protocole regulation.

Résumé

Les États se représentent dans leur relations internationales, à la fois avec d'autres États ou organisations internationales, par le biais de ses missions diplomatiques permanentes.

Cependant, le système juridique de ces missions est soumis à deux accords différents : la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, qui régit les relations diplomatiques entre les États, et la Convention de Vienne pour la représentation des États aux organisations internationales de 1975, mais ces conventions contiennent des similitudes dans l'organisation des dispositions juridiques des missions permanentes, en particulier dans le domaine de la gestion des relations et l'exercice des fonctions, qui pose la question sur les limites de similitudes et les différences entre le statut juridique des missions accréditées auprès des États par rapport aux missions accréditées auprès des organisations internationales, d'autant plus que la nature de l'organisation internationale est différente de la nature des États

mots clés

les missions permanentes, l'accréditation multiple, les règles de protocoles.

مقدمة

تعتبر البعثة الدبلوماسية مرفقاً عاماً من مرافق الدولة، تكمن مهمتها في إدارة شؤونها الخارجية، وهي بهذه الصفة جهاز العلاقات الدولية والأداة الرئيسية للتمثيل والاتصال وتأمين المصالح بين الدول وبقية أشخاص القانون الدولي الفاعلة بالمنظمات الدولية.

وقد دفع رواج ظاهرة المنظمات الدولية وازدياد دورها في العلاقات الدولية و اتّسع نطاقها التمثيلي مع الدول، هيئة الأمم المتحدة إلى العمل على تقنين قواعد تمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية العالمية¹ من خلال عقد مؤتمر دولي في فيينا لإحقيق هذا الغرض، صدر عنه في 13 مارس² 1975) إتفاقية تمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية، و ذلك على غرار ما قامت به بشأن تقنين قواعد التبادل الدبلوماسي بين الدول في مؤتمر فيينا للأمم المتحدة المتوجّج باتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961.

وإن كانت اتفاقية فيينا لعام 1961، تنظّم قواعد تبادل التمثيل الدبلوماسي الثنائي بين الدول فقط، فإنّ اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لسنة 1975، تُنظّم علاقات دبلوماسية ثلاثية الأطراف تدور محاورها بين دولة مُرسِلة ومنظمة دولية ودولة مضييفة، بيد أنّ مراجعة نصوص هذه الاتفاقية يكشف عن قدر كبير من التماثل في الأحكام النازمة لوضع البعثات الدائمة التي تعتمدها الدول لدى المنظمات الدولية، مقارنة بالأحكام القانونية المتعلقة بوضع البعثات الدائمة التي تتبادلها الدول في علاقاتها البيّنية استناداً لاتفاقية فيينا لسنة 1961، لا سيما في مجال أجهزة التمثيل وأنماط الاعتماد وممارسة الوظائف، بل أنّ الدول تُعتمد أحياناً في الممارسة الدولية للعلاقات الدبلوماسية إلى إيفاد بعثة دبلوماسية واحدة تتمثل بها في آن واحد لدى منظمة دولية، ولدى دولة مقر هذه المنظمة في إطار علاقتها الثنائية معها.

ونظراً للاختلاف الثابت الذي يُمليه تمايز الطبيعة القانونية لكل من الدولة والمنظمة الدولية من جهة، واختلاف أشخاص العلاقة التمثيلية ومسارها في نظام التمثيل الدبلوماسي لدى المنظمات الدولية مقارنة بنظام تمثيل الدول فيما بينها من جهة ثانية، يثور التساؤل عن حدود التماثل والتباين بين الوضع القانوني للبعثات الدائمة للدول لدى

المنظمات الدولية استنادًا لإتفاقية 1975 ذات الصلة، والوضع القانوني للبعثات الدائمة التي تعتمد الدول فيما بينها في إطار إتفاقية فيينا لعام 1961؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية نُقسّم الدراسة إلى محورين: نُبيّن في الأول قواعد تنظيم البعثات الدبلوماسية الدائمة، بينما نتعرّض في الثاني لوظائف البعثات الدبلوماسية الدائمة والقيود الواردة عليها

المحور الأول/قواعد تنظيم البعثات الدبلوماسية الدائمة

بوصفها جهاز تمثيل الدول فيما بينها أو لدى المنظمات الدولية³ تقتضي دراسة القواعد التنظيمية للبعثات الدائمة معالجة قواعد تكوينها (أولاً) ثم قواعد بدء عملها الدبلوماسي وأنماط مُباشرته وطرق انتهائه (ثانياً).

أولاً/ تكوين البعثات الدبلوماسية الدائمة

لدراسة تكوين البعثات الدبلوماسية ينبغي تحديد القواعد القانونية التي تحكم إنشاء هذه البعثات بدءاً بتبيان الحق في إنشاء البعثات الدبلوماسية ثم تحديد مقر إقامتها وأخيراً تعيين أعضائها.

1/ الحق في إنشاء البعثات الدبلوماسية

يخضع إنشاء البعثات الدائمة لدى المنظمة الدولية لشروطين أساسيين: يتمثّل الأول في سماح القواعد المطبّقة داخل المنظمة بإنشاء بعثات دائمة لديها⁴، لكن إنشاء هذه البعثات لا يُشكّل التزاماً على الدولة المنتسبة بالعضوية لدى المنظمة⁵، وبالمقابل فإنّ إنشاء بعثة لدى المنظمة ليس حقاً تلقائياً تتمتع به الدولة العضو في المنظمة، لارتباطه بمدى إجازة قواعد المنظمة له⁶، حيث يتم إنشاء هذه البعثات وفقاً لشروط عامة ومجردة خالية من أي تخصيص أو تقدير لوضع الدول أو ظروفها⁷.

أما الشرط الثاني فيتمثل في قيام المنظمة الدولية بإخطار الدولة المضيّفة (دولة المقر بإقامة البعثة الدبلوماسية قبل المُضيّ الفعلي لإنشائها، حيث أنّ الدولة المُرسلة ليست ملزمة بإرسال الإخطار المذكور للدولة المضيّفة⁸، مثلما هو الحال بالنسبة لتبادل البعثات بين الدول⁹ فإنشاء بعثة دبلوماسية لدى المنظمة الدولية يتم بعمل انفرادي من

جانب الدولة المرسلة، بمراعاة حدود عمل المنظمة وقواعدها، دون الضرورة للتراضي على ذلك مع دولة مقر المنظمة، ذلك أن تمثيل الدولة المرسلة لدى المنظمة يُرتب صلة بينها وبين المنظمة فقط¹⁰، وبعثة هذه الدولة تكون معتمدة لدى المنظمة وليس لدى دولة المقر. بينما يختلف الأمر كليّة بالنسبة لحق إنشاء بعثات دبلوماسية لدى الدول، الذي يرتبط بشرطين أساسيين: يتمثل الأول في التراضي المتبادل حسب ما تنص عليه المادة الثانية من اتفاقية 1961 والذي بموجبه تتم إقامة العلاقات الدبلوماسية برضا الطرفين، ويترتب عنه تلقائياً حق لكل منهما بإنشاء بعثته الدبلوماسية على إقليم الطرف الآخر، وهذا بخلاف حق إنشاء البعثة الدبلوماسية لدى المنظمة الدولية المرتبط بمدى إجازة قواعد المنظمة له، فضلاً على أنه لا يُعتدّ بوضع الدولة بكونها عضواً في منظمة ما أن لها حقاً تلقائياً في إنشاء بعثة لدى هذه الأخيرة كما هو الحال بالنسبة لحق إنشاء البعثات الدائمة لدى الدول.

أما الشرط الثاني فيرتبط بقاعدة الاعتراف، فالاعتراف الدولي عنصر ضروري لإنشاء البعثات الدبلوماسية لدى الدول¹¹، فليس من المنطقي تبادل بعثات دبلوماسية بين دولتين لا تعترف إحداها بالأخرى، نظراً لانصراف غاية إقامة التمثيل الدبلوماسي بين الدول أساساً لتعزيز العلاقات الودية بينها، لذلك يقوم حق إنشاء البعثات على سبق وجود اعتراف بالكيان القانوني المعني بالعلاقة الدبلوماسية¹²، كما يُفصي قطع هذه العلاقة لاحقاً إلى إنتفاء ضرورة بقاء البعثات المتبادلة، وهذه الشروط و النتائج تختلف تماماً بالنسبة لإقامة البعثات الدبلوماسية لدى المنظمات الدولية: ذلك أن عنصر الاعتراف أو قطع العلاقات الدبلوماسية أو غيابها ليست من قبيل شروط إقامة البعثات مطلقاً¹³ نظراً لاختلاف الطبيعة القانونية لكل من الدولة والمنظمة الدولية، فضلاً عن كون هذه الشروط لا تُؤثّر على العلاقة القائمة بين الدولة المرسلة والدولة المضيفة، فعسوية الدولة في المنظمة الدولية لا يُشترط فيها الاعتراف بدولة مقر المنظمة ولا تُشكّل في الوقت ذاته إعترافاً منها بهذه الدولة أو حتّى بالدول الأعضاء في المنظمة، كما أن غياب علاقات دبلوماسية بين الدولة المرسلة ودولة المقر لا يُؤثّر على الوضع القانوني للدولة المرسلة في المنظمة الدولية¹⁴.

2/ مقر البعثة الدبلوماسية الدائمة

يكون مقر البعثة الدبلوماسية لدى المنظمة الدولية من حيث المبدأ في المكان الذي يوجد فيه مقر المنظمة¹⁵، غير أنه يجوز للدولة المرسله أن تُنشئ مقر بعثتها أو مكتباً لها في مكان غير ذلك الذي يوجد فيه مقر المنظمة شرط أن تسمح بذلك قواعد المنظمة، مع ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من دولة مقر المنظمة¹⁶، ويجوز للبعثة المعتمدة لدى المنظمة الدولية إستعمال علم وشعار دولتها على الأماكن التابعة لها¹⁷، ويسري هذا الحق كذلك على رئيس البعثة فيما يتعلّق بمسكنه والوسائل التي يستخدمها في تنقلاته. وتجب الإشارة أنّ الدولة المضيفة تلتزم بتقديم كافة التسهيلات اللازمة للبعثة من أجل اقتناء المقر المناسب لها والمسكن الملائمة لأعضائها، لكن في حدود الامكانيات المتوفرة لديها، ومن جانب آخر تلتزم المنظمة الدولية كذلك بمساعدة البعثة الدبلوماسية للحصول على هذه التسهيلات من دولة المقر¹⁸.

أما بالنسبة لمقر البعثة المعتمدة لدى الدول، فقد خلت اتفاقية 1961 ذات العلاقة من أي نص يُلزم الدول بتحديد مكان إقامة بعثاتها، على خلاف مقر البعثات لدى المنظمات الدولية الذي يكون أصلاً في مكان مقر المنظمة، بحيث يسري عرفاً في الممارسة الدولية لتبادل البعثات الدبلوماسية بين الدول، أن يُتفق على إقامة مقر البعثات في عاصمة الدول¹⁹، وذلك من خلال البيان السياسي المشترك لإقامة العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين الذي يُعدّ بمثابة إتفاقية لإنشاء هذه العلاقات.

أما فيما يتعلّق بمفهوم مقرات البعثة فهو نفسه بالنسبة لمقر البعثات لدى المنظمة الدولية، حيث تشمل هذه التسمية المباني والأجزاء الملحقة بها بغض النظر عن مالكها، المستخدمة لأغراض البعثة بما في ذلك منزل رئيسها²⁰، وتمتّع هذه المقرات بحق رفع شعارات دولة البعثة على غرار ما تتمتع به البعثات لدى المنظمة الدولية، غير أنّ الإلتزام بتقديم التسهيلات للحصول على هذه المقرات يختلف بحسب نوع البعثات المعتمدة: حيث يقع على الدولة المضيفة واجب تقديم كافة التسهيلات الضرورية لاقتناء هذه المقرات بالنسبة للبعثات المعتمدة لدى الدول²¹، بينما يشترك في هذا الإلتزام، علاوة عن دولة المقر، المنظمة الدولية التي تحرص على ضمان تقديم هذه التسهيلات للبعثات

المعتمدة لديها²² ومن جهة أخرى فإنّ الدولة المضيفة تحرص على إيجاد الإقامات اللائقة للبعثة ولرئيسها إذا كانت علاقة التمثيل قائمة بين الدول فقط ، نظرا لخضوع هذه العلاقة لمبدأ المعاملة بالمثل²³ بينما تلتزم دولة مقر المنظمة بمساعدة الدولة المرسلّة في الحصول على المقار اللازمة لعمل البعثة ولكن بشروط معقولة تتحدّد حسب استطاعة وظروف هذه الدولة.

3/ تعيين أعضاء البعثة الدبلوماسية

للدولة المرسلّة مطلق الحرية في اختيار أعضاء بعثتها الدبلوماسية لدى المنظمة الدولية وليس هناك ما يلزم من سبق موافقة المنظمة أو دولة المقر على هذا التعيين²⁴ ولا يرد على حق الدولة في تعيين أعضاء بعثتها أي قيد²⁵ وتقوم الدولة المرسلّة بإخطار المنظمة الدولية بتعيين وصفة أعضاء البعثة ووصولهم ومغادرتهم النهائية وكل تغيير يطرأ على وضعهم العملي²⁶ غير أنّها لا تُلزم بإعلام دولة المقر بمثل هذه الإخطارات، حيث تنوب عنها المنظمة في إتمام هذا الإجراء.

أمّا بالنسبة لقواعد تعيين أعضاء البعثات الدبلوماسية لدى الدول، فهي مغايرة لأحكام تعيين أعضاء البعثات لدى المنظمة الدولية ، حيث نجد اتفاقية 1961 تُلزم الدولة الموفدة بالحصول على موافقة الدولة المضيفة المسبقة على تعيين مبعوثها لديها، بحيث تقتزن إجراءات تعيين أعضاء البعثة بسبق قبول الدولة المضيفة لهم حتّى يتم تعيينهم رسمياً بهذه الصفة أعضاءً في البعثة²⁷ وهذا على خلاف إجراءات تعيين أعضاء البعثة الدائمة لدى المنظمة الدولية التي تُعفى فيها الدولة المرسلّة من سبق الحصول على موافقة المنظمة الدولية أو دولة المقر على تعيين أعضاءها لدى المنظمة. ونشير إلى أنّ الدولة الموفدة ملزمة بإخطار وزارة خارجية الدولة المضيفة بتاريخ وصول أعضاء البعثة أو مغادرتهم لأقاليمها أو أي عارض يمس وضعهم القانوني²⁸ ، على عكس إجراءات التعيين لدى المنظمة الدولية، أين تكون الدولة المرسلّة ملزمة بإخطار المنظمة الدولية وليس دولة المقر.

ثانياً/ إدارة البعثات الدبلوماسية الدائمة

تقتضي دراسة إدارة البعثات الدائمة تحديد القواعد المتعلقة ببدء التمثيل الدبلوماسي للبعثة وأنماط التمثيل الذي تمارسه هذه البعثات وأساليب انتهائه.

1/ بدء التمثيل الدبلوماسي للبعثة الدائمة

من الثابت في نطاق التمثيل الدبلوماسي بين الدول أنّ بداية العمل الرسمي بين الدولة الموفدة والدولة المضيفة يتحدّد اعتباراً من تاريخ اعتماد رئيس البعثة أي من يوم تقديمه لأوراق الاعتماد إلى الجهة الرسمية المتّفق عليها في الدولة المضيفة²⁹، وحيث لم تشترط اتفاقية 1961 صدور أوراق الاعتماد من جهة معيّنة بالذات كما لم تشترط تقديمها إلى جهة محددة بالذات³⁰، وتركت الأمر مفتوحاً على توافق إرادتي الدولتين المعنيتين، فإنّ العرف الدبلوماسي يستقر في تنظيم هذه المسألة بحسب درجة رئيس البعثة المزمع اعتماده³¹، فإن كان رئيس البعثة من درجة "سفير" أو "وزير مفوض" فإنّ أوراق اعتماده تُوقّع من طرف رئيس الدولة الموفدة وتوجه مباشرة إلى رئيس الدولة المضيفة، أما إذا كان رئيس البعثة من مرتبة "قائم بالأعمال" فإنّ وثائق اعتماده تصدر من وزير خارجية الدولة الموفدة ويقدمها القائم بالأعمال عند وصوله إلى الدولة المضيفة إلى وزير خارجيتها³².

وعلى هذا الأساس، يتضح لنا أنّ أسلوب الاعتماد يتوقّف على درجة التمثيل المتبادل بين الدول، وبصرف النظر عن مستوى هذا التمثيل، فإنّ بداية عمل البعثة تتحدّد من تاريخ اعتماد رئيسها.

أمّا بالنسبة لقواعد بدء تمثيل البعثات الدائمة لدى المنظمات الدولية، فهي مرتبطة كذلك باعتماد رئيسها، بيد أنّ إجراءات اعتماد رئيس البعثة تنتهج أساليب مغايرة لتلك المتبعة بين الدول، حيث لا يُعتدّ في التمثيل الدائم لدى المنظمة بمراتب رؤساء البعثات نظراً لعدم وجود مراتب أصلاً لرؤساء هذه البعثات، علاوة عن استحالة إعمال مبادئ المعاملة بالمثل بين الدولة المرسلّة والمنظمة المعتمد لديها، مثلما هو الحال عليه في قواعد التمثيل الدبلوماسي بين الدول التي تقوم أساساً على التماثل في درجات التمثيل وإجراءاته، ولذلك يكون خلو اتفاقية 1975 من تحديد مراتب رؤساء البعثات

وجمهاً، لغياب عامل التماثل في الطبيعة القانونية بين الدولة و المنظمة الدولية. وفي هذا الإطار، نجد الاتفاقية المذكورة قد جعلت حق إصدار خطاب الاعتماد مُتاحاً لكل من رئيس الدولة أو وزير الخارجية أو أي سلطة في الدولة تجيزها قواعد المنظمة³³، كما يُلاحظ أيضاً أنّ اتفاقية 1975 قد خلت من تحديد طريقة لتقديم الخطاب والجهة المسؤولة عن استلامه، غير أنّ أصول الممارسة الدبلوماسية تقضي بأن يقوم الأمين العام للمنظمة الدولية باستلام أوراق اعتماد رؤساء البعثات الدائمة لدى المنظمة³⁴، ما دام يُمارس هذا الاختصاص بالنيابة عن المنظمة الدولية طبقاً للقواعد المعمول بها في نطاقها.

2 / أنماط التمثيل الدبلوماسي الذي تمارسه البعثات الدائمة

يُعدّ الأسلوب الأكثر اكتمالاً لممارسة العلاقات الدبلوماسية بين الدول في إيفاد كل دولة بعثة دائمة لدى الدولة الأخرى، بيد أنّ اتفاقية 1961 لم تكتف بتنظيم هذا الشكل من التبادل الدبلوماسي فحسب، بل عمدت إلى فسخ المجال أمام الدول لاعتماد أنماط أخرى من التمثيل بهدف مساعدتها على تخطّي عوائق هذا الأخير لجهة التكاليف التي يتطلّبها³⁵ ولتيسير العمل أمام الدول التي تجمعها وحدة المصالح والأهداف المسطرة في سياساتها الخارجية.

وقد سايرت اتفاقية 1975، أنماط التمثيل المقررة في اتفاقية 1961، ويظهر ذلك

وفق ما يلي:

يُمكن للدولة الموفدة اعتماد رئيس بعثة لها عند عدّة دول أخرى في آن واحد³⁶ ما لم تقم إحدى هذه الدول المعتمد لديها بالاعتراض على ذلك، وعندها تكون للدولة الموفدة بعثة دبلوماسية مقيمة في دولة معينة، تمثّلها لدى هذه الدولة ولدى دولة أو دول أخرى مجاورة لها مثلاً، ويُعرف هذا النمط بالتمثيل المتعدد³⁷ « L'accréditation multiple »، ومن جهتها أخذت اتفاقية 1975 بنفس هذا الأسلوب، فقد حدّدت الفقرة الأولى من المادة الثامنة منها أحكام التمثيل المتعدّد حيث يجوز بموجبه للدولة المُرسلة اعتماد نفس الشخص بوصفه رئيس بعثتها لدى منطمتين أو عدة منظمات في آن واحد، وأكد أنّ هذا الاعتماد مقرون بعدم اعتراض قواعد المنظمات المعنية عليه قياساً على شروط إنشاء البعثات لدى المنظمة الدولية الخاضعة لقواعد هذه الأخيرة مثلما سبق توضيحه.

ويجوز للدولة الموفدة أن تعتمد بعثة واحدة لتمثيلها لدى دولة أخرى ولدى منظمة دولية في نفس الوقت³⁸ حيث تكون البعثة الدبلوماسية للدولة المعتمدة لدى الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً، ممثلة لها في نفس الحين لدى هيئة الأمم المتحدة، ويُعرف هذا النمط بالتمثيل المختلط «L'accréditation mixte»، أما لجهة التمثيل الدبلوماسي لدى المنظمات الدولية فإنّ هذا النمط من التمثيل غير وارد في اتفاقية 1975 ذات الصلة، حيث تخلو الاتفاقية من أي نص صريح يُجيز ذلك، غير أنّ هذا لا يُفهم إطلاقاً بأنه حظر لنمط التمثيل المختلط الوارد في اتفاقية 1961، حيث نصّت المادة الرابعة من اتفاقية 1975 على أنّ أحكام هذه الاتفاقية لا تخلّ إطلاقاً بتطبيق الاتفاقيات الدولية النافذة بين الدول أو بين الدول والمنظمات الدولية، ولمّا كانت اتفاقية 1961 تجيز للدول اعتماد بعثاتها لدى الدول ولدى المنظمات الدولية في نفس الوقت³⁹ فإنّه لا يوجد ما يحول دون تطبيق هذا التمثيل لدى المنظمة الدولية، ما لم تعترض قواعدها صراحة على ذلك.

كما يُمكن للدولة الموفدة أن تتفق مع عدة دول أخرى على اعتماد بعثة واحدة تمثلهم لدى دولة معيّنة⁴⁰، ويُعرف هذا النمط بالتمثيل المشترك⁴¹. «L'accréditation conjointe» حيث يُمكن لعدة دول بموجب هذا التمثيل اعتماد شخص واحد رئيساً لبعثة دبلوماسية معتمدة لدى دولة أخرى ما لم تُبد هذه الأخيرة اعتراضاً على ذلك، ويُعدّ التمثيل المشترك من أعقد أنماط التمثيل نظراً لأنّه يفترض توحد الرؤى والأهداف في السياسات الخارجية للدول المُريدة له، وهذا أمر صعب المنال في الممارسة الدولية نظراً لعدم استقرار السياسة الخارجية للدول على نمط ثابت، أما في دبلوماسية المنظمات الدولية فاعتماد هذا التمثيل، يكون أكثر قبولاً نظراً لإمكانية تجسيد الفروض السابقة الذكر لدى الدول الراغبة في اعتماده، سيما وأنّ دوافع التمثيل لدى المنظمات الدولية تحكمها المعايير الوظيفية للمنظمة⁴، إذ يكون من اليسير توحد سياسات مجموعة من الدول الواقعة في إطار تكتل ما حول نشاط منظمة معينة وبالتالي يتيسر لها عملياً إيفاد بعثة مشتركة لتمثيلها لدى هذه المنظمة، ولذلك أقرت اتفاقية 1975 هذا الأسلوب من التمثيل في الفقرة الثانية من مادتها الثامنة، كما يلي: "يجوز لدولتين أو أكثر اعتماد نفس الشخص بوصفه رئيساً لبعثة لدى نفس المنظمة".

3/ أساليب إنتهاء عمل البعثات الدبلوماسية

ينتهي تمثيل البعثة لدى المنظمة الدولية بأسباب عديدة متداولة في إطار الممارسة الدولية قياساً على قواعد تبادل البعثات بين الدول، يُمكن إبرازها من خلال النقاط الموضوعية التالية⁴³:

يمكن إنتهاء عمل البعثة المعتمدة لدى المنظمة لأسباب متعلقة بتغيّر الوضع القانوني للدولة المرسله كفنائها أو انضمامها لاتحاد فيدرالي وهي عوامل موجودة كذلك بالنسبة للبعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى الدول⁴⁴. وينتهي عمل البعثة بمرور عوامل مرتبطة بالوضع القانوني للمنظمة كفنائها أو اندماجها في منظمة أخرى أو لأسباب مردّها قواعد النظام الأساسي للمنظمة كفصل الدولة من العضوية، أو باستدعاء الدولة المرسله لبعثتها نهائياً أو إعلام المنظمة بانتهاء مهام بعثتها، وبالمقابل ينتهي عمل البعثات المعتمدة لدى الدول بقطع العلاقات الدبلوماسية أو قيام نزاع مسلح يستحيل معه الإبقاء على العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين المتحاربتين⁴⁵.

ومن جانب آخر، تبرز حالة جديدة بالملاحظة لانتهاء نشاط البعثات الدبلوماسية تضمّنتها اتفاقية 1961، بحيث يمكن للدولة المضيفة في أي وقت وبدون حاجة لذكر الأسباب⁴⁶، أن تُبلّغ الدولة الموفدة أنّ رئيس بعثتها أو أي عضو من أعضائها أصبح شخصاً غير مرغوب فيه « Persona non grata » وعلى الدولة الموفدة حينها استدعاء الشخص محل الاعتراض أو أن تعتمد إلى إنتهاء مهامه في بعثتها، وفي حال رفضت الدولة الموفدة التصرف على هذه الشاكلة أو لم تقم بهذه التدابير خلال أجل معقول، جاز للدولة المضيفة أن ترفض الإعتراف للشخص غير المرغوب فيه بصفة عضو في البعثة⁴⁷، ويمكنها حينها معاملته معاملة الشخص الأجنبي بما في ذلك طرده من أقاليمها. وعليه يُعدّ إعلان الشخص غير المرغوب فيه، عاملاً أساسياً لانتهاء مهام المبعوث في البعثة علاوة عن كونه إجراءً خطيراً يُفرض لفتور العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين المعنيتين سيما وأنّ أحكام العلاقة بينهما تخضع أساساً لمبدأ المعاملة بالمثل.

أما في نطاق اتفاقية 1975 فإنّ الأحكام المعنية بوضع ممثلي الدول لدى المنظمات الدولية قد جاءت جميعها خلوّاً من أيّ نص صريح يُحوّل دولة المقر أو حتّى المنظمة

الدولية أن تُقرّر بمقتضاه أن أحد ممثلي الدول المُرسلة لدى المنظمة المعتمدة شخصاً غير مرغوب فيه، وذلك على خلاف النصوص واضحة الدلالة المُشار إليها في اتفاقية فيينا لعام 1961.

وبعد فراغنا من تحديد حدود التماثل والتباين بين قواعد تنظيم البعثات الدائمة نمضي لتبيان الإطار الوظيفي لهذه البعثات في المحور التالي.

المحور الثاني/ وظائف البعثات الدبلوماسية الدائمة والقيود الواردة على ممارستها
تُمارس البعثات الدبلوماسية الدائمة وظائف متعددة تحددها الإتفاقيات الدولية ذات الصلة (أولاً)، كما يقع على أعضائها التزام التقيّد بواجبات محددة أثناء تأديتهم للمهام المنوطة بهم (ثانياً).

أولاً/ وظائف البعثة الدبلوماسية الدائمة

لم تحدّد اتفاقية 1961 نطاق الإختصاصات التي تقوم بها البعثات ذات الصلة على سبيل الحصر وإنّما جاءت واردة في نص المادة الثالثة منها على سبيل الإشارة فقط، حيث اعتمدت الإتفاقية نظام الوظائف المفتوح، إذ نصّت على أهم الإختصاصات المتداولة في إطار العلاقات الدبلوماسية بين الدول، وأفسحت أمام هذه الأخيرة مجال ممارسة أي وظيفة تتفق عليها في نطاق علاقاتها البيئية.

وقد اعتمدت إتفاقية 1975 نظام الوظائف المفتوح، على نسق إتفاقية 1961، باعتبارها قد نصّت في المادة السابعة منها على أهم الإختصاصات التي تقوم بها البعثات المعتمدة لديها، ولم تنص على حصرها، وأغلب هذه الإختصاصات تماثل مع تلك التي تُمارسها البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى الدول، ولكن هذا التماثل لا يعني بالضرورة التطابق في مضمون هذه المهام أو في كيفية أدائها.

1/ وظيفة التمثيل

نصت ديباجة اتفاقية 1961 أنّ البعثة الدبلوماسية تمثّل الدول، وهي بهذه الصفة تقوم بوظيفة التمثيل لدى الدولة المضيّفة⁴⁸ وتتلخّص المهمة هذه باشتراك البعثة في الحياة العامة للدولة المضيّفة من خلال المساهمة في المراسم الوطنية واللقاءات الرسمية وكل مظاهر التمثيل السياسي⁴⁹ ويتولّى رئيس البعثة القيام بالوظيفة التمثيلية أو يقوم

بتفويض من ينوبه في حال تعذر حضوره⁵⁰، وتقوم البعثة بمعالجة كل المواضيع الخاصة بدولتها، وتُعبّر عن إرادتها وتطلعاتها في الدولة المضيفة⁵¹، أمّا بالنسبة لمهام التمثيل التي تمارسها البعثات المعتمدة لدى المنظمات الدولية، فهي لا تقلّ في أهميتها عن تلك الممارسة بين الدول، غير أنّ أساليب إجراءاتها تختلف عن هذه الأخيرة: فبمقتضى هذه الوظيفة التمثيلية، يتسنى للبعثة الدائمة لدى المنظمة الإفصاح عن وجهة نظر الدولة المرسلة في المسائل الرسمية، وتقوم بتقديم الإقتراحات في المسائل المطروحة للنقاش في إطار المنظمة، وتمارس التصويت نيابة عن دولتها على مشاريع القرارات واللوائح التي تصدر في نطاق اختصاص المنظمة⁵²، وتقوم البعثة بالعمل على حفظ الصلة مع الجهاز الإداري للمنظمة المعتمدة لديها ومع بعثات الدول الأخرى المعتمدة لدى هذه المنظمة⁵³.

لكن قيام البعثة بالمهام التمثيلية لا يتم في كل الأحوال مع جميع فروع المنظمة، إذ تتحدّد وظائف التمثيل لمبعوث الدولة لدى المنظمة حسب اتفاقية 1975 ذات الصلة، بوثيقة التفويض التي تُرسلها دولة هذا المبعوث للمنظمة المعنية، حيث يمكن أن ينحصر مجال رئيس البعثة في تمثيل دولته لدى فرع واحد فقط من فروع المنظمة وليس لدى جميع فروعها أو هيئاتها وذلك بحسب إرادة دولته⁵⁴، وهذا على عكس مهام التمثيل التي يمارسها رئيس بعثة الدولة الموفدة نيابة عن دولته بشكل عام وشامل أمام جميع هيئات الدولة المضيفة دون استثناء، وهذا راجع لارتكاز وظائف التمثيل لدى الدول بصفة رئيسية في المجال السياسي وتعدّيها ذلك في التمثيل لدى المنظمات الدولية إلى جميع المجالات الأخرى، و التي تدفع بالدول الى إيفاد بعثات لها لتمثيلها أمام كل فروع المنظمة أو بعض فروعها فقط و هذا بحسب نوع وطبيعة مصالحها التي تريد رعايتها لدى المنظمة المعنية.

2/ وظيفة التفاوض

تُعرّف الدبلوماسية على أنّها علم إدارة العلاقات الخارجية وفن إدارة المفاوضات على حدّ سواء⁵⁵، وعليه إعتبرت إتفاقية 1961⁵⁶ التفاوض من المهام الرئيسية للبعثة القائمة على الاتصال والتباحث مع حكومة الدولة المضيفة، إذ تُمارسها البعثة للتوفيق بين المصالح المتعارضة وتقريب وجهات النظر ومناقشة المسائل الثنائية والعمل على

تسويتها، وهي تتسع لمعالجة أمور وقضايا عدّة لا تقتصر بالضرورة على التحضير والإعداد للمعاهدات والتوقيع عليها⁵⁷ أي حسب المفهوم الضيق للمفاوضات، حيث تتخذ البعثة من التفاوض أداة لمعالجة جميع الإشكالات العالقة مع الدولة المضيفة والسعي لحلّها بكافة السبل المتاحة. وتجب الإشارة إلى أنّ اتفاقية 1961 لم تفرض على البعثات الدبلوماسية أشكالاً محدّدة لممارسة التفاوض، كما أنّها اكتفت بالإشارة إلى حكومة الدولة المضيفة فقط كطرف لإجراء التفاوض معه.

أما بالنسبة للمفاوضات التي تُجرىها البعثات المعتمدة لدى المنظمات الدولية، فإنّنا نجد المسألة أكثر تفصيلاً في اتفاقية 1975 ذات العلاقة، حيث تُشير المادة الثالثة منها إلى أنّ التفاوض علاوة على كونه من صميم مهام البعثة، فإنّه يتم مع المنظمة المعنية وفي نطاقها، وبالتالي فإنّ التفاوض يجري بين البعثة الدبلوماسية والمنظمة المعتمدة ممثلة في جهازها الإداري⁵⁸، كما يُقام أيضاً بين البعثة الدبلوماسية وغيرها من البعثات المعتمدة لدى ذات المنظمة من قبل الدول الأعضاء فيها، وهذا هو المراد من التفاوض الذي يجري في نطاق المنظمة على حدّ وصف المادة الثالثة المذكورة.

ونعتقد أنّ مغزى هذه المادة يستغرق أيضاً بعثات المراقبة المعتمدة لدى المنظمة الدولية من قبل الدول غير الأعضاء فيها كما تحدّد أصول ذلك المادة الخامسة من اتفاقية 1975، وكذا وفود الدول المرسلّة إلى الهيئات أو المؤتمرات التي تجري وفق قواعد المنظمة⁵⁹ الوارد تعريفهما على التوالي في البابين الثالث والرابع من هذه الاتفاقية. ومن المؤكّد أنّ التفاوض الذي تُمارسه البعثة الدائمة لدى المنظمة الدولية لا يرمي بالضرورة إلى عقد اتفاقيات بين البعثة وبين المنظمة، وإنّما يهدف أيضاً لحلّ ما يُثار من صعاب عملية في إطار المنظمة، أو بقصد تنسيق بعض المواقف بين البعثة وغيرها من البعثات الأخرى المعتمدة لدى المنظمة سيما عندما تكون للبعثة مصلحة معينة في اعتماد قرار ما أو منع صدوره في المنظمة. ويتمّ التفاوض في إطار المنظمة الدولية عادة باعتماد المذكرات المكتوبة خاصة إن كان بغرض إقرار نص اتفاقية معينة⁶⁰ على خلاف التفاوض في مجال العلاقات الدبلوماسية الثنائية بين الدول الذي يعتمد أشكالاً عديدة أغلبها الأسلوب الشفهي.

والمُتمَعَن في اتفاقية 1975 يجدها قد بيّنت جلياً في المادة 12 منها صلاحية رئيس البعثة في القيام بمهام التفاوض نيابة عن دولته دون تقديمه لأوراق تفويض، بما في ذلك إخصاصه في إقرار نص المعاهدة، وهذا بخلاف اتفاقية 1961 التي لم تُبيّن هذه الصلاحية بالتفصيل و اكتفت بتحديد التفاوض كإحدى وظائف البعثة فقط، غير أنّ اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تبرمها الدول فيما بينها لعام 1969 قد سدّت هذا القصور في نص الفقرة الثانية من مادتها السابعة، والتي بمقتضاها أقرت لرؤساء البعثات الدبلوماسية صلاحية التفاوض نيابة عن دولهم بشأن إبرام المعاهدات وإقرار نصوصها كذلك.

3. حماية مصالح الدولة المرسله (الموفدة)

نصّت إتفاقية 1961 على هذه الوظيفة واعتبرتها من أهم الوظائف التي تُمارسها البعثات الدبلوماسية، حيث جاء في نص المادة الثالثة، الفقرة (ب) التالي: "حماية مصالح الدولة الموفدة ومصالح رعاياها في الدولة المضيفة، ضمن الحدود التي يُقرّها القانون الدولي".

تجد هذه الحماية أساسها في الواجب المفروض في القانون الدولي على الدول كافة بتأمين معاملة لائقة لا تقلّ عن مستوى الحد الأدنى، للأجانب المتواجدين على إقليم الدولة المضيفة⁶¹، كما تجد أساسها بشيء من التفصيل في اتفاقيات الإقامة التي تلحظ بدقة حقوق وواجبات المواطنين المقيمين لدى الدول المضيفة⁶² وبالطبع فإنّ نطاق هذه الحماية يشمل إلى جانب مصالح الرعايا، مصالح الدولة الأساسية وهذه الأخيرة تتجسّد في الدفاع ورفع أي ضرر يلحق بها من جرّاء أي تصرّف غير مشروع⁶³ كالإساءة والتعدي على الحقوق المشمولة بالحماية من قبل القانون الدولي والتي يؤدي خرقها من طرف الدولة المضيفة إلى ترتيب مسؤوليتها الدولية وبالتالي إلزامها بالتعويض، ونصّت إتفاقية 1961 في المادة السابقة الذكر على أنّ الحماية التي تمارسها البعثات الدبلوماسية يجب أن تكون في حدود القانون الدولي، وفي هذا إشارة صريحة إلى انطباق ضوابط ممارسة الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي الإتفاقي أو العرفي على تطبيق مبدأ الحماية الدبلوماسية من قبل البعثات الدبلوماسية⁶⁴.

غير أنّ مهام حماية المصالح في مفهوم دبلوماسية المنظمات الدولية تأخذ منطقتاً مغايراً لمبدأ الحماية التي تقوم بها البعثات المعتمدة لدى الدول، ذلك أنّ إيفاد بعثة دائمة للتمثيل لدى المنظمة الدولية يُعدُّ أولاً مساهمة من الدولة المُرسلة في تحقيق أهداف المنظمة كما تنصّ عليه الفقرة الخامسة من المادة السادسة من اتفاقية 1975، كما يُعدُّ في الوقت ذاته إختصاصاً من إختصاصات البعثات الدائمة مثلما نصّت عليه المادة السادسة من الإتفاقية ذاتها في فقرتها السابعة، لذلك فإنّ طرح حماية مصالح الدولة المُرسلة والدفاع عنها أمام المنظمة قد يُثير تعارضاً مع واجب البعثة المذكور في العمل على تحقيق أهداف المنظمة.

وبالفعل فقد شكّلت هذه الوظيفة جدلاً بين الدول أثناء مناقشات مؤتمر فيينا ذات العلاقة بمشروع اتفاقية 1975، إنتهى بإقرار الوظيفة وإلحاقها بنص المادة السادسة من الإتفاقية المذكورة ولكن مع تحديد مضمونها بشكل مخالف لمفهوم الحماية الدبلوماسية المقررة في القانون الدولي⁶⁵، حيث يقتصر دور البعثات في ممارسة مهام الحماية هذه في إطار قواعد المنظمة عن طريق متابعة مجريات الأحداث داخل المنظمة وملاحظة ما يتعلّق بمصالح دولها، وإعداد تقارير عن حصيلة ذلك وموافاة دولها بها حتّى يتسنى لها اتخاذ قراراتها في ضوء الإفادات المتضمّنة فيها⁶⁶ كما تقوم البعثات الدائمة بالدفاع عن وجهة نظر دولها أمام هيئات المنظمة، غير أنّها لا تملك صلاحية ممارسة أساليب الاحتجاج أو الادّعاء على غرار ما تقوم به البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى الدول في إطار أعمال حقّ الحماية الدبلوماسية.

ثانياً/ قيود ممارسة الوظائف الدبلوماسية

تتقيّد البعثات الدائمة عند قيامها بمهامها الدبلوماسية بشكل عام بمجموعة من الواجبات حتى تكون حصيلة أعمالها مشروعة وغير منافية لغرض وظائفها الدبلوماسية، نقوم بتبيانها كما يلي:

1/ إحترام قوانين وأنظمة الدولة المضيفة

أوجبت اتفاقية 1961 البعثات الدبلوماسية باحترام قوانين وأنظمة الدولة المضيفة، واعتبرت أنّه إذا كان حقّ التمتعّ بالحصانات والامتيازات يُعفي البعثة وأعضائها

من الخضوع للقضاء الإقليمي للدولة المضيفة⁶⁷، فإنّ الهدف الحقيقي من ذلك هو تسهيل الأداء الفعّال للوظائف الدبلوماسية وليس تمكين البعثة أو أعضائها من مخالفة القوانين المعمول بها في الدولة المضيفة. وتشمل هذه الأخيرة الأحكام المتعلقة بأنظمة السير والنظام العام أو إجراءات الأمن التي تفرضها الدول المعنية في بعض الظروف الإستثنائية⁶⁸، ولذلك يتعيّن على البعثة الموفدة أثناء تأديتها لمهامها الامتناع عن كل ما من شأنه المساس أو الإخلال بالأنظمة التي تفرضها الدولة المضيفة واحترامها على الوجه الذي يصون استمرار العلاقات الودية بين الدولتين المعنيتين، كما يجب على هذه البعثات عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدولة المضيفة أو توجيه أي نقد أو إبداء أي موقف معارض لسياستها العامة المنتهجة، ومما لا شك فيه أنّ عدم التقيد بهذه الأحكام والضوابط يكون داعياً لاعتبار المبعوث الدبلوماسي المسؤول عن مخالفتها، شخصاً غير مرغوب فيه من طرف سلطات الدولة المضيفة⁶⁹، مما يوجب سحب اعتماده نهائياً وإنهاء صفته الدبلوماسية لدى الدولة المعنية.

وقد أخذت اتفاقية 1975 بنفس الواجب المذكور في اتفاقية 1961، حيث أكّدت الإتفاقية على إلزام البعثات المعتمدة لدى المنظمة الدولية بواجب احترام قوانين الدولة المضيفة، وعدم التدخل في شؤونها الداخلية⁷⁰، غير أنّ هذه الاتفاقية قد تضمّنت بعض الأحكام التي لم ترد في اتفاقية 1961، وهي المتعلقة بعملية إستدعاء المبعوث في حال قيامه بمخالفة خطيرة للتشريع الجنائي للدولة المضيفة أو تدخله في شؤونها الداخلية، حيث تُلزم الدولة المُرسلة في هذه الحالة باستدعاء المبعوث المعني وتضع حدّاً لوظائفه في البعثة المعتمدة لدى المنظمة.

2. عدم إساءة استخدام مقرات البعثة

حظرت اتفاقية 1961 على أعضاء البعثات الدبلوماسية استعمال البعثة بأية طريقة تتنافى مع إطار ممارسة الوظائف الواردة في هذه الاتفاقية، أو في غيرها من قواعد القانون الدولي أو في أية اتفاقيات أخرى نافذة بين الدولة الموفدة والدولة المضيفة⁷¹، حيث جاء هذا النص ليؤكد على واجب أساسي للبعثة يقضي بعدم تحويل مقراتها إلى

مراكز للتجسس أو التآمر على مصالح الدولة المضيفة، أو إيواء المجرمين⁷²، مما يتناقض ليس مع وظائف البعثة فقط، بل مع سيادة وأمن الدولة المضيفة كذلك.

وقد تبنت اتفاقية 1975 هذا الالتزام في نص المادة 77 منها، حيث أوجبت على أعضاء البعثة الدائمة عدم استعمال مباني البعثة لأي أغراض مُنافية لفحوى أداء الوظائف المنوطة بهم، لكن هذه الاتفاقية قد تضمنت إجراءات لم تتضمنها اتفاقية 1961، تتعلق بمنح الدولة المضيفة حرية اتخاذ كل التدابير الضرورية لحماية أمنها ومصالحها الأساسية في حال تعرّضها لأي خطر تكون البعثة مصدرًا له⁷³، بيد أن اتخاذ هذه التدابير يكون مَرعياً باستشارة الدولة المرسله لضمان عدم تعارضها مع الأداء العادي لوظائف البعثة⁷⁴.

3. عدم ممارسة أعضاء البعثة لأي نشاط مهني أو تجاري

منعت اتفاقية 1961 المبعوثين الدبلوماسيين من مزاوله وظيفة ذات طابع مهني أو تجاري أو تخدم مصالحهم الخاصة⁷⁵، وقد أتى هذا الواجب تأكيداً لتناقض هذه الممارسات مع أهداف وطبيعة الوظيفة الدبلوماسية باعتبارها وظيفة ذات طابع دولي عام تخضع لضوابط الوظيفة العامة التي تحظر القيام بمثل هذه النشاطات، كما أنّ إتيان المبعوث الدبلوماسي لهذه المهن يجعله تحت طائلة القضاء الإقليمي للدولة المضيفة لتعارضها العميق مع جوهر أعماله الرسمية.

أما على صعيد بعثات الدول الدائمة لدى المنظمات الدولية، فلا يوجد في اتفاقية 1975 ذات الصلة أي خلاف لنص القاعدة المذكورة الواردة في اتفاقية 1961 بشأن حظر ممارسة النشاطات التجارية أو المهنية على المبعوثين الدبلوماسيين، حيث نصت المادة 39 منها: "لا يجوز لأعضاء البعثة أن يُمارسوا في الدولة المضيفة أي نشاط مهني أو تجاري يرمي إلى الربح الشخصي."

خاتمة

تجري العلاقة الدبلوماسية في إطار اتفاقية 1975 لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية، بين الدولة المرسله والمنظمة الدولية المعنية مباشرة، ولا تسري أحكامها بين الدولة المرسله ودولة المقر. وهذا الوصف فإنّ البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى المنظمات الدولية تختلف عن البعثات الدبلوماسية المتبادلة بين الدول والتي تتحدّد أطر العلاقة الدبلوماسية فيها بين الدول فقط وفق ما تضمّنته أحكام اتفاقية 1961، وهذا رغم أوجه التماثل العديدة الممكن رصدها في معرض المقارنة بين الوضع القانوني لهذه البعثات سيما في المجال الوظيفي أي نوع الاختصاصات التي تمارسها هذه الأخيرة والواجبات المفروضة على أعضائها، غير أنّ هذا التماثل المذكور لا يرقى إلى حد التطابق فضلاً عن كونه لا ينفي أي تمايز بينهما، كما أنّ الفوارق الجوهرية بين النظامين القانونيين لهذه البعثات تظلّ قائمة لارتباطها بالجانب التنظيمي لهما، فمن جهة أولى يترتب عن انتفاء العلاقة القانونية المباشرة بين الدولة المرسله ودولة المقرّ في نظام التمثيل لدى المنظمات الدولية مجموعة من الاختلافات بالمقارنة بنظام التمثيل لدى الدول، تتجلى أساساً في تباين حجم الصلاحيات التي تملكها دولة المقر في مواجهة البعثات المعتمدة لدى المنظمة مقارنة بالصلاحيات التي تتمتع بها الدولة المضيفة في التعامل مع بعثات الدول المعتمدة لديها في نظام التمثيل بين الدول، والتي تظهر في اشتراط الموافقة الصريحة للدولة المضيفة على تعيين أعضاء البعثة الدبلوماسية المعتمدة لديها، ودورها الأساسي في تحديد مقرّها وعدد أعضائها، وكذا الوسائل القانونية المتاحة لها لإنهاء مهام المبعوثين المعتمدين لديها كإعلانهم أشخاصاً غير مرغوب فيهم، بينما لا تملك دولة المقرّ حق ممارسة أيّاً من هذه الصلاحيات. ومن جهة ثانية فإنّ الطبيعة المميّزة للمنظمة الدولية المختلفة عن طبيعة الدول يمنح العلاقة التمثيلية القائمة مع هذه المنظمات منحنى مغايراً عن مسار العلاقات الدبلوماسية بين الدول، ينعكس أساساً على وضع البعثات المعتمدة المختلف في كلا النظامين، وتظهر محاور الاختلاف هذه في شروط اعتماد البعثات لدى الدول القائمة على الرضا المتبادل والاعتراف الدولي، وفي تحديد درجات البعثات

الدبلوماسية المتبادلة وفي تطبيق قواعد المعاملة بالمثل، وهي أحكام ينتفي إعمالها تماماً بالنسبة لوضع البعثات المعتمدة لدى المنظمات الدولية.

الهوامش

- ¹ تعرف المادة الأولى من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول مع المنظمات الدولية لعام 1975، مصطلح المنظمة ذات الصلة العالمية، على أنها منظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، والوكالة الدولية للطاقة النووية، وكل منظمة مشابهة في التكوين والمقاصد والصفة العالمية.
- ² راجع بشأن ظروف انعقاد المؤتمر وحيثياته:
- Conférence des nations unies sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales. Vienne du 4 Février – au 14 Mars 1975, documents officiels Vol II, publication des NU.1980
- ³ نشير إلى أن مصطلح البعثات الدائمة المعتمد في هذه الدراسة يتعلق بالبعثات الدبلوماسية التي توفدها الدول حسب اتفاقية 1961، وكذا البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى المنظمات الدولية حسب اتفاقية 1975 الخاصة بالدول الأعضاء في المنظمة وليس بعثات المراقبة المتعلقة بالدول غير الأعضاء في المنظمة
- ⁴ راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 257 الصادر بموجب دورتها الثالثة لسنة 1948 المتعلق تنظيم البعثات الدائمة لدى هيئة الأمم المتحدة في: UN Doc. A/CN.4/195, para. 62.
- ⁵ إعتبرت اللجنة السادسة للجمعية العامة في دورتها الثالثة المتعلقة بتنظيم البعثات الدائمة لدى المنظمات الدولية إلزام الدول بإنشاء بعثة دائمة لدى المنظمة تدخلا في شؤونها الداخلية فضلاً عن كونه إرهاب للدول المعوزة. راجع في هذا الصدد وثيقة الأمم المتحدة التالية: A/6761/Rév. 1, para. 166.
- ⁶ تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975 على: "يجوز للدول الأعضاء، إذا سمحت بذلك قواعد المنظمة، أن تنشأ بعثات دائمة".
- ⁷ أحمد محمد رفعت، بعثات المراقبة الدائمة لدى المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 1994، ص104.
- ⁸ حسب نص الفقرة الرابعة من المادة 15 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية.
- ⁹ حسب نص المادة العاشرة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961.
- ¹⁰ محمد مقيرش، النظام القانوني للدبلوماسية متعددة الأطراف، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة 2013، ص68.
- ¹¹ عبد الله الشامي، الدبلوماسية، دار العلم للملايين، لبنان 1994. ص106.
- ¹² Jean SALMON, *Manuel de droit diplomatique, Edition Brulant, Bruxelles, 1994. p48.*
- ¹³ *ibid. p555.*
- ¹⁴ وهذا ما تؤكده المادة 82 من اتفاقية 1975 ذات الصلة، وهذا نصها: "بموجب هذه الإتفاقية، إنّ حقوق والتزامات الدولة المضيفة والدولة المرسله لا تتأثر بعدم اعتراف دولة من هاتين الدولتين بالدولة الأخرى، أو بعدم وجود علاقات دبلوماسية أو قطعها بينهما."

15. محمد مقيرش، النظام القانوني للدبلوماسية متعددة الأطراف، مرجع سابق، ص 70.
16. راجع نص المادة 18 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975.
17. محمد مقيرش، النظام القانوني للدبلوماسية متعددة الأطراف، مرجع سابق، ص 70.
18. راجع نص المادة 22، الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية.
19. راجع: عبد الله الأشعل، "القيمة القانونية للبيان السياسي المشترك، المجلة المصرية للقانون الدولي"، العدد 44 السنة 1988، ص 156.
20. راجع نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 ونص الفقرة 32 من المادة الأولى من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975.
21. راجع نص المادة 21 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
22. راجع نص المادة 22 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975.
23. عبد المالك درعي، حصانة البعثة الدبلوماسية، مذكرة ماجستير في القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2006، ص 21.
24. راجع نص المادة 9 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975.
25. غير ذلك المنصوص عليه في المادة 73 من اتفاقية 1975 المتعلقة بجنسية أعضاء البعثة المعتمدة لدى المنظمة، حيث تقضي الإتفاقية بضرورة حصول الدولة المُرسلة على موافقة دولة المقرّ على تعيين أي مبعوث دبلوماسي يحمل جنسيتها (دولة المقر، كرئيس بعثة دبلوماسية للدولة المرسله أو عضو فيها لدى المنظمة.
26. راجع نص الفقرة الأولى من المادة 15 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية.
27. راجع نص المادة الرابعة ونص الفقرة الثانية من المادة 11 من اتفاقية فيينا لعام 1961. ويُسمى هذا الإجراء بقاعدة الاستمراج: «La procédure d'agrégation»، راجع في هذا الصدد:
- Jean SALMON, *Manuel de droit diplomatique, op, cit, p142.*
28. حسب المادة 10 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
29. راجع نص المادة 13 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية العامة 1961.
30. محمد مقيرش، النظام القانوني للبعثات متعددة الأطراف، مرجع سابق ص 71.
31. حصرت المادة 14 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية مراتب رؤساء البعثات الدبلوماسية في 3 رتب.
32. Jean SALMON, *Manuel de droit diplomatique, op, cit, p160.*
33. راجع نص المادة 10 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975.
34. أحمد محمد رفعت، بعثات المراقبة الدائمة لدى المنظمات الدولية، مرجع سابق ص 107.
35. عبد الله الشامي، الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 293.
36. حسب نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
37. Jean SALMON, *Manuel de droit diplomatique, op, cit, p242.*
38. حسب نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.

- ³⁹ تسمح اتفاقية 1961 بأن تمثل بعثة الدولة المعتمدة لدى دولة أخرى، دولتها لدى منظمة دولية، ومن جهةها تنص اتفاقية 1975 في المادة 18 على أنه ليس من مانع من إقامة بعثة الدولة المرسله خارج مقر المنظمة، لذلك يمكن للبعثة الدبلوماسية لدى دولة معينة تمثيل دولتها لدى منظمة دولية قائمة على أقاليم هذه الدولة.
- ⁴⁰ حسب نص المادة السادسة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
- ⁴¹ Jean SALMON, *Manuel de droit diplomatique, op, cit, p243.*
- ⁴² Philippe BLACHER, *Droit et relations internationales, Edition LEXIS, Paris, 2011. p03.*
- ⁴³ أنظر المادة 40 من اتفاقية فيينا لعام 1975 والمادتين 1/43 و45 من اتفاقية فيينا لعام 1961.
- ⁴⁴ محمد مقيرش، النظام القانوني للبعثات متعددة الأطراف، مرجع سابق ص72.
- ⁴⁵ مع الإشارة إلى أن النزاع المسلح لا يؤدي تلقائيًا لقطع العلاقات الدبلوماسية، راجع في هذا الصدد:
- Roberto PAPINI, *La rupture des relations diplomatiques et ses conséquences, Edition Pédone, Paris 1972. p129.*
- ⁴⁶ راجع نص المادة الرابعة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961.
- ⁴⁷ حسب نص المادة 2/43 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
- ⁴⁸ ينبغي عدم الخلط بين التمثيل « La représentation » كوظيفة دبلوماسية تقوم بها البعثات الدبلوماسية بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية فيينا لعام 1961، وبين الاعتماد L'accréditation كأسلوب لممارسة التمثيل الدبلوماسي المنصوص عليه في المادتين 5 و6 من الاتفاقية المذكورة.
- ⁴⁹ علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986. ص107.
- ⁵⁰ عبد الله الشامي، الدبلوماسية، مرجع سابق، ص290.
- ⁵¹ Philippe CAHIER, *Le droit diplomatique contemporain Publications de l institut Universitaire de hautes etudes internationales, Genève, 1962., p133.*
- ⁵² مصطفى سيد عبد الرحمن، تمثيل الدول لدى المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 1985، ص464.
- ⁵³ Victor YVES CHEBALI, "Le rôle des missions permanentes auprès des organisations internationales universelles", In: colloque de Tours aspects récents du droit des relations diplomatiques, Edition. Pédone, Paris 1989. p174.
- ⁵⁴ حسب نص المادة 11 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975.
- ⁵⁵ Alain PLANTEY, *De la politique entre les Etats, principe de la diplomatie, Edition Pédone, Paris 1987, p66.*
- ⁵⁶ حسب الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
- ⁵⁷ Philippe CAHIER, *Le droit diplomatique contemporain, op, cit, P134.*
- ⁵⁸ مصطفى سيد عبد الرحمن، تمثيل الدول لدى المنظمات الدولية، مرجع سابق، ص507.
- ⁵⁹ ونجد ذلك أمرًا منطقيًا ذلك أن الغاية من إدارة المنظمة لمؤتمر أو اجتماع دولي، هو إشراك كافة الأطراف الفاعلة في المجتمع الدولي الممثلة لديها للتفاوض حول مسألة ذات أهمية مشتركة بينها.
- ⁶⁰ Alain PLANTEY, *La négociation internationale ; principes et méthodes, Paris 1980. p248.*

61. عبد الله الشامي، الدبلوماسية، مرجع سابق ص305.
62. *Philippe CAHIER, Le droit diplomatique contemporain, op, cit, p137.*
63. *Alain PLANTEY, De la politique entre les Etats, op, cit, p260.*
64. والمراد بالقواعد العامة مراعاة مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وحظر استعمال القوة في النزاعات الداخلية، وحلّ النزاعات بالطرق السلمية أما الضوابط فهي جملة الشروط القانونية اللازمة لممارسة الحماية الدبلوماسية وهي الجنسية ونفاذ جميع طرق المراجعة المحلية واعتبار الفعل غير المشروع دوليًا.
65. راجع مناقشات إقرار نص الفقرة السادسة من المادة السادسة من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975، في: UN. Doc : A/Conf. 67/C. 1/L.34.
66. أحمد محمد رفعت، بعثات المراقبة الدائمة، مرجع سابق ص110.
67. حسب نص المادة 41 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961. وتجدر الإشارة أن موضوع الحصانات الدبلوماسية مستثنى من هذه الدراسة.
68. *Philippe CAHIER, Le droit diplomatique contemporain, op.cit. p145.*
69. حسب نص المادة 9 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
70. حسب نص الفقرة الثالثة من المادة 77 من اتفاقية فيينا لعام 1975.
71. راجع نص الفقرة الثالثة من المادة 41 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.
72. عبد الله الشامي، الدبلوماسية، مرجع سابق ص594.
73. حسب نص المادة 82 الفقرة الرابعة من اتفاقية فيينا لعام 1975.
74. والمراد منه إمكانية الدخول إلى مقرات البعثة في حال وجود تهديد خطير وأكد لمصالح دولة المقر.
75. حسب نص المادة 42 من اتفاقية فيينا لعام 1961.

دور التحاكم الدولي في تسوية المنازعات الحدودية والإقليمية العربية*

Dr. KOUSSA Amar
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques, Université de Setif 2.

د.كوسسة عمارة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سطيف-2

ملخص

ورثت الدول العربية عدة منازعات حدودية وإقليمية بعد أن تخلّصت من الإستعمار. وبقيت هذه المنازعات تؤثر على الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية لهذه الدول، حتى أصبحت تهدد الأمن والسلم العربيين.

فشلت التسوية السياسية لهذه المنازعات في العديد من المرات، مما تطلب اللجوء إلى التسوية التحكيمية. وفي ظل غياب أجهزة تحاكم عربي (محكمة تحكيم او محكمة قضاء)، لأسباب متعددة، كان لا بد من اللجوء إلى أجهزة التحاكم الدولية (محاكم التحكيم والمحاكم القضائية) لتسوية هذه النزاعات.

وكانت إشكالية البحث هي تقييم مدى نجاح التحاكم الدولي في تسوية المنازعات الحدودية والإقليمية العربية في ظل غياب أجهزة تحاكم عربية، خصوصا محكمة عدل عربية متخصصة في مثل هذا النوع من النزاعات. وهل هذا التقييم، مهما كانت نتائجه، يغني عن إنشاء هذه المحكمة المتخصصة، وتكون المحاكم الدولية كجهة استئناف إن تطلب الأمر ذلك. وكانت نتائج البحث هي أفضلية إنشاء هيئات تحاكم عربية (محكمة عدل عربية على الأقل كمحكمة إقليمية)

لتسوية المنازعات العربية بوجه عام، ومنها المنازعات الحدودية والإقليمية، وجعلها كدرجة أولى للتحاكم، ثم اللجوء إلى جهات التحاكم ذات الطابع الدولي كدرجة ثانية رغم نجاح هذه المحاكم الدولية، بافتراض التحاكم العربي تحاكما إقليميا والتحاكم الدولي ذو طابع عالمي.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/03/04 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/04/08 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

الكلمات الدالة

المنازعات الحدودية والإقليمية-التحاكم الدولي-التحاكم العربي-محكمة العدل العربية-محكمة العدل الدولية.

The Role of Referring in the Settlement of Border Disputes and Regional Arabic

Abstract

Arab countries have inherited some territorial and frontiers' disputes right after decolonisation or their independence. These conflicts affected badly their political, economic & social relations and even menaced their peace and security.

The political settlement could not succeed in solving the problem so it was necessary to turn to international adjudication, which was a success in the few submitted cases, particularly with the absence of the system within the Arab world. The main problematic of our research is to find out the reasons behind this success.

Was the absence of Arab adjudication system the right reason? and if so, why Arab countries haven't created it?, Is this international adjudication system the only settling Arab territorial and frontiers conflicts means awaiting the creation of a proper Arab one? We concluded that Arab adjudication system is necessary (at least an international Arab Court) for the settlement of their disputes including numerous territorial and frontiers' disputes waiting for solution.

The creation of such a system will help the Arab league to find solutions for all legal problems arising within it and avoiding the use of the international political and adjudication system. While waiting for the creation of such a system within the Arab World, all Arab disputes are to be treated solely by the international adjudication system.

Keywords

Border disputes, Arabe Jurisprudence- International Jurisprudence-Arab Court of Justice-International Court of Justice.

Résumé

Les pays arabes ont hérité de certains territoires et conflits de frontières juste après la décolonisation ou leur indépendance. Ces conflits ont gravement affectés leurs relations politiques, économiques, sociales et ont même menacés leur paix et leur sécurité. Le règlement politique ne pouvait réussir à résoudre le problème, il était donc nécessaire de faire appel à l'arbitrage international, qui fut un succès dans les quelques cas soumis, notamment avec l'absence du système dans le monde arabe. La principale problématique de notre recherche est de trouver les raisons de cette réussite. Est-ce du fait de l'absence du système de règlement arabe? Et dans

l'affirmative, pourquoi les pays arabes ne l'ont pas adopté ? Nous avons conclu que le système de règlement arabe est nécessaire pour le règlement de leurs différends, en sachant que des litiges territoriaux et de frontières demeurent en attente de solution. La création d'un tel système contribuera avec le concours de la Ligue arabe pour trouver des solutions pour aux problèmes juridiques qui en découlent. En attendant la création d'un tel système dans le monde arabe, tous les différends arabes doivent être traités uniquement par le système d'arbitrage international.

Mots-clés

Différences frontalières – Jurisprudence Internationale- Jurisprudence Arabe- Court Arabe de Justice -Court International de Justice.

مقدمة

يعرف الواقع العربي منازعات حدودية وإقليمية عديدة، وهي منازعات لها جذور تاريخية، سببها الأول الإستعمار الأجنبي، ولدت تدايعات سياسية واقتصادية واجتماعية واقتصادية، كانت سببا في الوضع المتأزم الذي يشهده العالم العربي اليوم.

لا شك في أنّ التسوية السلمية للمنازعات الحدودية والإقليمية العربية تعتبر أمراً ضرورياً، ليس فقط بالنظر إلى ما قد يمثله بقاء هذا النوع من المنازعات دون حل من خطورة تهدد حسن العلاقات واستقرارها بين الدول العربية المتجاورة، وإنما أيضاً لأنّ استمرار بقاء هذه المنازعات دون تسوية قد يؤدي مع مرور الوقت إلى مشكلات قانونية معقدة يمكن أن تتسبب في إحداث المزيد من التدهور في العلاقات المتبادلة بين الدول المعنية. والراصد لخصائص التطور العام للعلاقات الدولية فيما يتعلّق بالمنازعات الحدودية والإقليمية يمكنه أن يلاحظ أنّ الدول المتنازعة لجأت إلى طرق وأساليب شتى من أجل تسوية هذه المنازعات، وتفاوتت هذه الطرق أو تلك الأساليب بين اللجوء إلى الوسائل السياسية أو الدبلوماسية، بدءاً من المفاوضات، سواء منها المباشرة أو غير المباشرة، ومروراً بالأشكال المختلفة للتسوية التي تتم من خلال تدخل طرف ثالث (third-party settlement) كالمساعي الحميدة والوساطة، وانتهاءً بالوسائل القانونية التي تتمثل في التحاكم الدولي، بشقيه التحكيمي والقضائي.

لكن المنازعات الحدودية والإقليمية العربية بقيت تراوح مكانها عند اللجوء إلى التسوية السياسية للنزاع، لأنّ هذا النوع من التسوية كان فاشلاً في معظم الحالات، وهو ما خلق توترات عسكرية وتدخلات أجنبية كان يمكن تفاديها لو تم اللجوء إلى التسوية التحكيمية¹. فمعظم هذه المنازعات بقيت بدون تسوية تحكيمية رغم فشل التسوية السياسية، والسبب في ذلك يعود إلى غياب جهات تحكيمية عربية. أما النزاعات القليلة التي تمت تسويتها فكان الفضل فيها للتحاكم الدولي، من خلال محاكم التحكيم والمحاكم القضائية (المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية). ونجح هذا التحاكم الدولي في تسويتها إلى أبعد الحدود.

يطرح موضوع هذه الدراسة الموقف العربي من التحاكم الدولي وأسباب نجاحه في تسوية المنازعات الحدودية والإقليمية العربية، ثم تقييم هذا النجاح ومدى كونه سبباً في تراخي الدول العربية في إنشاء محكمة عربية لمثل هذا النوع من المنازعات نظراً لخصوصيتها أو حتى جعلها كدرجة تقاضي أولى وجعل جهات التحاكم الدولي (بافتراض جهة التحاكم العربية جهة إقليمية) درجة تقاضي درجة ثانية.

تقتضي الدراسة الإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه بمعرفة موقف الدول العربية من التحاكم الدولي، ثم أسباب الفشل في إنشاء جهات تحاكم عربي والأسباب التي أدت إلى نجاح التحاكم الدولي في تسوية المنازعات الحدودية والإقليمية العربية المعروضة عليه، رغم قلّتها، وأخيراً الدوافع التي تجبر على اللجوء إلى التحاكم الدولي كبديل مؤقت للتحاكم العربي الغائب كأحسن السبل لتفادي النزاع.

المبحث الأول/ موقف الدول العربية من التحاكم الدولي

تقتضي دراسة موقف الدول العربية من التحاكم الدولي معرفة الموقف من التحكيم والقضاء الدوليين.

المطلب الأول/ الموقف من التحكيم الدولي

يعدّ التحكيم الدولي أحد شقي التسوية التحكيمية للمنازعات الدولية. ويحتلّ التحكيم الدولي أهمية خاصة فيما يتعلّق بتسوية المنازعات الدولية بصفة عامة والمنازعات الحدودية والإقليمية بصفة خاصة. وتديلاً على مدى الدور الذي يلعبه التحكيم الدولي

في تسوية منازعات الحدود الدولية سواء كانت حدودا برية أو بحرية. ولعلّ الملاحظة الأولى التي تفرض نفسها في هذا المقام هي عزوف الدول العربية عن اللجوء إلى التحكيم الدولي². وإذا كان هذا الوصف ينطبق على المنازعات الدولية بصفة عامة، فإنّه ينطبق أكثر على المنازعات الحدودية والإقليمية³. ومن بين أسباب هذا العزوف أنّ معظم الدول العربية كانت خاضعة للإستعمار في الوقت الذي ازدهر فيه التحكيم الدولي، الإختياري والإجباري، مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين. وإذا كان هذا العزوف له مبرراته، فإن السؤال المطروح هو فشل الدول العربية في تسوية منازعاتها الحدودية والاقليمية، في إطار المنظمات الاقليمية العربية وعلى رأسها جامعة الدول العربية كجهاز سياسي، وفقا لنص المادة الخامسة من ميثاقها⁴.

المطلب الثاني/ الموقف من القضاء الدولي

يمكن التمييز في هذا المجال بين المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية.

أولا/ الموقف من المحكمة الدائمة للعدل الدولي

كان موقف الدول العربية من المحكمة الدائمة للعدل الدولي موقفا سلبيا. فلم يقبل باختصاص هذه المحكمة لتسوية مختلف المنازعات، ومن بينها المنازعات الحدودية والإقليمية، إلاّ دولتين فقط هما مصر والعراق طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 36 من النظام الأساسي للمحكمة. لكن هذا القبول كان بتحفظات، وفي نهاية عهد المحكمة، بحيث لم يدخل تصريحهما حيز النفاذ لعدم التصديق عليهما⁵. لذلك لم يعرض أي نزاع حدودي أو اقليمي عربي خالص على المحكمة، باستثناء نزاع واحد أصدرت فيه المحكمة رأيا استشاريا سنة 1925، كان أحد أطرافه دولة عربية هي العراق، وهو ما يعرف بقضية الموصل التي فصلت فيها المحكمة الدائمة عن طريق رأي استشاري⁶. لكن هذا الموقف لا يمكن الحكم عليه بالإطلاق، لكون معظم الدول العربية كانت آنذاك مستعمرة، كما أنّ العامل الديني قد يكون هو الآخر وراء هذا الموقف⁷.

ثانيا/ الموقف من محكمة العدل الدولية

يعدّ استعداد الدول العربية للتقاضي أمام محكمة العدل الدولية وفقا لاختصاصها الإلزامي طبق لنص الفقرة الثانية من المادة 36 من نظامها الأساسي محتشما، لم يتعدّ

نطاق نوع واحد من المنازعات أو قبول بعضها، ولكن مع تحفظات يمكنها استرجاع ما قدّمته اليد اليمنى باليد اليسرى. فوفقاً لهذا المعيار فإنّ هناك دولتين عربيتين فقط تقبلان اختصاص المحكمة، وهما مصر منذ سنة 1957، من خلال تصريح 24 أفريل 1957 و22 جويلية 1957، والسودان منذ 1959، مع ملاحظة أنّ الفقه رأى أنّ التصريح المصري يمكن استبعاده من نطاق التصريحات الصادرة وفقاً للفقرة الثانية من المادة 36، لأنّ هذه الفقرة تخصّ قبول اختصاص المحكمة بصدد المسائل القانونية التي تتعلّق بالمسائل الأربعة التي عدّتها تلك الفقرة وفي إطار التحفظات التي يتضمّنّها تصريح القبول. كما أنّ التصريح السوداني تضمّن تحفظاً خطيراً يمكن فهمه على أنّه استبعاد لأيّ نزاع يمكن لدولة أخرى أن تعرضه على المحكمة، لأنّ هذا التصريح تضمّن تحفظاً أخرج من اختصاص المحكمة أيّ نزاع يتعلّق بمسألة من المسائل التي تدخل أساساً في نطاق الإختصاص الوطني للجمهورية السودانية كما تحدّده الجمهورية السودانية⁸.

أما فيما يخص قبول الإختصاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة 36 من النظام الأساسي للمحكمة⁹، والتي تسمح بعرض النزاع على المحكمة بمقتضى المسائل المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة أو المعاهدات والاتفاقيات، فإنّ الواقع العملي يؤكّد نفور الدول العربية من القبول وفق المعاهدات والاتفاقيات، ذلك أنّ الدول العربية تتجنّب هذا النوع من الإختصاص ربما لعدم توقّعها للأطراف التي ستكون طرفاً فيها. كما أنّ هذا النوع يفترض عدم نشوب النزاع بعد، في حين أنّ اللجوء إلى المحكمة بموجب اتفاق خاص يفترض نشوب النزاع أولاً، ثم معرفة الطرف الذي يتم مقاضاته. كما أنّ الإتفاق الخاص يسمح بإدراج المسائل المطلوب تسويتها بدقة عكس قبول الإختصاص وفق المعاهدات والاتفاقيات. كما أنّ الإتفاق الخاص لا يطرح فكرة عدم الظهور أمام المحكمة عكس اللجوء إليها وفق المعيار الأول¹⁰.

عرضت على محكمة العدل الدولية تسع قضايا بمقتضى اتفاق خاص حتى سنة 1994، كانت حصة الدول العربية منها قضيتين فقط أطرافها عربية بحتة¹¹، هي قضية النزاع الحدودي البحري بين ليبيا وتونس حول الامتداد القاري سنة 1982، وتم الفصل فيها سنة

¹² 1985، وقضية بعض المسائل الإقليمية بين قطر والبحرين سنة 1991 والتي تم الفصل فيها سنة 2001¹³.

ورغم أنّ المحكمة لها دور فعّال في تسوية العديد من المنازعات الحدودية والإقليمية بموجب التجربة الواسعة التي اكتسبتها بمرور الزمن، وتأثير ذلك على بلورة العديد من الإجهادات والقواعد في هذا المجال، تبنت أغلبها إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، إلاّ أنّ حذر الدول العربية من اللجوء إليها بقي مستمرا، ولو بموجب اتفاق خاص، وهو حذر ليس له مبرر، خصوصا أمام حجم النزاعات الحدودية والإقليمية العربية الذي يعدّ معتبرا وأدى في الكثير من المرات إلى نتائج خطيرة وصلت أحيانا إلى نزاعات مسلحة. وربما ستكون النتائج التي توصّلت إليها المحكمة في تسوية النزاع القطري البحريني سنة 2001 بادرة تزيل كل الشكوك تجاه المحكمة والموقف العربي المتحفّظ منها.

المبحث الثاني/ أسباب فشل الدول العربية في إنشاء جهاز تحاكم عربي

بعد دراستنا السابقة حول موقف الدول العربية من التحاكم الدولي، والنتيجة المتوصّلة إليها من تحفّظها من اللجوء إليه، رغم الإمكانية القانونية وقدرة التحكم في ذلك، وحتى وجود تجربة في نتائجه الحسنة المتوصّلة إليها ورضا كل الأطراف بذلك، كالنزاع الليبي التونسي، أو القطري البحريني، أو حتى النزاعات التي كانت إحدى الدول طرفا فيه أمام محكمة العدل الدولية¹⁴، أو أمام المحاكم التحكيمية¹⁵، كان من المتوقّع، بل من المفروض، على الدول العربية اللجوء إلى بديل لذلك، وهو محاولة إنشاء هيئات تحاكم عربية بحتة، إلاّ أنّ الواقع العملي أكّد عكس ذلك، رغم وجود محاولات عديدة تمثّلت في إنشاء محكمة عدل عربية كجهة تحاكم بين الدول العربية. فما هي أسباب الفشل في تحقيق هذا الهدف على أرض الواقع؟

قبل معرفة أسباب فشل الدول العربية في إنشاء محكمة عدل عربية، يجدر التطرق إلى المحاولات التي تمت في هذا الإطار والخطوات المستمرة للوصول لذلك.

المطلب الأول/ الجهود المبذولة لإنشاء محكمة عدل عربية

نشأت جامعة الدول العربية سنة 1945 دون أي جهاز تحاكمي تابع لها. ولم يتم إلى الآن إنشاء محكمة العدل العربية المنصوص عليها في المادة 19 من ميثاقها رغم مرور ستين عاما على إنشاء الجامعة.

اختلفت الآراء بخصوص إنشاء محكمة عدل عربية، فهناك اتجاه أول، وهو الغالب، يرى ضرورة الإنشاء، واتجاه ثاني نادى بضرورة التخلي عن فكرة الإنشاء، على أن تعوّض الفكرة ببدائل مثل التحقيق والوساطة والمسامحة والحميدة والتحكيم الدولي، مع إلحاق بروتوكول خاص بالتسوية السلمية العربية بميثاق الجامعة¹⁶.

بدأ التفكير في إنشاء محكمة عدل عربية بدءا من سنة 1950 في إطار اللجنة السياسية لمجلس الجامعة في إطار تفعيل نص المادة 19 من الميثاق.¹⁷ فقد أثيرت فكرة إنشاء المحكمة أثناء المناقشات التي تمت حول مشروع معاهدة الدفاع المشترك والتعاون الاقتصادي في ابريل 1950. وقدّم الوفد اللبناني بتاريخ 11 ابريل 1950 إقتراحا إلى الأمين العام للجامعة لإدراج موضوع إنشاء المحكمة في جدول أعمال مجلس الجامعة، مع اقتراح تعيين لجنة خاصة لإعداد مشروع النظام الأساسي للمحكمة يعرض على مجلس الجامعة في دورته القادمة¹⁸.

وفعلا، أصدرت اللجنة السياسية توصية بتاريخ 13 أبريل 1950 بتشكيل لجنة ثلاثية¹⁹ لإعداد المشروع، وهو ما تم فعلا، حيث عرضت اللجنة الثلاثية تقريرها على مجلس الجامعة في دورته الحادية والعشرين سنة 1954 مع طلب استيضاح بعض المسائل العالقة كاختصاص المحكمة وطبيعة المحكمة هل هي قضائية بحتة أو يسمح بإنشاء ما يسمى بنظام القاضي الوطني وكيفية تنفيذ قرارات وأوامر المحكمة. وتم إحالة طلب الإيضاحات إلى الدول الأعضاء لإبداء ملاحظاتها. وتم إعداد أول مشروع للنظام الأساسي وأحيل إلى الدورتين المنعقدتين سنة 1963 و1964²⁰.

وعند عرض المشروع على القادة العرب تم تأجيل النظر فيه إلى دورة أخرى، لكن المشروع بقي يراوح مكانه لوجود ضرورة في تعديل ميثاق الجامعة يتماشى وإنشاء المحكمة رغم محاولة إجراء هذا التعديل سنة 1981. واستمر الحال على ما هو عليه حتى سنة

1994، حيث قرّر مجلس الجامعة المنعقد في دورته 102 تكليف الأمانة العامة بإعداد مشروع متكامل لإنشاء المحكمة وعرضه على دورة 1995. لكن ذلك لم يتم إلى حد الآن²¹

المطلب الثاني/ أسباب فشل إنشاء محكمة عدل عربية

هناك عدة أسباب أدت إلى الفشل في إنشاء المحكمة، منها:

أولاً/ تردد الدول العربية من عملية التقاضي بوجه عام

يسود اعتقاد عام لدى أعضاء المجتمع الدولي والداخلي على السواء أنّ اللجوء إلى القضاء يشكّل تصرفاً غير ودي يمكن أن يؤثر على العلاقات بين أطراف الدعوى، لذلك يجب العمل على تفاديه قدر الامكان باللجوء إلى وسائل التسوية السلمية الأخرى المتاحة²². وتصدق هذه الفكرة على الدول العربية أكثر من غيرها. ويؤكد هذا الموقف الذي اتخذته البحرين تجاه قطر نتيجة لجوء هذه الأخيرة إلى محكمة العدل الدولية لعرض النزاع الحدودي بينهما من طرف واحد. فرغم موافقة البحرين المبدئية على تسوية النزاع بواسطة تلك المحكمة، إلا أنّ اللجوء الإنفرادي لقطر إلى المحكمة خلق توتراً حاداً بين الدولتين كانت نتيجته رفض البحرين التوجه إلى قطر للمشاركة في اجتماع دول مجلس التعاون الخليجي سنة 1996²³. وربما يكون لهذا الموقف العربي من التقاضي أسبابه الدينية والتاريخية، لكن هذا الموقف كان سيكون هيّنا لو وجدت البدائل الأخرى للتسوية السلمية طريقاً لها، وكان لها أثراً ظاهراً، لكن الواقع يؤكد أنّه حتى هذه الوسائل الأخرى، كالوساطة والتوفيق والمسامحة الحميدة، لم تكن لها نتائج مرضية، مما يجعل السرعة في إنشاء هيئات تحاكم عربية أمر أكثر من ضروري، خصوصاً محكمة العدل العربية، حيث يمكن التحكم في الإختصاص والإجراءات وتفايدي كل التحفظات التي كانت مطروحة بخصوص هيئات التحاكم الدولي كعدم المشاركة في وضع قواعدها ونصوصها القانونية وانتخاب قضاتها.

ثانياً/ غياب الإرادة السياسية في إنشائها

رغم الأهمية العملية في إنشاء المحكمة العربية وما يترتب عن تجنبّ التحفظات تجاه التحاكم الدولي (ولو أنّها غير مبرّرة حالياً)، إلا أنّ غياب الإرادة السياسية في إنشاء محكمة عدل عربية، رغم المزايا التي تحقّقها هذه المحكمة، ما زال يقف حجر عثرة في تسوية

العديد من المنازعات العربية، خصوصاً المنازعات الحدودية والإقليمية. فرغم توفر النية- نظرياً على الأقل- في إنشائها من خلال التحضيرات الطويلة لأنظمتها الأساسية سنوات 1965، 1951، 1973، 1990 و 1995²⁴، إلا أنه تأجل دراستها لأسباب تبقى مجهولة. فعندما يتم الإنتهاء من إعداد النظام الأساسي ويعرض على مجلس جامعة الدول العربية، يتم تأجيله إلى دورة أخرى دون سبب جدي. كما أن عدم الإهتمام تجلّى في منح الموضوع بكل جوانبه لجهات غير مهتمة بالموضوع أصلاً، أو إلى مسؤولين ليسوا على مستوى عالي من التخصص والكفاءة²⁵.

كما وصل الإختلاف إلى حدّ تصور كل دولة عربية لمشروع خاص بها دون مراعاة الأطراف العربية الأخرى، وإدراج تحفظات من نوع خاص، كالتحفظ السعودي على مشروع النظام الأساسي، رغم قبولها المبدئي بالمشروع. ومضمون هذا التحفظ أن " قبول المملكة العربية السعودية لولاية المحكمة في أية قضية تكون طرفاً فيها مشروطاً بأن لا يتعارض حكم المحكمة مع الكتاب والسنة"²⁶، وهو ما يجعل من المملكة مستبعدة كطرف محتمل من أي نزاع يطرح على المحكمة، إن تمّ إنشاؤها، خصوصاً أن المادة 21 من مشروع النظام الأساسي لها ينص على أن المحكمة تفصل في " القضايا التي تعرض عليها وفقاً لمبادئ ميثاق الجامعة وأحكامه، ومبادئ القانون الدولي وقواعده، وتطبق:

1- القواعد المعترف بها صراحة من قبل الأطراف المتنازعة، والتي تتضمنها الإتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المبرمة بينها.

2- مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها..."

فالمادة المذكورة تبنت القواعد القانونية (الإتفاقية والعرفية) قبل مبادئ الشريعة الإسلامية. ومن غير المستبعد أن يكون حكم المحكمة متعارضاً مع الحكم الذي ترتضيه المملكة حسب تحفظها، وحينها نكون أمام إشكالية أخرى وهي عدم تنفيذ الحكم حتى ولو كان هناك رضا باللجوء إلى المحكمة²⁷.

ثالثاً/ نقص التجربة في اللجوء إلى التسوية القانونية

كما سبق تفصيله، فإنّ الدول العربية كانت متحفظة جداً من اللجوء إلى التحاكم الدولي بنوعيه، التحكيم والقضاء، عكس الدول الأوروبية ودول أمريكا اللاتينية والآسيوية وحتى

الإفريقية. لذلك لم تكن هناك تقاليد سابقة لإنشاء جهاز قضائي مستقر كبقية الدول²⁸، ولو أنّ الأمر مفهوم لارتباطه بالظروف التاريخية التي عاشتها الدول العربية، إضافة إلى العامل الديني.

رابعاً/ التمسك المفرض بفكرة السيادة

ارتباطاً بالظروف التاريخية التي عاشتها الدول العربية، خصوصاً الإستعمار لمدة طويلة، وما خلفه في شعوبها، فإنّ الدول العربية كانت لها حساسية مفردة تجاه مفهوم السيادة بعد أن تحصلت على استقلالها. فكان الواقع أنّ رأت أن كل منازعاتها غير قابلة للتسوية من طرف غيرها، فهي الخصم والحكم في آن واحد²⁹. لذلك لم يكن بالإمكان إنشاء جهاز تحاكمي عربي واحد، يتماشى وتنازل كل دولة عربية على جزء من سيادتها لصالح هذا الجهاز. وإذا كان هذا الاتجاه متصوراً ويمكن تفهّمه في مختلف الأجهزة السياسية العربية، فإنّه غير مقبول على الإطلاق تجاه جهاز تحاكمي موحد مادام أنّ التسوية تتم بوسائل قانونية وليست سياسية، فأدلة الإثبات المقدّمة من كل طرف هي الفيصل في هذا المجال وليست المواقف السياسية.

المبحث الثالث/ التحاكم الدولي كبديل مؤقت للتحاكم العربي

في ظل غياب (أو تغييب) جهاز تحاكمي عربي لتسوية النزاعات العربية، ومن أهمها المنازعات الحدودية والإقليمية، وجدت بعض الدول العربية متنقّساً لها باللجوء إلى التحاكم الدولي، رغم التحفظات التي سادت تجاهه في وقت من الأوقات.

ورغم قلة القضايا العربية المتعلقة بالمنازعات الحدودية والإقليمية التي طرحت على التحاكم الدولي، إلاّ أنّه نجح في تسويتها وارتضت الدول العربية الأطراف فيها الأحكام التي توصل إليها. فما هي أسباب لجوء الدول العربية إلى التحاكم الدولي؟ وكيف نجح في تسوية المنازعات المطروحة عليه؟

إنّ من بين أسباب لجوء بعض الدول العربية إلى التحاكم الدولي ونجاحه في تسوية منازعاتها الحدودية والإقليمية:

المطلب الأول/ غياب جهاز تحاكمي عربي

لجأت بعض الدول العربية إلى التحاكم الدولي كبديل للتحاكم العربي في ظل غياب جهاز تحاكم عربي دائم أو مؤقت. فالأسباب التي سبق التفصيل فيها كانت سببا في عدم وصول هذه الدول إلى أرضية مناسبة لإنشاء جهاز موحد تتجه إليه كل الدول العربية لتسوية أي نزاع بينها، خصوصا النزاعات الحدودية والإقليمية الكثيرة، حيث لا نكاد نجد دولتين عربيتين متجاورتين إلاّ وهناك نزاع حدودي أو إقليمي بينهما، بحري أو بري، يهدّد حسن الجوار المفترض بينهما. وإن كانت الأسباب التاريخية هي السبب فيها، لكن لا يمنع من وجود عوامل أخرى كانت الدول العربية هي المتسبب فيها بالدرجة الأولى، كالنظرة الضيقة المرتبطة بالجانب الاقتصادي في المناطق الغنية بمصادر الطاقة كالبترول والغاز وغيرها من الثروات الطبيعية.

إنّ كثرة هذا النوع من المنازعات يتطلّب وجود جهاز تحاكمي عربي موحد يفي بالغرض المنشود ويقي من عدة سلبيات تترتب عن اللجوء إلى جهاز تحاكم دولي، منها التشكيل البشري للجهاز الدولي والمصاريف القضائية الباهظة الممنوحة للمحاميين والمستشارين الدوليين والقانون المطبّق والإجراءات القضائية المعقّدة ومدة الفصل في النزاع وغيره... فكل هذه السلبيات كان يمكن تفاديها لو تم إنشاء جهاز تحاكم عربي يمكن التحكم فيه من البداية ومجانبة السلبيات التي وقعت فيها جهات تحاكمية إقليمية أو دولية مشابهة، خاصة مع العوامل المشتركة بين الدول العربية كاللغة والدين والجوار والمصير المشترك.

المطلب الثاني/ وجود سوابق تحاكمية عربية أمام هيئات تحاكمية دولية

لعل لجوء بعض الدول العربية إلى التحاكم الدولي لتسوية منازعاتها الحدودية والإقليمية (رغم قلتها) هو نجاح هذا النوع من التحاكم في عملية التسوية ورضا كل الأطراف بها، مع اقتناعها بالأحكام التي توصلت إليها، وهو ما خلق نوعا من الثقة لدى بعض الدول العربية واقتنعت بأنّ اللجوء إلى التحاكم الدولي أفضل وسيلة وأقصر طريق لتسوية النزاع رغم السلبيات التي تشوبه كما سبق تفصيله. لكن يبدو أنّ فكرة الغاية تبرر الوسيلة كانت نافعة لبعض الدول العربية في مثل هذه الحالات. ولعلّ الأمثلة على هذا

النجاح كانت مع لجوء بعض الدول العربية إلى تسوية منازعاتها الحدودية والإقليمية عن طريق التحاكم الدولي. ونفصل في بعضها فيما يلي:

أولا/ المنازعات أمام محكمة العدل الدولية

طرح على محكمة العدل الدولية نزاعان حدوديان عربيان، تم الفصل فيهما وارتضت هذه الدول بالحكم ونقّذته.

1- النزاع الليبي التونسي حول الجرف القاري³⁰

تعود أسباب الخلاف التونسي الليبي حول عملية تحديد منطقة الجرف القاري بينهما، نظرا للثروات التي تتمتع بها هذه المنطقة، مما خلق تعارضا بين الدولتين والذي تأكّد في حجج وتبريرات كلا منهما.

عرض الطرفان نزاعهما على محكمة العدل الدولية في ديسمبر 1978 بموجب اتفاق خاص (اتفاق 10 جوان 1977).

ادّعت تونس أنّ لها حقوقا تعود إلى سنة 1968، وهي حقوق تعتمد على خط تساوي الأبعاد *L'équidistance*. كما استندت على مبررات اقتصادية وجغرافية، فهي دولة فقيرة من حيث الموارد الزراعية والمعدنية والباطنية، خاصة البترول، ولم يبق أمامها إلاّ الموارد البحرية المتمثلة في الثروة السمكية المتوقّرة في المناطق المتنازع عليها. أما المبررات الجغرافية فتتمثّل في شكل تضاريس الأرض وقياس أعماق البحار (الباتيمتري). فمن خلال دراسة هذه الأشكال تبيّن وجود علاقة بين الظروف الخاصة للمنطقة والجرف القاري. بينما ادّعت ليبيا أنّ المبررات الاقتصادية ليست عاملا لتحديد الجرف القاري. كما أنّ الاستكشافات أكّدت عدم وجود موارد بترولية في الآبار المحفورة في المناطق المتنازع عليها. أما عن المبررات الجغرافية والجيولوجية فأكّدت الدراسات بشأنها أنّ مسار تمزّق القشرة الأرضية كان باتجاه الشمال، والذي خلق حافة قارية تقع شمالا ذات اتجاه غربي. كما أنّ التطورات الجغرافية اللاحقة لم تغبّر من الوضعية³¹ ووصلت المحكمة إلى قناعة أنّ الفصل في القضية إنّما يكون وفق مشروع اتفاقية مونتقوباي (1982) ومبادئ العدالة. وفي 24 فيفري 1982، حكمت محكمة العدل الدولية لفائدة الجماهيرية الليبية بكامل الجرف القاري بأغلبية (10). وتقدّمت تونس للمحكمة بطلب في

إعادة النظر في الحكم قصد تعديله، وبتاريخ 10 ديسمبر 1985 صدر حكم يقضي برفض الدعوى القضائية وتقبلت تونس الحكم للمرة الثانية³².

2- قضية التحديد البحري والمسائل الحدودية بين قطر والبحرين³³

طرحت البحرين وقطر نزاعهما الحدودي على محكمة العدل الدولية سنة 1991. وكان موضوع النزاع يدور حول أحقية كل دولة بالسيادة على الجزر الثلاث محل النزاع وهي جزر حوار *Hawar* ومنطقة الزبارة *Zubara* وجزيرة جنان *Janan*³⁴.

إعتمدت كل دولة على مجموعة من المبررات لتأكيد أحقيتها على هذه المجموعة من الجزر، ومن بين هذه المبررات مبرر لكل ما في حوزته والممارسة الفعلية والمبرر التاريخي والمبرر الجغرافي.

رفضت المحكمة الإدعاء البحريني بأحقيتها على منطقة الزبارة لأنها وجدت أن النشاطات الممارسة على هذه المنطقة كلها عبارة عن عملية قرصنة *Activity piracy*، لأن أفراد عائلة "النعيمي" الموالية للبحرين - والتي كان لها سلطة على الزبارة- كانوا يؤدون خدمات للبحرين، وعلى الرغم من ذلك لم يمارسوا عليها أي سلطة باسم البحرين. أما بخصوص جزر حوار فقد رفضت المحكمة الادعاءات القطرية لأن هذه الأخيرة قبلت حكم بريطانيا سنة 1939 الذي أقر أن هذه الجزر للبحرين، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا الحكم البريطاني يعتبر بمثابة حكم تحكيي، لأن الطرفين قد ارتضياه وكان هناك تبادل لرسائل بينهما على هذا الأساس منذ ذلك التاريخ، لذلك فإن هذه الجزر هي جزر بحرينية بناء على مبرر النشاطات الاستعمارية (من مخلفات الإستعمار البريطاني). أما بخصوص جزيرة جنان فقد حكمت المحكمة بأحقية قطر عليها استنادا إلى حكم المحكم البريطاني السالف الذكر (حكم 1939) مادام أن هذا الحكم قد خصّ البحرين بالسيادة على حوار دون جزيرة جنان رغم أن بريطانيا حاولت استدراك الأمر باعترافها بسيادة البحرين على جنان أيضا سنة 1993³⁵.

ثانياً/ المنازعات أمام التحكيم الدولي

تعتبر قضية أبيي السودانية القضية الحدودية العربية الوحيدة، التي كان طرفاها دولتين عربيتين، نجح التحكيم الدولي في تسويتها. ومنطقة أبيي غنية بالنفط، وهي تقع على الحدود بين شمال وجنوب السودان، تمتد داخل ولايتي غرب كردفان وشمال بحر الغزال. وكان من المقرر منذ عام 2005 أن تخضع المنطقة للحكم المشترك من طرف الجهتين الحاكمين في شمال وجنوب السودان. وخلال الحرب الأهلية التي مزّقت البلاد خلال الفترة بين 1983 و2005، لجأ الطرفان إلى استعمال السكان المحليين للقتال بدلاً عنهم.

نصّ بروتوكول أبيي على إجراء استفتاء عام 2011 تقرّر بموجبه أبيي الإلتحاق إما بالشمال أو بالجنوب، وإقرار الإدارة المشتركة إلى ذلك الحين. كما يحدّد البروتوكول كيفية تقاسم العائدات النفطية للمنطقة بين حكومة الوحدة الوطنية بالشمال وحكومة جنوب السودان بالإضافة إلى تأكيده على حقوق الرعي بالنسبة لرعاة المسيرية الذين يعيشون في شمال أبيي. كما قام البروتوكول بتكليف مفوضية ترسيم حدود أبيي "بتحديد وترسيم" المنطقة التي يتنازع على حدودها كل من الشمال والجنوب.

ويوضّح الفصل الرابع من اتفاق السلام الشامل على أنّ الأشخاص الذين يعيشون بشكل دائم في أبيي هم من قبيلة نجوك المنتمين إلى مجموعة الدينكا العرقية. أما المجتمعات العربية، بما فيها المسيرية، فهي عادة ما تنقل مع مواشها عبر المنطقة في مواسم معينة بحثاً عن المرعى والمياه والتجارة. وهذا يعني أنّ الطائفتين عادة ما تتواجهان وقد أدّى ذلك إلى دخولهما في اشتباكات في الماضي.

توصّل حكم المفوضية "النهائي والملزم"، الصادر في يوليو/تموز 2005، إلى أنّ أبيي أكبر بكثير مما كانت تدّعيه حكومة الشمال. وتأتي أهمية حجم أبيي من منطلق تأثيره على كمية النفط المخصص لها، بالإضافة إلى توقع تصويت سكان منطقة أبيي خلال الاستفتاء المقرر لعام 2011 على الانضمام إلى جنوب السودان. وقد رفضت حكومة الوحدة الوطنية هذا الحكم بدعوى أنّ المفوضية قد تجاوزت حدود ولايتها.

وقد اتفق الجانبان على أنّ محكمة تحكيم خاصة بأبيي داخل محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي هي التي يجب أن تقرّر ما إذا كان هذا القول صحيحاً وبالتالي إذا ما كانت

صلاحيات المفوضية لا تزال سارية المفعول. واتفقا كذلك على أنه إذا تبين للمحكمة أنّ المفوضية قد تجاوزت حدود ولايتها فينبغي أن تتخذ المحكمة قراراً جديداً بشأن حدود أبيي على أساس المعلومات المقدمة من الطرفين. وبعد مراعاة الحجج المقدمة من الطرفين، توصلت المحكمة إلى تسوية النزاع بترسيم الحدود، وأعطت الأبعاد والخريطة الملحقة بالحكم والنقاط المرجعية لها³⁶.

المطلب الثالث/ قبول الحكم وتنفيذه وتأثيره على تسوية النزاع

ظهر رضا الدول العربية بنتائج التحاكم الدولي من خلال الإستجابة المطلقة لمختلف الأحكام التي توصل إليها وتطبيقها على أرض الواقع. وأحسن مثال على ذلك ما حدث في قضية قطر والبحرين، حيث تعاطت كل دولة مع نتيجة الحكم حتى قبل صدوره في شكله الرسمي ومع ما كان يصل من أصداء. فقد أكدّت قطر أنّها تحصلت على أكثر من ثمانين في المائة مما تريد، وهذا يعدّ انتصاراً لإرادتها وادارتها للأزمة، وهي التي سعت إلى هذه النتيجة سنوات طويلة، والبحرين اقتنعت عندما اكتشفت بقاء جزر حوار ضمن أراضيها، لأنّها حصلت على ثلث أراضيها التاريخية.

لكن هل كان من الصعب الوصول إلى هذه النتيجة لو تم التحاكم أمام جهاز عربي دون اللجوء إلى التحاكم الدولي؟ هل كانت الجامعة العربية تفشل لو تصدّت إلى هذا النزاع بجدّ؟ وهل هذا يعبر على أنّ مجلس التعاون الخليجي، الذي تنتمي إليه الدولتان، فشل هو الآخر؟ ثم هل كان الطرفان سيقبلان بنتيجة الحكم، إن صدر من جهاز عربي، بدرجة القبول نفسها الذي تم تجاه حكم محكمة العدل الدولية؟

والشيء نفسه حدث في قضية أبيي التي فصلت فيها المحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي، حيث أعطت المحكمة حلاً وسطاً وفر المناخ الملائم لإرضاء كل الأطراف مما جعل البعض يصفها بالمباراة اللاصفرية³⁷، أي أنّ مكسب طرف لا يعني خسارة الطرف الآخر، وخسارة طرف لشيء ستكون له مكاسب أخرى، وبذلك تكون مكاسب للطرفين، مما يجعلهما يسعيان للحفاظ عليها وفقاً لنظرية تبادل المصالح. وبما أنّ نتيجة التحكيم نهائية، مادام الرضا بالحكم ضروري قبل اللجوء إليها، فإنّ كل الأطراف احتفلت بالمكاسب المحقّقة، فكل طرف خرج منتصراً.

ويعتبر الأستاذ محمد أحمد الدرديري، وكيل حكومة السودان في التحكيم حول منطقة أيبي، بأنّ الحكم الذي صدر يوم 22 جويلية 2009 يعدّ انتصارا للحق والعدل، وأنّ الطرفين سيعملان ما يمكن على ترسيم الخريطة الجديدة على الأرض³⁸ إنّ هذا الاتجاه العربي من التحاكم الدولي يدل على أنّ الدول العربية ارتضت الأحكام الدولية بديلا عن التحاكم العربي الغائب أصلا. فالحل العربي لم يكن مستحيلا لو كانت هناك هيئة تحاكم عربية، ولا يفسّر ذلك إلّا بفقدان الثقة بكل ما هو عربي "شقيق". فالحل سيكون لا محالة موجودا لو بحث عنه أحد، أو لو وجدت النية في البحث عنه.

خاتمة

بعد هذا البحث يمكن الوصول إلى النتائج التالية:

- لا شك أنّ إنشاء هيئة تحاكمية عربية أصبح أمرا ضروريا لا غنى عنه، باعتبارها أفضل وسيلة لتسوية المنازعات العربية بصفة عامة، والمنازعات الحدودية والإقليمية المتراكمة بصفة خاصة. كما أنّ إنشاءها يعدّ ضروريا أيضا لعدة اعتبارات ومبررات، أولها المبرر الشرعي، فالإسلام فرض على المسلمين تسوية منازعاتهم بواسطة قاض مسلم، فالقضاء من الولاية العامة، ورأي جمهور علماء المسلمين كان في الّا يتولى غير المسلم ولايته على المسلمين، لقوله سبحانه وتعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" (الآية 14 من سورة النساء). فهذه القاعدة قد تكون أول دافع لإنشاء جهاز تحاكم عربي.

- كما أنّ ضرورة إنشاء جهاز تحاكمي عربي سيساعد جامعة الدول العربية في تأدية وظائفها بكل سهولة. لأنّ وجود هذا الجهاز يجعل من الجامعة تسترشد بأرائه في كل أعمالها القانونية في كل مسألة تعرض عليها، خصوصا وأنّ ميثاق الجامعة خالي من كل جهة أخرى تتوجّه إليها لأخذ رأيها في كل نزاع يطرح عليها، ومنها المنازعات ذات الطابع القانوني كالمنازعات الحدودية والإقليمية بين الدول العربية. وحتى لا تتحوّل المنازعات الحدودية العربية إلى منازعات ذات طابع سياسي، تتكفّل بها هيئات سياسية دولية ربما يكون حلها للقضية غير مرض.

- إنّ أهم عامل سيساعد في إنشاء جهاز تحاكمي عربي هو الخصائص المميزة للأمة العربية كاللغة والدين والحضارة والمصالح المشتركة والنطاق الجغرافي المتصل. لكن هذا الغياب

لجهاز تحاكمي عربي موحد مؤقتا لا يعني بقاء المنازعات الحدودية والإقليمية العربية، مع كثرتها وتراكمها، قيد الانتظار، لأنّها تؤدي إلى انزلاقات لا يعرف مداها، فالأجدر اللجوء إلى أجهزة تحاكم دولية كبديل مؤقت لجهاز التحاكم العربي المرتقب، خصوصا وأنّ لجوء بعض الدول العربية إليها ورضاها التام بأحكامها كانت له آثار مقبولة. فهذه الحلول التحاكمية الدولية أزلت فتيل عديد الأزمات، فلا مانع من اللجوء إليها مع السعي الحثيث في إنشاء جهاز تحاكمي عربي.

الهوامش

¹ - يقصد بالتحاكم في هذا البحث اللجوء إلى التحكيم والقضاء الدوليين. وللتمييز أكثر بين الوسائل التحاكمية وغير التحاكمية، أنظر د. الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحاكمية وغير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية، الدار الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1999.

² - الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية ومدى ملاءمتها كبديل مؤقت لمحكمة العدل العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 288 وما بعدها.

³ - يواجه الباحث في المنازعات الإقليمية والحدودية تداخلا شائعا بين ما يسمى نزاع تحديد الحدود *Conflit de délimitation*، وهو نزاع الحدود بالمعنى الدقيق، والذي ينصبّ بشكل أساسي على تحديد المسار الصحيح لخط الحدود الفاصل بين دولتين متجاورتين، وبين ما يسمى بنزاع منح السيادة على الإقليم *Conflit d'attribution de souveraineté* أو ما يسمى أيضا بالنزاع الإقليمي *Conflit territorial*، وهو النزاع المتعلق بمنطقة حدودية أو مساحة من الأرض مشتركة بين دولتين يحاول كل طرف إثبات تبعيتها لإقليمه. وأثير هذا الخلاف في العديد من القضايا أمام محكمة العدل الدولية، ومن بين هذه القضايا قضية النزاع الحدودي بين كمبوديا وتايلندا أو ما يعرف بقضية المعبد، حيث أكدت كمبوديا على لسان محامها *Reuter* أن النزاع المعروض على المحكمة هو نزاع تعيين خط الحدود وليس نزاعا إقليميا، محاولا استبعاد أدلة ومبررات ممارسة السيادة التي مارسها تايلندا على منطقة المعبد. والإشكال نفسه طرح في قضية النزاع الحدودي بين مالي وبوركينا فاسو، فقد أشارت المحكمة إلى أنّ الطرفين اختلفا في تصنيف النزاع المحال إليها فيما إذا كان نزاعا حدوديا أو نزاعا يخص منح السيادة على الإقليم. وفضلت في هذا الاختلاف بأنّه اختلاف في الدرجة فقط وليس في النوع. حيث صرحت المحكمة:

"Both Parties seem ultimately to have accepted that the present dispute belongs rather to the category of delimitation disputes, even though they fail to agree on the contentions to drawn from this. In fact, however, in the great majority of cases, including this one, the distinction outlined above is not so much a difference in kind but rather a difference of degree".

Territorial Dispute (Mali v. Burkina Faso), I.C.J. Reports 1986, p.563. para.17.

⁴ - الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية ومدى ملاءمتها كبديل مؤقت لمحكمة العدل العربية، المرجع السابق، ص. 301.

⁵ - قبلت العراق بمقتضى تصريحها الصادر في 22 سبتمبر 1938 اختصاص المحكمة بالنظر في جميع المنازعات المتعلقة بالمسائل القانونية الأربع التي عدتها الفقرة الثانية من المادة 36 مع استثناءات، مع بعض الشروط لتطبيقها،
أنظر:

P.C.I.J., Series E. No. 15, 1938-39, p.215-216.

كما كان التصريح المصري الصادر في 1939/01/30 مماثلاً للتصريح العراقي من حيث مدة نفاذه، وهي خمس سنوات من تاريخ إيداع وثيقة التصديق عليه، كما تحفظت أيضاً حول جملة من المنازعات.
انظر:

P.C.I.J., Series E. No. 15, 1938-39, p. 216.

ولأكثر تفصيل أنظر الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية...، المرجع السابق، ص.306.
⁶ - أنظر:

Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (frontier between Turkey and Iraq), P.C.I.J., Series B. No. 12, 1925.

تمخّض عنه معاهدة لوزان الثانية لتعيين الحدود بين تركيا والعراق في جويلية 1923 التي أشارت مادتها الثالثة، الفقرة الثانية على أنّ تعيين الحدود بين تركيا والعراق سوف يتم من خلال ترتيبات ودية بين تركيا وبريطانيا خلال تسعة أشهر، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق نهائي يحال النزاع إلى مجلس العصبة. وانتهت المدة التي تم تحديدها لتسوية النزاع وهي 5 جويلية 1924 دون توصل الأطراف إلى اتفاق. وفي 6 أوت 1924 طلبت الحكومة البريطانية أن يوضع البند التالي في جدول أعمال العصبة وهو الحدود الشرقية وتفسير المادة 2/3 من معاهدة لوزان المؤرخة في 24 جويلية 1923. وقبلت الحكومة التركية الدعوة التي وجهتها بريطانيا بأن ترسل مندوباً عنها للاشتراك في اجتماعات المجلس. وبدأ مجلس العصبة مناقشة النزاع بتاريخ 3 سبتمبر 1924، وبعد مناقشات طويلة تم الاتفاق على تعيين لجنة تحقيق من ثلاثة أعضاء من بلجيكا والسويد والمجر، لوضع تقرير عن حقائق وملابسات النزاع. وقدمت اللجنة الثلاثية تقريرها إلى مجلس العصبة في 16 جويلية 1925 موصية بأخذ رأي استشاري من المحكمة الدائمة للعدل الدولي في مسألتين قانونيتين. ووافق مجلس العصبة على هذا الطلب في 19 سبتمبر 1925. وطلب مجلس العصبة من المحكمة، وبهدف توضيح المادة الثالثة، الفقرة الثانية من معاهدة لوزان 1923، أن تعطي رأياً استشارياً في مسألتين:

- ما هي طبيعة القرار الذي يجب على مجلس العصبة أن يتخذه بخصوص المادة 2/3 من معاهدة لوزان، هل يأخذ صفة الحكم التحكيمي أم يعتبر مجرد توصية أو يتخذ شكل الوساطة لتسوية النزاع؟
- كيفية صدور القرار الذي يعوّل عليه لتسوية النزاع، هل يصدر بالإجماع أم بأغلبية الأصوات؟ وهل يمكن لأطراف النزاع المشاركة في عملية التصويت؟

⁷ - الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية...، المرجع السابق، ص.306.

⁸ - المرجع نفسه، ص.311، والتضخيم من المصدر، وحول التصريح المصري الصادر في 24 أبريل 1957 أنظر:
U.N.T.S., I no.21.Vol.256.

وحول نص التصريح المصري الصادر في 1957/07/22 أنظر:

I.C.J. Year Book, 1990-91, p.80.

أما حول مضمون التصريح السوداني، أنظر:

I.C.J. Year Book, 1990-91, p.108-109.

⁹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على:

" تشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليها المتقاضون، كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة" أو في المعاهدات والاتفاقات المعمول بها".

¹⁰ - لمراجعة فكرة عدم الظهور، أنظر أحمد أبو الوفا، مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية، دراسة في إطار قانون الإجراءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

¹¹ - الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية... المرجع السابق، ص.322.

¹² - أنظر:

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), I.C.J.Reports 1982, p.18.

¹³ - أنظر:

Maritime Délimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrein), I.C.J. Reports 2001, p.40.

¹⁴ - كالنزاع الليبي التشادي في الحكم الصادر سنة 1994، الليبي المالطي في الحكم الصادر عن المحكمة سنة 1985

Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J Reports 1994, p.6.

أو الحكم الصادر في 1985 بين ليبيا ومالطا سنة 1985،

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J.Reports 1985, p.13.

¹⁵ - كالنزاع اليمني الأرتيري في الحكم الصادر عن المحكمة الدائمة للتحكيم سنة 1998،

Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), R.I.A.A., 9 October 1998, Vol. XXII, p.296.

¹⁶ - أحمد أبو الوفا، جامعة الدول العربية كمنظمة دولية اقليمية. دراسة قانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، ص.244.

وانظر الصادق شعبان، حول التنظيم الجديد لتسوية النزاعات بالطرق السلمية في إطار جامعة الدول العربية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، تونس، 1981، ص.23.

¹⁷ - تنص المادة 19 من ميثاق جامعة الدول العربية على: " يجوز بموافقة ثلثي دول الجامعة تعديل هذا الميثاق

وعلى الخصوص لجعل الروابط بينها أمتن وأوثق ولإنشاء محكمة عدل عربية ولتنظيم صلات الجامعة بالهيئات الدولية التي قد تنشأ في المستقبل لكفالة الأمن والسلم".

¹⁸ - أنظر:

Azzeddine Foda, The Projected Arab Court of Justice, The Hague (1957), p.18.

¹⁹ - كانت اللجنة الثلاثية تضم الأساتذة محمد علي غازي، فؤاد عمون ووحيد رأفت.

²⁰ - فؤاد شباط و محمد عزيز شكري، القضاء الدولي، المطبعة الجديدة، دمشق، 1966، ص.394 وما بعدها

²¹ - الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص.272-273.

- 22 - المرجع نفسه، ص ص.327-328
- 23 - المرجع نفسه، ص.332
- 24 - مفيد شهاب، نحو محكمة عدل عربية، محاضرة إفتتاح المنتدى الفكري لمعهد البحوث والدراسات العربية، العام الأكاديمي 1994/1995، أُلقيت بتاريخ 25 أكتوبر 1994، ص.9
- 25 - الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية...، المرجع السابق، ص.335
- 26 - أنظر جامعة الدول العربية، مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل العربية، ص.1
- 27 - الخير قشي، غرف محكمة العدل الدولية...، المرجع السابق، ص ص.336-337
- 28 - لمراجعة موقف الدول الأوروبية ودول أمريكا اللاتينية والإفريقية والآسيوية من التحاكم الدولي، انظر عادل حسن عبد الله، التسوية القضائية لمنازعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص ص. ص 110-127
- 29 - عز الدين فودة، المرجع السابق، ص ص.91-92
- 30 - أنظر:
- Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p.18.*
- وللتفصيل أكثر في مبررات النزاع، أنظر:
- عمار كوسة، أسس الادعاء أمام محكمة العدل الدولية في المنازعات الإقليمية والحدودية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، باتنة، الجزائر، العدد 21، 2009، ص ص.175-196.
- 31 - أنظر:
- Continental Shelf case, Op.Cit. p.53.*
- 32 - المرجع نفسه، ص.53
- 33 - أنظر:
- Maritime Delimitation and Territorial Questions (Qatar v. Bahrain), I.C.J. Reports 2001, p.40.*
- 34 - المرجع نفسه، ص ص.67-69
- 35 - المرجع نفسه، ص ص.90-91
- 36 - أنظر الفصل الخامس من الحكم الصادر في 22 جويلية 2009
- www.pca-cpa.org.
- 37 - أنظر عمر صديق، تحكيم لاهاي يجعلها مباراة لا صفرية بين الشريكين.
- نقلا عن:
- www.sudaneseonline.com/cgi-bin/sdb.
- www.pca-cpa.org.
- 38 - أنظر حكم المحكمة في الموقع الرسمي للمحكمة:

الجهات القضائية الجزائرية ذات الاختصاص الموسع*

Dr. KARIMA Alla
Faculté de Droit Université d'Alger 1

د. كريمة علة
كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

ملخص

رغبة من المشرع في مواجهة الأنماط الجديدة للجرائم، أراد أن يستحدث بموجب القانون 14/04 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، جهات قضائية متخصصة في هذه الجرائم. لكنه إكتفى بتمديد الاختصاص الإقليمي لبعض المحاكم المحددة بموجب نص تنظيمي وذلك بالنسبة لجرائم المخدرات والجرائم المنظمة العابرة للحدود الوطنية والجرائم المعلوماتية وجرائم تبييض الأموال وجرائم الإرهاب وجرائم الصرف. ولمعرفة هل وفق المشرع في مسعاه هذا يحاول هذا المقال التحقق من مدى توفر مقومات التخصص لدى هذه الجهات القضائية المستحدثة وذلك من الناحية المؤسساتية ثم من ناحية اختصاصها النوعي.

الكلمات المفتاح

أقطاب متخصصة – جهات قضائية جزائية- قضاء جنائي- تخصص قضائي.

Extended competence Criminal courts

Summary

To face the new forms of crime, the legislator aimed to introduce, through law 04/14 of the 11/10/2004 completing and modifying the criminal procedure code, into the penal judicial system specialized penal jurisdictions. To do so, he simply extended the territorial competence of certain existing jurisdictions determined by regulation and only about drug trafficking, or organized transnational crime, attack to the systems of automated treatment of data, money laundering, terrorism, and infringements relating to the legislation of exchanges. In order to know if the approach followed by the legislator devotes well the idea of creating specialized penal jurisdiction, this writing proposes to analyze and comment both of the institutional aspect of these jurisdictions and their *ratione materiae* competence.

* تم استلام المقال بتاريخ 11/02/2015 وتم تحكيمه بتاريخ 03/03/2015 وقُبل للنشر بتاريخ 03/05/2015.

Key words

specialized jurisdictions – criminal courts – criminal judges

Résumé

Pour faire face aux nouvelles formes de criminalité, le législateur a voulu introduire, à travers la loi 04/14 du 10/11/2004 complétant et modifiant le code de procédure pénale, dans le système judiciaire pénal des juridictions pénales spécialisées. Pour ce faire, il s'est contenté d'étendre la compétence territoriale de certaines juridictions déterminées par voie réglementaire et ce en matière de trafic de drogue, de crime transnational organisé, d'atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données, de blanchiment d'argent, de terrorisme, et d'infractions relatives à la législation de changes. Afin de savoir si la démarche suivie par le législateur consacre bien l'idée de création de juridiction pénale spécialisée, cet écrit se propose d'analyser et de commenter d'une part l'aspect institutionnel de ces juridictions et d'autre part leur compétence d'attribution.

Mots clés

Juridictions pénales – pôles spécialisées – spécialisation – crimes transnationaux – juridictions d'exceptions.

مقدمة

يتصدّر مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون جميع الحقوق والحريات المنصوص عليها في دساتير الدول¹ فهو مكسب من مكاسب انتصار مبدأ الشرعية على استبداد الحكام ومعاملتهم التحكّمية تجاه الأفراد ومن أجل ذلك ظلّت القوانين الإجرائية الجزائية الحديثة حريصة على احترام هذا المبدأ من خلال إخضاع جميع الأفراد لنفس الإجراءات القضائية ومحاكمتهم أمام نفس الجهات القضائية، إلا أنّ خصوصية بعض الأوضاع بسبب شخصية الجاني أو بسبب الخطورة المتميزة لبعض الأفعال استدعت تنظيم ردة فعل متميزة، فتضمّن القانون الإجرائي الجزائي على سبيل المثال إجراءات خاصة بجرائم الأحداث أو بالجرائم العسكرية.

و لقد مرّ التشريع الإجرائي الجزائي منذ صدوره سنة 1966 بعدة مراحل شهد خلالها إنشاء ثم إلغاء جهات قضائية جزائية خاصة، فتميّز بازدواجية القضاء الجزائي بحيث وجد من جهة جهاز قضائي جزائي "عام" منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية منذ سنة 1966 إلى يومنا هذا وهو يختص بكل الجرائم ماعدا تلك المستثناة بنص خاص ويقوم الإختصاص النوعي لهذا القضاء على أساس التقسيم الثلاثي

للجرائم بغض النظر عن خطورتها، ومن جهة أخرى قضاء جزائي خاص بالنسبة للأحداث أو بالنسبة للعسكريين بالإضافة إلى قضاء خاص بالجرائم الماسة بنظام وأمن الدولة من جهة والجرائم الإقتصادية من جهة أخرى.

فالخطوات الأولى للمشروع كانت استحداث جهات قضائية خاصة منظمّة بقوانين خاصة منفصلة عن قانون الإجراءات الجزائية في حين تمثّلت الخطوة الثانية في إدراج هذه الجهات الخاصة في الجهاز القضائي العام وإخضاعها لقانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، فاختلف القضاء الجزائي الخاص الموازي للقضاء العادي وحلّ محلّه قضاء عادي يطبّق إجراءات خاصة. والملاحظ أنّه في الفترة ما بين سنتي 1995 و2004 وبعد إلغاء كل الجهات الخاصة السالفة الذكر لم يبق من القضاء الجزائي الخاص سوى القضاء العسكري وقضاء الأحداث² بغض النظر عن المحكمة العليا للدولة المنصوص عليها في المادة 158 من الدستور. فأصبح القضاء الجزائي العادي ينظر في كل الجرائم بغض النظر عن خطورتها.

لكن منذ بداية التسعينيات وخاصة بعد اعتماد الجزائر لدستور 89 الذي نص في المادة 132 منه على اعتبار المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية أسى من القانون العادي صادقت الجزائر على عدد من الإتفاقيات الدولية المتعلقة بتجريم أنماط مستحدثة من الجرائم تتطلّب وجود قضاء متخصص نظرا لخطورتها وطبيعتها الخاصة، فأصدر المشرع القانون 14/04 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية الذي وسّع الإختصاص المحلي لبعض المحاكم المذكورة على سبيل الحصر³ مكلفا إياها على الخصوص بنوع معين من الجرائم وهي جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف⁴، ووصفها بالجهة القضائية ذات الإختصاص المحلي الموسّع دون استعمال عبارة "الأقطاب الجزائية المتخصصة" أو "المحاكم المتخصصة" و لعلّ هذا التحفظ في التسمية يشكّل دافعا قويا للبحث في طبيعة هذه المحاكم لمعرفة هل يمكن إعتبارها فعلا تجسّد فكرة القضاء

الجزائي المتخصص أولاً من حيث معايير إسناد الإختصاص لهذه الجهات القضائية ثم من حيث معايير إختصاصها الموضوعي.

1/ ضعف مقومات التخصص في إسناد الإختصاص للجهات ذات الإختصاص الموسع
 لقد نص القانون 14/04 على جواز تمديد الإختصاص المحلي لبعض الجهات القضائية بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية وهي جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف⁵ دون النص على تشكيلة خاصة لهذه الجهات القضائية الأمر الذي يستدعي البحث عن مقومات فكرة تخصص القضاء الجزائي المنشودة في نصوص هذا القانون وهذا ما سيتم التعرض له من خلال دراسة أسلوب تمديد الإختصاص المحلي ثم دراسة تشكيلة هذه الجهات القضائية المنشأة.

1.1/ إعتقاد أسلوب تمديد الإختصاص المحلي

إنّ الأسلوب الذي اتبعه المشرع في تجسيد فكرة إنشاء قضاء جزائي متخصص قد اختلف في القانون 14/04 عن الأسلوب الذي اتّخذه في جميع التشريعات التي أصدرها إلى غاية سنة 1992 والذي كان يتمثل في إنشاء جهات قضائية متخصصة سواء كانت منفصلة أو مدمجة في النظام القضائي الجزائي العادي، فقد أنشأ مثلاً بموجب القانون 46/75 أقساماً إقتصادية لدى بعض المحاكم الجنائية للتكفل بالجرائم الإقتصادية كما أنشأ مجلس أمن الدولة بموجب الأمر 45/75 المؤرخ في 17/06/1975 للتكفل بالجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة كما أنشأ "المجالس القضائية الخاصة" سنة 1992 بموجب المرسوم التشريعي 03/92 المؤرخ في 30/09/1992 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب المختصة بالنظر في الجرائم الإرهابية، في حين نجده في هذا القانون قد لجأ إلى أسلوب تمديد الإختصاص المحلي لقضاة النيابة وقضاة التحقيق وقضاة الحكم لبعض الجهات القضائية المنصوص عليها في نصوص تنظيمية دون استحداث أية أقسام متخصصة لدى هذه الجهات وذلك فيما يتعلّق بالجرائم المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية السالفة الذكر.

1.1.1/ تمديد الإختصاص المحلي دون استحداث أقسام متخصصة

يعتبر أسلوب تمديد الإختصاص المحلي خروجاً على معايير الاختصاص الأصلية المتمثلة في مكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في اقترافها أو بمحل القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى ولو كان هذا القبض قد حصل لسبب آخر وهي معايير اختارها واضعو قانون الإجراءات الجزائرية على أسس ومبررات أهمها ضرورة تقريب مكان ردة الفعل بمكان وقوع الفعل المخل بالنظام⁶ كما يستنتج مما كتبه الأستاذ " جان أندري رو " Jean André Roux حول معيار مكان وقوع الجريمة أنه الإختصاص الطبيعي لأنه هو المكان الذي وقع فيه الإخلال بالنظام وبالتالي يجب أن تكون ردة الفعل في هذا المكان⁷. ويبرر الخروج على معايير الاختصاص الأصلية بآتساع مكان ارتكاب بعض الجرائم خارج حدود الاختصاص الإقليمي التقليدي وانتشار مختلف الأعمال المكوّنة لهذه الجرائم عبر كامل التراب الوطني بل حتى خارج حدود الدولة وبالتالي يصبح التمسك بالمعايير الأصلية للاختصاص عائقاً أمام مكافحة هذا النوع من الجرائم، بالإضافة إلى أنّ خصوصية بعض الجرائم كالجرائم الاقتصادية تستدعي وجود قضاء متخصص أكثر مما تتطلب قضاء قريباً⁸.

و إن كان المشرع قد سائر من حيث المبدأ أسلوب المشرع الفرنسي في إنشاء القضاء المتخصص المتمثل في تمديد الاختصاص المحلي لبعض الجهات القضائية إلاّ أنّه لم يرفقه بمدعمات تخصص القضاء من خلال إنشاء فروع متخصصة لدى هذه الجهات القضائية. فقد سائر في ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في سنة 1975 حيث أصدر هذا الأخير القانون 75-701 المؤرخ في 06/08/1975 الذي نصّ على تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم في القضايا الاقتصادية والمالية الأكثر تعقيداً لكن دون أن ينص على إجراءات خاصة أو تشكيلة خاصة لهذه المحاكم وذلك إلى غاية سنة 2004 حيث أصدر القانون 204/2004 المؤرخ في 09/03/2004 الذي أنشأ جهات قضائية متخصصة « juridictions interrégionales spécialisées ». فبخلاف قانون 1975 كرس قانون 2004 بوضوح فكرة تخصص القضاء الجزائري حيث أنّه لم يكتف بتمديد الإختصاص المحلي كما فعله المشرع الجزائري في القانون 14/04 بل أنشأ فروعاً متخصصة لدى هذه

الجهات القضائية إذ جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 75/706 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي أنّ المحاكم ذات الاختصاص الموسع تشتمل على فرع للنيابة وتشكيلات للتحقيق والمحاكمة متخصصة بالنظر في الجرائم محل الاختصاص. فيتّضح جلياً من هذا النص الفرنسي أنّ تمديد الإختصاص لهذه المحاكم لا يخص إلاّ القضاة المعيّنين في الفروع المتخصصة وليس كل القضاة الجزائريين العاملين بتلك المحاكم في حين نجد أنّ القانون 14/04 جاء عاماً في تمديد الاختصاص المحلي لكل قضاة النيابة والتحقيق والحكم الموجودين في المحاكم ذات الاختصاص الموسّع، فالمشروع قد حمّل المحاكم ذات الاختصاص الموسّع برمتها، اختصاص التكفل بالجرائم السالفة الذكر طالما أنّه لم يحدّد بصفة خاصة القضاة المختصين.

و يثير الأسلوب المتّبع من قبل المشرع في القانون 14/04 إشكالا آخر متعلق بمدى شرعية إستحداث فرع متخصص في الجرائم الواردة على سبيل الحصر، ذلك أنّ القانون لم يؤسّس هذا الفرع كما فعله مثلا بالنسبة لفرع الجرح أو فرع المخالفات أو فرع الأحداث بالإضافة إلى أنّ القانون العضوي 11/05 المؤرخ في 2005/01/17 المتعلق بالتنظيم القضائي لم يذكر في المادة 13 منه ضمن الفروع المكوّنة للمحاكم فرعا جزائيا متخصصا بالجرائم المذكورة سالفًا. فقد أدرجت الفقرات الممدّدة للإختصاص المحلي للمحاكم " المختصة" بصفة "محتشمة" في مواد قانونية متعلقة بتحديد الإختصاص المحلي العادي للقضاء الجزائي وبالتالي لم يكرّس المشرع بوضوح فكرة إنشاء قضاء جزائي متخصص كما فعله بالنسبة لقضاء الأحداث الذي خصّص له بابا كاملا، فنص في المادة 447 من قانون الإجراءات الجزائية على أنّه " يوجد في كل محكمة قسم للأحداث". والملاحظ أيضا أنّه رغم المآخذ التي ذكرت على الأقسام الاقتصادية⁹ التي كان ينص عليها قانون الإجراءات الجزائية إلاّ أنّ المشرع كان قد كرّس من خلالها فكرة تخصص القضاء الجزائي لأنّه كان قد استحدث فرعا ثانيا في الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجزائية بعنوان "الأحكام الخاصة بالقسم الاقتصادي للمحكمة الجنائية" ولم يكتف بتوسيع الاختصاص المحلي لبعض المحاكم كما فعله في القانون 14/04.

و قد أهمل المشرع أيضا التعرض لتمديد الإختصاص بالنسبة لمحاكم الجنايات وكذا بالنسبة للمجالس القضائية. فبالرجوع للجرائم التي ذكرها المشرع في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية نجد من ضمنها مثلا الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الإرهابية التي غالبا ما تتخذ وصف الجناية التي يؤول الإختصاص فيها لمحكمة الجنايات لكن مع ذلك لم يتضمّن القانون 14/04 تمديدا لإختصاص بعض محاكم الجنايات مما يبقي هذه الأفعال خاضعة للقواعد العامة للإختصاص وهذا خلافا لما فعله المشرع الفرنسي في المادة 75-706 من قانون الإجراءات الجزائية الذي ذكر صراحة إلى جانب المحاكم الابتدائية محاكم الجنايات. ضف إلى ذلك فإنّ المشرع لم ينص على المجالس القضائية التي ستنظر كجهة ثانية في القضايا التي ستطرح على المحاكم ذات الإختصاص الموسّع.

و قد ترتّب عن عدم إنشاء المشرع لأقسام جزائية متخصصة عدم النص أيضا على تشكيلة متخصصة في الجرائم موضوع اختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع وهذا هو موضوع الفرع الثاني.

2.1.1/ غياب النص على تشكيلة متخصصة

إنّ تخصص أي جهة قضائية لا معنى له دون تخصص القضاة المشكلين لهذه الجهة، لأنّ الغرض من إنشاء الجهات القضائية المتخصصة هو إسناد الفصل في جرائم ذات خصوصية إلى قضاة متخصصين مؤهلين للنظر في هذه القضايا بصفة سريعة وفعّالة¹⁰، فالقاضي المتخصّص شرط ضروري لتجسيد فكرة إنشاء جهاز قضائي جزائي متخصّص. لكن رغم ذلك لم يتعرّض القانون 14/04 لتشكيلة خاصة للمحاكم ذات الإختصاص الموسّع لا من حيث التعيين ولا من حيث التكوين وهذا خلافا لما فعله المشرع بالنسبة لقضاة الأحداث إذ نص في المادة 449 من قانون الإجراءات الجزائية على أنّه: " يعيّن في كل محكمة تقع بمقر المجلس القضائي قاض أو قضاة يختارون لكفاءتهم أو للعناية التي يولونها للأحداث، وذلك بقرار من وزير العدل لمدة ثلاثة أعوام"، فالمشرع قد نص على صفات وإجراءات خاصة باختيار وتعيين قاضي الأحداث كما ذكر القانون العضوي 11/05 المتعلّق بالتنظيم القضائي في مادته 12 صراحة قاضي الأحداث ضمن

قائمة القضاة المشكلين للمحكمة. وخلافا أيضا لما فعله المشرع الفرنسي الذي نص على إجراءات خاصة بتعيين القضاة بمختلف أسلاكهم التابعين للمحاكم المتخصصة، إذ أنه بالنسبة لقضاة المحاكم الابتدائية المتخصصة يؤول اختصاص تعيينهم للنائب العام وللرئيس الأول لمجلس الاستئناف بعد استشارة وكيل الجمهورية ورئيس المحكمة ذات الإختصاص الموسع¹¹. أما بالنسبة لقضاة محاكم الجنايات المتخصصة فيؤول اختصاص تعيينهم لرئيس مجلس الاستئناف¹² أما بالنسبة لقضاة مجالس الاستئناف ذات الاختصاص الموسع فيؤول اختصاص تعيينهم للنائب العام وللرئيس الأول لمجلس الاستئناف¹³.

ولعل سكوت المشرع عن تخصص القضاء الجزائي أساسه مبدأ وحدة القضاء العادي أي عدم الفصل ما بين القضاة الفاصلين في المادة الجزائية والقضاة الفاصلين في المادة المدنية ناهيك عن الفصل بين القضاة الجزائيين أنفسهم. فالقانون العضوي 11/04 المؤرخ في 06/09/2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء قد جمع في المادة 2 منه المعرفة لسلك القضاء " قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية، والمحاكم " تحت تسمية " القضاء العادي " في مقابل القضاء الإداري والقضاة الشاغلين لمناصب غير قضائية. فيترتب عن ذلك أنّ نفس القاضي يمكن أن يجلس للنظر في القضايا المدنية ثم ينتقل في وقت آخر لينظر في القضايا الجزائية بل يمكن لنفس القاضي أن يتأس فرع مدني وفرع جزائي في نفس الفترة وهذا بغض النظر عن وجود قانون إجراءات جزائية مستقل عن قانون الإجراءات المدنية. فأسس النظام القضائي الجزائري لا تتماشى من الناحية التشريعية مع فكرة تخصص القضاء الجزائي. لكن في ذات الوقت يجدر التساؤل حول مشروعية تمديد الإختصاص المحلي لبعض المحاكم دون النص على تخصص قضاتها، علما أنّ المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 قد مدد الإختصاص المحلي لكل من محكمة سيدي امحمد ومحكمة قسنطينة ومحكمة ورقلة ومحكمة وهران. فكيف يمكن تحميل أربعة محاكم عبء التكفل بكل الجرائم المذكورة آنفا التي تقع على كافة التراب الوطني إذا لم تتشكل هذه الجهات من قضاة متخصصين متمتعين بصلاحيات خاصة ومعيّنين بصفة خاصة لفترة زمنية معقولة

تسمح لهم باكتساب الخبرة وتوفّر لهم الثبات في المنصب وتحمّمهم من التحويل. فضعف تخصص هذه الجهات القضائية من حيث عدم النص على تخصص قضاتها يلتمس أيضا من حيث عدم تقرير اختصاصها الإستثنائي في الجرائم الخطيرة السالفة الذكر.

2.1/ الإختصاص غير الإستثنائي للمحاكم ذات الإختصاص الموسّع

لقد أسندت النصوص المنشئة للمحاكم ذات الإختصاص الموسّع إختصاص المتابعة والتحقيق والمحاكمة في الجرائم المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية لهذه الجهات إلا أنّها لم تتضمّن ما يفيد أنّ هذا الإختصاص عقد لها دون غيرها من المحاكم الأخرى وهذا خلافا لما كان سائدا بالنسبة للأقسام الاقتصادية الخاصة أو لمجلس أمن الدولة¹⁴ أو للمجالس القضائية الخاصة¹⁵ حيث كان المشرع يتّص صراحة على الإختصاص المانع بالنسبة للأولى¹⁶ ويشير له من خلال جعل التخلي عن الإجراءات لفائدة الثانية والثالثة بقوة القانون، فالمشرع ترك الأمر بين يدي النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له هذه المحاكم سواء للمطالبة الفورية بالإجراءات أو للمطالبة بالتخلي عن الإجراءات وهذا ما سنتعرض له في العنوانين التاليين.

1.2.1/ إمكانية المطالبة بالإجراءات قبل تحريك الدعوى العمومية

إن كان إخطار المحكمة الجزائية ذات الإختصاص الموسّع بالقضايا التي وقعت في دائرة إختصاصها وفق معايير الإختصاص العادية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية¹⁷ لا يطرح أية إشكالات خاصة بحيث تطبّق عليه إجراءات تحريك الدعوى العمومية العادية، فإنّ الأمر يختلف بالنسبة لإخطار هذه الجهات بالجرائم التي تختص بها وفق معيار الإختصاص الإقليمي الموسّع المحدّد بموجب المرسوم التنفيذي 348/06 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 المتضمّن تمديد الإختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق، إذ أنّ السبيل الوحيد لذلك هو الإخطار عن طريق "المطالبة بالإجراءات" (Revendication) المنصوص عليها في المادة 40 مكرر 2 و40 مكرر 3 ف(1) من قانون الإجراءات الجزائية. فقد جاء في المادة 40 مكرر 2 ما يلي: " يطالب النائب العام بالإجراءات فوراً إذا اعتبر أنّ الجريمة تدخل ضمن اختصاص المحكمة المذكورة في المادة 40 مكرر من هذا القانون" كما جاء في المادة 40 مكرر ف(1): "يجوز للنائب العام لدى

المجلس القضائي التابعة له الجهة القضائية المختصة، أن يطلب بالإجراءات في جميع مراحل الدعوى". فقرار المطالبة بالإجراءات يتخذ من قبل النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له الجهة القضائية المختصة وذلك بعد تلقيه ملف التحقيقات الأولى وتكليفه للوقائع على أنها تشكل إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية.

و إن كانت المادة 40 مكررا 1 توضح أنّ وكيل الجمهورية الذي وقعت في دائرة اختصاصه الجريمة¹⁸ هو الذي يرسل نسخة من ملف إجراءات التحقيق إلى النائب العام، فإنّه لا مانع من أن يصل ملف التحقيق الأولي أو معلومات حول هذه الجرائم من طرف جهات أخرى غير وكيل الجمهورية السالف الذكر. فقد يكون إبلاغ وكيل الجمهورية عن طريق وزير العدل الذي أحالت له الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ملفا يتضمن وقائع فساد طبقا لما جاء في المادة 22 من القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹⁹، كما قد يكون الإبلاغ عن طريق الديوان المركزي لقمع الفساد الذي خولت له المادة 5 من المرسوم الرئاسي 426/11 المؤرخ في 8 ديسمبر 2011 المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره صلاحية إرسال ملفات التحقيقات الأولية إلى الجهات القضائية المختصة.

فبعد تلقي النائب العام لملف التحقيقات الأولية يمكنه أن يطالب فورا بالإجراءات إذا اعتبر أنّ الجريمة تدخل ضمن اختصاص المحكمة المختصة طبقا للمادة 40 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية كما يستطيع أن لا يطالب بها إذا اعتبرها غير ذلك، فالمعيار الفاصل بين القرارين وفق نص المادة 40 مكرر 2 هو تكليف النائب العام للوقائع، فقد يتفق هذا الأخير مع تكليف الجهة التي أحالت الملف عليه ويطلب بالإجراءات لإحالتها أمام المحكمة ذات الاختصاص الموسع، كما قد لا يتفق مع تلك الجهات ويعيد تكليف الوقائع إلى جرائم "عادية"²⁰ وبالتالي لا يطالب بالإجراءات فتواصل إجراءات مباشرة الدعوى العمومية من قبل الجهات العادية. أما من الناحية العملية فإنّ قرار المطالبة بالإجراءات لا يخضع إلى معيار تكليف الوقائع فحسب بل يخضع أيضا إلى سلطة النائب العام في الملاءمة، إذ قد يوافق هذا الأخير على تكليف الجريمة بأنّها تدخل ضمن الجرائم

المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية ومع ذلك لا يطالب بالإجراءات لاعتبارها بسيطة ولا تشكّل خطورة تبرّر إحالتها على المحاكم ذات الإختصاص الموسع، وقد برّر هذا الموقف على أساس أنّ النائب العام حين اتخاذ قرار المطالبة بالإجراءات أو عدمه يأخذ بعين الاعتبار خطورة الفعل اعتباراً أنّ " استحداث الأقطاب الجزائية المتخصصة جاء في إطار مواكبة العدالة لمكافحة الجرائم الخطيرة " ²¹ ، فجرائم الصرف تتراوح ما بين البسيطة والخطيرة وكذلك الشأن بالنسبة لجرائم المخدرات. لكن مع منطوية هذا الرأي إلا أنّه مخالف لمبدأ الشرعية الإجرائية لأنّ نص المادة 40 مكرر(2) جاء على سبيل الوجوب وبالتالي لا يمكن للنائب العام أن يمتنع عن المطالبة بالإجراءات إلاّ إذا اعتبر أنّ الوقائع لا تشكّل جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك بغض النظر عن خطورتها. والملاحظ في هذا الإطار أنّ المشع الجزائري في هذه النقطة قد خالف المشع الفرنسي الذي اشترط للمطالبة بالإجراءات بالإضافة إلى كون الجرائم من تلك التي تدخل في اختصاص الأقطاب المتخصصة أن تكون معقدة بصفة كبيرة « d'une grande complexité »

(م 706-15 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي) أو معقدة بصفة كبيرة جدا

« d'une très grande complexité » (م 704-14 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي). فلو أنّ المشع الجزائري أضاف هذين المعيارين لأمكن القول بإعمال سلطة الملاءمة من قبل النائب العام ومن ثمة الإمتناع عن المطالبة بالإجراءات إذا اعتبر أنّ الوقائع لا تشكّل خطورة كبيرة. نشير في آخر هذه الفقرة إلى أنّ المشع لم يوضّح مسار إجراءات المطالبة إلاّ أنّه استناداً إلى نص المادة 40 مكرر1 الذي سمح لوكيل الجمهورية الذي وقعت في دائرة اختصاصه الجريمة أن يرسل ملف التحقيق الأولي فوراً إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة دون المرور بالنائب العام الذي يتبعه وفق التقسيم القضائي العادي. فالمطالبة بالإجراءات تشكّل في هذه المسألة خروجاً على مبدأ تدرج النيابة. إلى جانب الخروج على هذا المبدأ فإنّ المطالبة بالإجراءات بعد تحريك الدعوى العمومية يشكّل خروجاً على مبدأ آخر من مبادئ قانون الإجراءات الجزائية وهذا ما سنتعرّض له في الفقرة التالية.

1.2.2/ المطالبة بالإجراءات بعد تحريك الدعوى العمومية

لقد تعرّض المشرع لمسألة المطالبة بالإجراءات بعد تحريك الدعوى العمومية في المادة 40 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجزائية المذكورة آنفاً، إلاّ أنّه لم يفصل هذا الإجراء إلاّ بالنسبة لمرحلة التحقيق ولم يتعرّض لإجراء المطالبة في مرحلة المحاكمة، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 40 مكرر 3 ما يلي: " وفي حالة فتح تحقيق قضائي، يصدر قاضي التحقيق أمراً بالتخلي عن الإجراءات لفائدة قاضي التحقيق لدى المحكمة المختصة المذكورة في المادة 40 مكرر من هذا القانون". فقد استحدثت هذه المادة أمراً يصدره قاضي التحقيق في حالة موافقته على مطالبة النائب العام بالإجراءات في حين لم ينص قانون الإجراءات الجزائية قبل تعديله بموجب القانون 14/04 بالنسبة لتحويل الملف من يدي قاضي التحقيق إلاّ على حالة تقرير قاضي التحقيق نفسه لعدم اختصاصه المحلي وإحالته للمدعي المدني إلى الجهة القضائية التي يراها مختصة طبقاً لما جاء في المادة 77 من قانون الإجراءات الجزائية وحالة تنحية قاضي التحقيق بناء على قرار رئيس غرفة الإتهام في حالة تقديم طلب تنحية لحسن سير العدالة طبقاً لأحكام المادة 71 من قانون الإجراءات الجزائية. ففي الحالة الأولى يقرّر قاضي التحقيق نفسه عدم اختصاصه وفي الحالة الثانية يقرّر رئيس غرفة الإتهام ذلك باعتباره رئيس الدرجة الثانية لجهات التحقيق وفي كلتا الحالتين لا يوجد مساس باستقلالية جهة التحقيق عن جهة الإتهام في حين أنّ الإجراء المنصوص عليه في المادة 40 مكرر 3 مخالف لمبدأ الفصل بين سلطتي الإتهام والتحقيق. ومادام أنّ القانون 14/04 لم يجعل التخلي بقوة القانون وأمام غياب نصوص واضحة عن إجراءات طلب التخلي وعن طبيعة أمر التخلي ومدى جواز الطعن فيه، فإنّه يمكن اعتبار أنّه أمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق الذي في مكانه أن يتمسك باختصاصه بسبب عدم إتفاقه مع النائب في مسألة تكييف الوقائع مثلاً.

نفس الغموض الملاحظ بالنسبة للإجراءات المتبّعة أمام الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع نلتمسه حين دراسة أسلوب المشرع في تحديد الاختصاص الموضوعي لهذه الجهات القضائية.

2/ إعتقاد أسلوب تعداد الجرائم لتحديد الإختصاص الموضوعي

لقد كان نطاق الإختصاص الموضوعي للجهات القضائية الإستثنائية التي استحدثها المشرع قبل سنة 1995 يجسّد فكرة تخصص القضاء الجزائري من الناحية الموضوعية كون معايير الإختصاص كانت واضحة وتقوم على أساس صنفين رئيسيين من الجرائم وهما الجرائم الإقتصادية من جهة والجرائم ضد أمن الدولة من جهة أخرى، لكن الوضع يختلف بالنسبة للإختصاص الموضوعي للجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع المنصوص عليها في القانون 14/04 التي اعتمد فيها المشرع على طريقة سرد مجموعة من الجرائم دون أي تصنيف مما يستدعي البحث عن المعيار الذي اعتمده المشرع لمعرفة مدى تجسيد فكرة تخصص القضاء الجزائري .

1.2/ عدم وضوح معيار التخصص الموضوعي للمحاكم ذات الإختصاص الموسّع

بعد أن حدّد المشرع في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية الجرائم التي تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية ذات الإختصاص المحلي الموسّع أضاف لها جرائم بنصوص خاصة دون الإشارة لذلك في قانون الإجراءات الجزائية مما يتطلب أولاً دراسة الجرائم الأولى من زاوية مدى وجود معيار مشترك بينها ثم التعرض في الفقرة الثانية إلى الجرائم التي أدرجت في اختصاص هذه الجهات القضائية بنصوص خاصة.

1.1.2/ الجمع بين جرائم من أصناف مختلفة

تتمثل الجرائم التي تدخل في اختصاص المحاكم ذات الإختصاص الموسّع في جرائم المخدرات والجريمة المنظّمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وهي جرائم لا يمكن إدراجها في تصنيف واحد نظراً للإختلاف الموجود بينها، فتصنيفاتها في قانون العقوبات مختلفة والبعض منها منصوص عليه خارج قانون العقوبات.

فبالنسبة لجرائم المخدرات فقد نص عليها المشرع في قانون مستقل عن قانون العقوبات وهو القانون 18/04 المؤرخ في 2004/12/25 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإتجار غير المشروعين بها وذلك بعدما كان ينص عليها في القانون 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. فهذه الجرائم

متصلة بصحة الإنسان وقد ميّز المشرع بين استهلاك المخدرات والإتجار فيها بحيث أنّ الفاعل في الصورة الأولى هو الضحية والمجرم في ذات الوقت ومن أجل ذلك نص على إجراءات وتدابير خاصة بالنسبة له وهو الأمر الذي يستدعي وجود قضاء متخصص في القانون المتعلق بالمخدرات على النحو الذي اتبعه المشرع الفرنسي حين نص على إجراءات خاصة بالمتابعة والتحقيق ومحاكمة جرائم المخدرات ومن ذلك استحداث فروع متخصصة لدى محاكم الجنايات بتشكيلة موسعة²².

أما بالنسبة للجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، فلم يرد ذكرها أو تعريفها بصفة خاصة في قانون العقوبات، لكن إستنادا لنص المادتين 2 و3 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية يمكن القول أنّ هذا النوع من الجرائم يشمل جرائم المشاركة في الجماعات الإجرامية المنظمة (م 5 من الإتفاقية) كما يشمل غسل العائدات الإجرامية (م 6 من الإتفاقية) ويشمل أيضا جرائم الفساد (م 8 من الإتفاقية) وأخيرا جرائم إعاقة سير العدالة (م 23 من الإتفاقية) بالإضافة إلى الجرائم الخطيرة التي تكون العقوبة المقررة لها الحرمان من الحرية لمدة قصوى لا تقلّ عن أربع سنوات أو بعقوبة أشدّ²³ على أنّ المشرع أضاف شرطا للجرائم السالفة الذكر وهو أن تكون ذا طابع عبر وطني بمفهوم الفقرة الثانية من المادة 3 من الإتفاقية أي أن ترتكب في أكثر من دولة واحدة أو ترتكب في دولة واحدة ولكن جانبا كبيرا من الإعداد والتخطيط لها أو توجيهها أو الإشراف عليها جرى في دولة أخرى أو ترتكب في دولة واحدة ولكن ضلعت في ارتكابها جماعة إجرامية منظمّة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة واحدة أو أخيرا إذا ارتكبت في دولة واحدة ولكن لها آثار شديدة في دولة أخرى. فيتّضح جليّا من خلال هذا التعريف أنّ هذا النوع من الجرائم الذي جعل دول العالم تكثّف جهودها من أجل التصدي له ليس نوعا عاديا كما أنّ خطورته النابعة من تشعبه واحتراف مرتكبيه والتنظيم في ارتكابه تفرض على الدول تنظيم ردة فعل منظمّة وفعّالة والأمر الذي يستحيل تحقيقه من قبل جهاز قضائي عادي بل يشترط إيجاد قضاء متخصص تلقى تدريباً خاصاً وهذا ما حثت عليه الإتفاقية الأممية في مادتها 29. لكن رغم خصوصية هذه الجريمة وصعوبة التكفل بها إكتفى المشرع بالنص عليها إلى جانب جرائم أخرى وهذا خلافاً

لما قام به المشرع الفرنسي الذي استحدث في قانون الإجراءات الجزائية قسما مستقلا بعنوان الإجراءات المطبقة على الجرائم المنظمة²⁴ وقد اعتبر هذا القسم المضاف أنه بمثابة تفنين حقيقي مدرج داخل قانون الإجراءات الجزائية²⁵.

أما بالنسبة لجرائم تبييض الأموال والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات فهي من عداد الجرائم المستحدثة في قانون العقوبات بموجب القانون 15/04 بالنسبة للأولى والقانون 23/06 بالنسبة للثانية، وقد أدرج المشرع كليهما في الفصل الثالث المتعلق بـ "الجنايات والجنايات والجنايات ضد الأموال" الوارد في الباب الخاص بـ "الجنايات والجنايات ضد الأفراد" رغم أنّ هذه الجرائم قد يتعدى أثرها المساس بالمصلحة الفردية إلى المساس باقتصاد الدولة ككل وهذا ما جعل المشرع الفرنسي يصنّفها ضمن الجرائم المالية والإقتصادية المنصوص عليها في المادة 704 من قانون الإجراءات الجزائية والتي يؤول الإختصاص في متابعتها والنظر فيها لأقطاب جزائية متخصصة في الجرائم المالية والإقتصادية بحيث أنشأ المشرع الفرنسي لدى إختصاص كل مجلس إستئناف cour d'appel قطبا على الأقل متخصصا في الجرائم الإقتصادية والمالية. وهذه الجرائم متصلة من جهة بعالم الأعمال السريع التطور والمعتمد اليوم على أحدث تقنيات الإتصال ومن جهة أخرى بتطور الوسائل المعلوماتية مما يستدعي الإهتمام بها بصفة خاصة.

أما بالنسبة للجرائم الإرهابية فقد أدرجت في قانون العقوبات بموجب القانون 11/95 المؤرخ في 1995/02/25 وذلك في إطار إضافة قسم رابع مكرر تحت عنوان " الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية " وقد صنّفت هذه الجرائم ضمن "الجنايات والجنايات ضد أمن الدولة". فالمشرع قد قطع مع أسلوبه السابق الفاصل في الإختصاص بين الجرائم الإقتصادية والجرائم ضد أمن الدولة فخوّل لنفس الجهة بموجب القانون 14/04 النظر في هذين الصنفين.

أما الصنف الأخير المتمثل في الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف فهي جرائم مالية نص عليها المشرع في العديد من النصوص القانونية آخرها الأمر 03/10 المؤرخ في 2010/08/26 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج متصلة بالمعاملات البنكية وبالتعامل بالعملة

الصعبة وغيرها من المسائل التي يتطلّب فهمها تخصصا حقيقيا وقد أدرجها المشرع الفرنسي ضمن الجرائم الخاضعة للأقطاب الجزائية الإقتصادية والمالية.

يتّضح من خلال الإطلاع على الجرائم التي تختص بها المحاكم ذات الإختصاص الموسّع أنّها جرائم مختلفة عن بعضها البعض وتحتاج كل واحدة منها لتخصص مستقل باستثناء جرائم تبييض الأموال وجرائم الصرف التي يمكن تصنيفها بالجرائم المالية، وهذا خلافا لما قام المشرع الفرنسي الذي فصل من حيث الجهة المختصة بالقضية ما بين الجرائم المالية والإقتصادية(م 704) من جهة والجرائم الإرهابية من جهة ثانية(م 706(16)) وجرائم المخدرات من جهة ثالثة والجريمة المنظمة من جهة رابعة(م 706(16)) مما يدلّ على وجود تخصص حقيقي للأقطاب المتخصصة، في حين أنّ إسناد المشرع الجزائري لكل هذه الأصناف لنفس الجهة القضائية يتناقض ومقتضيات التخصص بل سيخلق مشكل تضخم القضايا لدى نفس الجهة ذات الإختصاص الإقليمي الواسع ويواجه القاضي الملحق بهذه الجهات تشعب أصناف الجرائم من جهة وتزايد عدد القضايا من جهة أخرى. وإن كان الإختلاف الموجود بين الجرائم السالفة الذكر يتنافى ومقتضيات التخصص فإنّ إدراج جرائم غير تلك المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية في مجال إختصاص المحاكم ذات الإختصاص الموسّع يتنافى وقاعدة الوضوح الضرورية لتطبيق مبدأ شرعية الإجراءات كما سيّتضح ذلك في الفقرة الموالية.

2.1.2/ إضافة جرائم بنصوص خاصة

باعتبار أنّ كل قواعد الإختصاص في المواد الجزائية وقواعد الإختصاص الموضوعي خاصة من النظام العام فقد حرص المشرع على تحديدها بوضوح في قانون الإجراءات الجزائية ومن هذا القبيل تحديد الإختصاص الموضوعي للجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية، لكن بالرجوع إلى بعض القوانين الخاصة يظهر أنّ إختصاص هذه الجهات يتّسع لأكثر مما هو منصوص عليه في المواد المذكورة آنفا.

فبالنسبة لجرائم الفساد يلاحظ أنّ المشرع لم يدرجها بموجب القانون 14/04 في مجال إختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع وبالتالي لم يكن لهذه الجهات القضائية أن تنظر فيها إلاّ إذا كانت توصف في نفس الوقت بجريمة منظمة عبر الحدود الوطنية ذلك أنّ إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الحدود الوطنية المصادق عليها من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 5 فبراير 2002 اعتبرت كذلك في مادتها الثالثة والثامنة. فجرائم الفساد المرتكبة خارج إطار الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لم تكن تدخل ضمن إختصاص هذه الجهات الخاصة وذلك إلى غاية صدور الأمر 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتمم للقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته إذ استحدث بموجب مادته 3 المادة 24 مكررا 1 التي تنص على أنّه " تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية"، فأصبحت كل جرائم الفساد من إختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع طبقا للقانون 01/06 رغم عدم النص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية.

يمكن الإشارة أيضا إلى ما جاء في المادة 34 من الأمر 06/05 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب التي نصت على أنّه " تطبّق على الأفعال المجرّمة في المواد 10، 11، 12، 13، 14، 15 من هذا الأمر نفس القواعد الإجرائية المعمول بها في مجال الجريمة المنظّمة ". فمادام أنّ الجريمة المنظّمة عبر الحدود الوطنية من إختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع فإنّ هذه القاعدة تطبّق على جرائم التهريب إذا كان لها طابع عبر وطني طبقا لما جاء في المادة 34 السالفة الذكر.

والملاحظ أنّ المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات جاءت على سبيل الحصر ولم يفتح المشرع في صياغته لها المجال أمام إمكانية إضافة جرائم أخرى، فيظهر نوع من التناقض ما بين هذه النصوص ونص المادة 24 مكررا 1 من القانون 01/06 أو المادة 34 من الأمر 06/05، وإن كانت القاعدة العامة أنّ النص الخاص يقيدّ العام فإنّ تطبيقها على قواعد قانون الإجراءات يتنافى ومقتضيات الوضوح والتحديد الملازمين لهذا القانون

باعتباره دستور الحريات خاصة عندما يتعلّق الأمر بمسائل إجرائية أساسية كمسألة الإختصاص الموضوعي.

بالإضافة إلى ضعف معيار التخصص في المحاكم ذات الإختصاص الموسّع فإنّ إختيار المشرع للجرائم المذكورة في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات جاء غير منطقي وتحكمي كما سيظهر ذلك في المطلب التالي.

2.2/ قصور خيار المشرع

يصعب على المتمعّن في الجرائم التي أدخلها المشرع في اختصاص المحاكم الجزائية ذات الإختصاص الموسّع أن يتوصل إلى معرفة الأساس الذي اعتمد عليه المشرع في وضع قائمة هذه الجرائم، فبالإضافة إلى أنه اختار جرائمًا تنتهي لأصناف مختلفة على النحو السالف ذكره فإنّه اختار جرائمًا تنتهي إلى صنف معين وأهمل باقي الجرائم المنتمية لنفس الصنف كما أنّه لم يتعرّض لمسألة الجرائم المرتبطة بالجرائم المحدّدة.

1.2.2/ إهمال جرائم خطيرة

إنّ الجرائم التي اختارها المشرع في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية بالإضافة إلى كونها تنتهي إلى أصناف مختلفة فإنّها أيضا لا تعتبر أخطر جرائم الصنف الذي تنتهي إليه.

فبالنسبة لجرائم تبييض الأموال وجرائم الصرف فإن كانت تشكّل جرائمًا مالية خطيرة على الإقتصاد الوطني فإنّ القانون ينص على جرائم من نفس الصنف أشدّ منها خطورة وأكثر منها تعقيدا. فالمشرع لم ينص على جرائم تزوير النقود رغم كونها من أخطر الجرائم المالية وقد خصّص لها المشرع في قانون العقوبات قسما كاملا ضمن الباب المتعلق بالجنايات والجناح ضد الشيء العمومي بل قد تصل عقوبتها إلى السجن المؤبد²⁶، كما أنّه لم ينص على الجرائم الجمركية رغم أنّه خصّ المادة الجمركية بقانون مستقل ورغم ما للمنازعات الجمركية من خصوصية، كما أنه لم ينص على الجرائم الضريبية رغم تقنية هذه المادة ورغم وجود قانون خاص بالإجراءات الجبائية بالإضافة إلى خطورة التهرب الضريبي على الإقتصاد الوطني، كما أنّه أهمل النص على الجرائم المتعلقة بوسائل الدفع كجريمة إصدار شيك بدون رصيد. أما المشرع الفرنسي فحرصا منه على تجسيد تخصص

القضاء في الجرائم المالية قد استحدث قطب جزائي متخصص في الجرائم المالية وحدها ونص في المادة 704 من قانون الإجراءات الجزائية على قائمة الجرائم المالية والإقتصادية التي تدخل في مجال إختصاص هذه الأقطاب المالية والإقتصادية وحرص على إدراج كل الجرائم المالية والإقتصادية في المادة 704 السالفة الذكر، فنص بالخصوص على جرائم تبييض الأموال كما نص على الجرائم الجمركية وجرائم الضرائب والجرائم المتعلقة بقانون النقد والقرض وجرائم تزوير الأموال وجرائم الأموال كالنصب والإحتيال والجرائم المعلوماتية.

أما بالنسبة للجرائم الإرهابية فإنّ نص المشرع عليها دون غيرها من الجرائم المنتمية لنفس الصنف لا مبرر له. فالجرائم الإرهابية تصنّف ضمن " الجنايات والجرح ضد أمن الدولة " إلى جانب جرائم الخيانة والتجسس وجرائم التعدي على الدفاع الوطني والإقتصاد الوطني والإعتداءات والمؤامرات والجرائم الأخرى ضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن وجنايات التقتيل والتخريب المخلة بالدولة. فالمشرع قبل إلغائه لمجلس أمن الدولة بموجب القانون 06/89 المؤرخ في 1989/04/25 كان ينص في المادة 18-327 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة على الجرائم التي يختص هذا المجلس بالنظر فيها والتي تضمّنت كل الجرائم المنصوص عليها في الفصل المتضمن الجنايات والجرح ضد أمن الدولة دون إستثناء بالإضافة إلى الجرائم المنصوص عليها في المواد 103، 113، 114 و254 إلى 263 من قانون العقوبات. فكان معيار تخصص هذه الجهة القضائية واضحا ومتماشيا مع تسميتها خلافا لما هو الأمر بالنسبة لإدراج المشرع ضمن الجرائم محل إختصاص المحاكم ذات الإختصاص الموسع للجرائم الإرهابية دون غيرها من الجرائم ضد أمن الدولة.

أما بالنسبة للنص على الجريمة المنظّمة عبر الحدود الوطنية فإنّه يضي على إختصاص المحاكم ذات الإختصاص الموسع غموضا وعدم دقة لأنّ الإشارة إلى هذا الصنف من الجرائم لا يفيد في تحديد سلوك مجرم معين ويتعارض مع مبدأ التفسير الصارم للنصوص الجزائية²⁷، ذلك أنّ المشرع لم يعرف الجريمة المنظّمة. وقد حاول المشرع الفرنسي تفادي هذا الإنتقاد من خلال سرد مجموعة من الجرائم التي تعتبر جرائمها

منظمة وتدخل في إختصاص الجهات القضائية المتخصصة في الجرائم المنظمة²⁸ ولكن رغم ذلك لم يسلم موقفه من الإنتقاد على أساس أنّ الجرائم التي اختارها تتعارض مع بعض المبادئ الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²⁹ بل ذهب البعض إلى اعتبار مفهوم الجريمة المنظمة لا يعبر عن جريمة بحدّ ذاتها وإنما هو مفهوم من المفاهيم التي يدرسها علم الإجرام³⁰.

إلى جانب عدم توفيق المشرع في اختياره للجرائم التي تختص بها الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع فإنّه أهمل أيضا التعرض إلى مسألة الجرائم المرتبطة بها.

2.2.2/ عدم التعرض للجرائم المرتبطة

لقد نص المشرع في قانون الإجراءات الجزائية على إمكانية تمديد إختصاص الجهات القضائية للنظر في الجرائم التي لا تدخل في مجال إختصاصها الأصلي ولكنها مرتبطة أو غير قابلة للتجزئة عن الجرائم التي تختص بها هذه الجهة، فقد نصت المادة 329 ف (3) من قانون الإجراءات الجزائية مثلا بالنسبة لمحكمة الجناح على ما يلي: " كما تختص المحكمة كذلك بالنظر في الجناح والمخالفات غير القابلة للتجزئة أو المرتبطة". كما تعرضت المادة 187 من قانون الإجراءات الجزائية لتمديد إختصاصها إلى الجرائم المرتبطة بالجرائم الأصلية التابعة لإختصاصها. وإن كان المشرع لم يعرف الجرائم غير القابلة للتجزئة فإنّه عرّف في المادة 188 من قانون الإجراءات الجزائية الجرائم المرتبطة.

فقد قرّر المشرع الخروج على قواعد الإختصاص الموضوعي للجهات القضائية الجزائية في مجال الجرائم المرتبطة لأنّ حسن سير العدالة يقتضي أن تفصل نفس الجهة القضائية في هذه الجرائم كون وسائل الإثبات وكل عناصر إتخاذ القرار متجمّعة في نفس الملف ولتفادي إحتمال صدور أحكام قضائية متناقضة³¹. وقد جعل المشرع الإختصاص بالنظر في الجرائم المرتبطة مرهون بوجود نص خاص يقرّ هذا الإختصاص وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية بعد تعديله بموجب القانون 14/04 نجده لم يسند للجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع صلاحية النظر في الجرائم المرتبطة بالجرائم المذكورة في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية وذلك رغم أنّ هذه الجرائم الأخيرة لا تظهر غالبا بصفة منفردة وإنما تجتمع مع جرائم أخرى، فجريمة تبييض أموال مثلا لا

تتحقق إلا تبعا لجريمة أصلية أنتجت أموالا تم تبييضها، فلو تمّ تبييض أموال متحصّل عليها من جرائم ضربية فينعد الإختصاص بالنسبة للجريمة الأولى للمحكمة ذات الإختصاص الموسّع في حين تبقى الجريمة الضريبية من إختصاص المحاكم ذات الإختصاص الإقليمي العادي فيتشتت الفصل في وقائع مرتبطة بل قد يطرح مشكل أسبقية الفصل في الجريمة الضريبية على جريمة تبييض الأموال مما يشكّل عائقا أمام تحقيق فعالية القضاء الجزائي.

خاتمة

إن كان القانون 14/04 من خلال النص على الجهات القضائية الجزائية ذات الإختصاص الموسع قد عبّر عن رغبة المشرع في إنشاء قضاء جزائي متخصص فإنّه جاء خاليا من المقومات الأساسية للقضاء المتخصص سواء من حيث تأسيسه أو من حيث نطاق إختصاصه. فالمشرع لم يستحدث أية جهة متخصصة بل اكتفى بتمديد الإختصاص المحلي للقضاء الجزائي الناظر في كل الجرائم دون أن ينشئ أقساما متخصصة متشكّلة من قضاة متخصصين، فقد اكتفى بإدراج فقرات ضمن النصوص القانونية المحدّدة للإختصاص الإقليمي للنيابة أو لقاضي التحقيق أو لمحكمة الجناح ولم يتعرّض إطلاقا لتعيين القضاة لدى هذه الجهات ولا لكيفية اختيارهم. كما أنّه لم يمنح لهذه الجهات ذات الإختصاص الموسّع الإختصاص المانع للنظر في الجرائم المنصوص عليها في المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية. ضف إلى ذلك أنّه لم يتناول الجهات الناظرة في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات ذات الإختصاص الموسّع بل أهمل أيضا تحديد الجهة المتخصصة المختصة بالنظر في الجرائم المذكورة عندما توصف بالجناية. أما من ناحية النطاق الموضوعي لإختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسّع فقد جمع المشرع بين جرائم من أصناف مختلفة يحتاج كل صنف منها إلى تخصص مما يفقد هذه الجهات القضائية خاصية التخصص ويصعب مهمة القاضي الملحق بهذه الجهات الذي إتّسع إختصاصه الإقليمي ومن ثمة ارتفع عدد القضايا المعروضة عليه. كما أنّ عدم نص المشرع صراحة على معيار خطورة الجرائم المنصوص عليها جعل النيابة من الناحية العملية تستعمل سلطة الملاءمة خارج أي إطار

شرعي في إحالة بعض القضايا على الجهات ذات الإختصاص الموسّع والإبقاء على البعض الآخر أمام الجهات ذات الإختصاص العادي. فإن كان القضاء الجزائي المتخصص حتمية لمواجهة خطورة بعض الأفعال فإنّ تجسيده يحتاج إلى تسطير نظام متكامل ومتماسك وليس مجرد تمديد لإختصاص الجهات القضائية الموجودة دون تنظيمها بصفة محكمة ومنحها صلاحيات خاصة.

الهوامش

- ¹-تنص المادة 29 ف(1) من الدستور على أنّ: "كل المواطنين سواسية أمام القانون"
²- لقد تضمّن قانون الإجراءات الجزائية منذ صدوره سنة 1966 كتابا كاملا تحت عنوان " في القواعد الخاصة بالمجرمين الأحداث" إشتمل على أكثر من أربعين مادة خاصة بمتابعة ومحاكمة المجرمين الأحداث.
³- قد مدّد المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 الإختصاص المحلي لكل من وكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق والحكم لمحكمة سيدي امجد ومحكمة قسنطينة ومحكمة ورقلة ومحكمة وهران، إلى محاكم عدد من المجالس القضائية.
⁴- أضاف القانون 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية فقرات للمواد 37 و40 و329 المتضمنة على التوالي معايير الإختصاص المحلي بالنسبة لوكيل الجمهورية وبالنسبة لقاضي التحقيق وأخيرا بالنسبة لجهة الحكم.
⁵- المواد 37(1) من قانون الإجراءات الجزائية بالنسبة لوكيل الجمهورية و40(1) بالنسبة لقاضي التحقيق و329 بالنسبة لجهات الحكم.

⁶-Jean PRADEL, Procédure pénale, Cujas, 12è édition, 2004, n° 85.

⁷- J.-A. Roux, Cours de droit criminel français, tome II, Procédure pénale, Sirey, 2^{ème} édition , 1927, §36.

⁸- J.-P. Jean, «La mythique réforme de la carte judiciaire, entre justice de proximité et spécialisation des contentieux », Réformes de la justice, Réforme de l'Etat, PUF, coll. Droit et justice, 2003,p. 262 et 263.

⁹- للإطلاع على بعض عيوب المحاكم الإستثنائية في الجزائر راجع: لباز بومدين، الأقطاب الجزائية المتخصصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1)، 2011/2012، ص. 28 إلى 31.

¹⁰- Guillaume Royer, L'efficience en droit pénal économique, Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit, LGDJ 2009, p.297.

¹¹- Art : 706-75-1(1) du code de procédure pénale français.

¹²- Ibid (2).

¹³- Ibid(3).

¹⁴- المادة 26-327(2) من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

¹⁵- المادة 39 من المرسوم التشريعي 03/92 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب الملغى.

¹⁶- المادة 248(3) من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

¹⁷- المواد 37(1) بالنسبة لوكيل الجمهورية و40(1) بالنسبة لقاضي التحقيق و329 بالنسبة لجهات الحكم.
¹⁸- يمكن ملاحظة أن المادة 40 مكرر 1 لم تتعرض إلا لحالة انعقاد الإختصاص لوكيل الجمهورية إستنادا إلى معيار مكان وقوع الجريمة ولم تتعرض لمعياري محل إقامة أحد المشتبهين في ارتكابها ومكان إلقاء القبض على المشتبه فيه، مما يفتح مجال أمام وكيل الجمهورية المختص وفق هذين المعيارين لعدم إرسال ملفات التحقيقات الأولية للنائب العام التابعة له المحكمة المختصة".

¹⁹- المادة 22 من القانون 01/06

²⁰- إستعمل مصطلح "عادية" للدلالة على الجرائم غير تلك التي تدخل في إختصاص المحكمة ذات الإختصاص الموسع.

²¹- لياز بومدين، الأقطاب الجزائية المتخصصة، المرجع السابق، ص 88 وما يليها.

²²- القانون 92-1332 المؤرخ في 16/12/1992.

²³- المادة 2(ب) من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

²⁴- المواد من 73-706 إلى 106-706 المدرجة بموجب القانون 204-2004 المؤرخ في 09/03/2004.

²⁵- Serge Guinchard, Jacques Buisson, Procédure pénale, Lexis Nexis Litec, 6e édition, Paris, 2010, p. 217.

²⁶- المادة 197 من قانون العقوبات.

²⁷- Christine Lazerges, La dérive de la procédure pénale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2004(3), P.652.

²⁸- المادة 73-706 من قانون الإجراءات الفرنسي.

²⁹- Valentine Buck, Chronique de droit constitutionnel pénal, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2005(1), p.125.

³⁰- Christine Lazerges, La dérive de la procédure pénale, op.cit, p.652.

³¹-Gaston Stefani, George Levasseur, Bernard Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 13ème édition, 1987, P.552.

الإعتراف الدولي بحق الإنسان في الصحة و التشريعات الوطنية المتعلقة بالتهيئة و التعمير*

Dr. ABDELHAK Morsli
Centre Universitair de Tamanghasset

د. عبد الحق مرسللي
بالمركز الجامعي لتامانغاست

ملخص

يعدّ الحق في الصحة من أهم الاعتبارات التي لا بد من أخذها في الحسبان عند وضع كل نص قانوني أو تسطير أي سياسة عمرانية سواء على المستوى المحلي أو الوطني على غرار الاعتبارات المتعلقة بالصناعة والزراعة والسياحة و الثقافة و البيئة و غيرها. فالتشريع الجزائري في شقّه المتعلّق بالتعمير إعترف بالحق في الصحة لكنّه من الناحية الاجرائية أغفل تمثيل المصالح الصحية في الهيئات المختصة في مجال التعمير على عكس القطاعات الأخرى.

وباعتبار حق الإنسان في الصحة من حقوق الإنسان الاجتماعية فهناك العديد من الأجهزة الرقابية الدولية إلا أنّ أهمها غير مزوّد بالوسائل القانونية كآلية تلقي التقارير والشكاوي لممارسة مهامها، هذا في انتظار اعتماد البروتوكولات المكتملة لها و حتى منظمة عالمية للتعمير.

الكلمات الدالة

حق الانسان في الصحة، قانون التهيئة و التعمير و الصحة العمومية، القانون الدولي للصحة، حماية الصحة العمومية في العمران، تشريعات التهيئة العمرانية و حقوق الإنسان، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحق في الصحة، التشريع الجزائري للتعمير و الحق في الصحة، أجهزة الرقابة الدولية على الحق في الصحة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/04/06 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/04/29 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Human Right to Health in International law and internal laws of urbanism

Abstract

The right to health is one of the important affairs to take into consideration in the adoption of rules relating to urbanism, both in the national and local level, the same thing applying to industrial, agricultural, tourism, and cultural considerations. The Algerian laws of urbanism recognize the right to health however they omit health services representation among public bodies concerned in the field of urbanism.

As the right to health amongs to social human rights, its application is done by their control and supervising bodies which are more specialised, however these bodies have not enough means to exercise its tasks for instance the periodic reports and communications, in waiting the adoption of of new protocol which will enhance the control procedures and perhaps more by creating an international urbanism organization.

Key words

Human right to health , urbanism law and pubic heath, international health law, health protection in urbanism, human rights and urbanism laws, international treaties of the right to heath, Algerian law and right to heath, control bodies and right to heath.

Résumé

Le droit à la santé est l'une des questions revêtant une importance primordiale quand il s'agit de la promulgation d'une loi ou d'une politique urbaine aussi bien locale que nationale à l'instar des considérations relatives, entre autres, à l'industrie, l'agriculture, le tourisme et la culture. La législation algérienne de l'urbanisme a reconnu le droit à la santé. Cependant, elle a omit la représentation des services de la santé publique au sein des instances habilitées dans le secteur de l'urbanisme.

Comme le droit à la santé fait partie des droits de l'homme sociaux, il est soumis à leurs organes de contrôle et de suivi dont les plus spécialisés ne sont pas encore dotés des mécanismes de surveillance tels que les rapports périodiques et la réception des plaintes, en attendant l'adoption des protocoles renforçant leurs moyens de contrôles et même plus loin, instituant une organisation internationale de l'urbanisme.

Mots clés

Le droit à la santé, droit de l'urbanisme et la santé publique, droit international de la santé, la protection de la santé dans l'urbanisme, traités internationaux sur le droit à la santé, la législation algérienne sur l'urbanisme et le droit de la santé, les organes internationaux de contrôle sur le respect du droit à la santé.

مقدمة

لا يمكن أن نفصل بين حق الإنسان في الحياة من جهة و الحقوق الأخرى التي تشكل أهم عناصر وشروط الوجود خاصة منها حق الإنسان في الصحة و حق الإنسان في البيئة النظيفة و حق الإنسان في الغذاء و الماء من جهة أخرى و إذ تمّ تكريس الاعتراف القانوني بهذه الحقوق المتفرّعة والمكمّلة لحق الإنسان في الحياة في المواثيق الدولية العالمية والإقليمية، كما ورد ذلك في العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية و الثقافية لسنة 1966، فسيترتب عن ذلك أنّ جميع الدول التي صادقت على هذه الصكوك الدولية تلتزم بأن تضع كل التشريعات الوطنية ذات الصلة في توافق وانسجام معها بما في ذلك تلك المتعلقة بالتهيئة و التعمير.

و لا خلاف حول العلاقة الوطيدة بين القوانين المتعلقة بالتهيئة و التعمير من جهة و حق الإنسان في الصحة المعترف به دولياً من جهة أخرى، بحيث يفترض في الشروط والمعايير التي يسطرها التشريع الوطني المنظم لهذا الحقل - ذو الأهمية البالغة- بأن تأخذ بعين الاعتبار رعاية الصحة العامة في كل المخططات و المشاريع الحضرية، و هذا ما دعت إليه المنظمة العالمية للصحة عندما أعلنت برنامجها المتعلق بالمدينة الصحية projet Ville-Santé، و الإشكال الذي يطرح في هذا السياق: ما مدى احترام حق الانسان في الصحة عند وضع التشريعات الوطنية المتعلقة بالتهيئة و التعمير ؟ و هل تعتبر الجهود الدولية و الوطنية كافية من أجل رعاية حق الإنسان في الصحة عند وضع التشريعات المتعلقة بالتهيئة والتعمير ؟ و للإجابة على هذه الاشكالية سوف نوزّع الدراسة على ما يلي:

المحور الأول: الإعتراف الدولي بحق الانسان في الصحة في إطار تشريعات التهيئة والتعمير.

المحور الثاني: دور الأجهزة الدولية في الرقابة على الحق في الصحة في مجال التهيئة والتعمير.

المحور الأول/ الإعتراف الدولي بالحق في الصحة في إطار تشريعات التهيئة والتعمير

لا شك أنّ حق الإنسان في الحياة هو القاعدة التي تنطلق منها جميع الحقوق الأخرى على مستوى الحقوق المدنية و السياسية و الاجتماعية و الثقافية، إلا أنّ حق

الإنسان في الصحة هو أكثر الحقوق ارتباطاً به، و لهذا تم تكريس هذا الحق منذ إصدار المواثيق الدولية الأولى المتعلقة بحقوق الإنسان.

1/ تعريف الحق في الصحة

قد يختلط المقصود بالحق في الصحة مع مفاهيم أخرى قد تستقل عنه و قد تندمج معه، بحيث عرّف دستور المنظمة العالمية للصحة، المعتمد من طرف المؤتمر الدولي للصحة المنعقد في نيويورك في 19 جوان 1946، الصحة بأنها: "حالة مريحة كاملة على المستوى الجسدي و العقلي و الاجتماعي و لا يتمثل فقط في غياب الأمراض والعاهات، و يعدّ الحصول على أحسن حالات الصحة التي يمكن أن يبلغها الإنسان من بين الحقوق الأساسية لكل انسان مهما كان عرقه أو دينه أو آراءه السياسية أو وضعه الاقتصادي أو الاجتماعي"¹.

والملاحظ أنّ الحق في الصحة يحمل معنيين إثنين، الأول ضيق يشمل الحق في العناية الطبية وبناء المستشفيات، و الثاني هو المعنى الواسع الذي تندرج ضمنه عدة عوامل تعين على الحياة الصحية السليمة. و لقد اعتمدت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية الجهاز الرقابي للعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية لهذه العوامل و سمّتها " العوامل المحددة من أجل الصحة"، بحيث تندرج فيها عدة مسائل ضرورية هي: - التزويد بمياه الشرب و الصرف الصحي - تغذية صحية - تغذية كافية و مسكن مريح - ظروف عمل و بيئة سليمة- تربية صحية ونشر للمعلومات الصحية - المساواة بين الجنسين. كما يشمل الحق في الصحة كذلك بعض الحريات منها الحق في حرية قبول بعض العمليات الطبية، لاسيما فيما يخص التجارب العلمية و البحوث الطبية و التعقيم².

ويتضمّن الحق في الصحة عدة حقوق فرعية أخرى نذكر من أهمّها: - الحق في نظام للحماية الصحية يضمن للكلّ إمكانية الاستفادة من أحسن حالة صحية ممكنة، - الحق في الوقاية والعلاج ومكافحة الأمراض، - الحق في الحصول على الأدوية الأساسية والرعاية الصحية للأمومة و الطفولة والصحة الإنجابية، - التمكين المنصف و في الوقت المطلوب من الخدمات الصحية الأساسية، - تقديم تربية صحية ومعلومات متعلّقة بها،

– المشاركة الشعبية في مسار اتخاذ القرار في المسائل المتعلقة بالصحة على المستوى الوطني و الدولي.

زيادة على هذا يشمل مفهوم الحق في الصحة توفير الخدمات الصحية و الأعيان و المباني الصحية وأن تكون متاحة و مقبولة و في وضعية جيدة، و كذلك يتضمّن هذا الحق عدم التمييز في الاستفادة من الخدمات الصحية و الأعيان و المباني الصحية³.

يرتبط المقصود بالحق في الصحة ببعض الحقوق الأخرى منها الحق في المياه، الحق في الغذاء، الحق في السكن اللائق، الحق في الحماية من التمييز، الحق في الحياة الخاصة، الحق في الاستفادة من التطور العلمي... و نظراً لخاصية عدم التجزئة التي تتميز بها حقوق الإنسان فمن الواضح و الضروري تكامل حق الإنسان في الصحة مع هذه الحقوق الأساسية، و هذا من أجل ضمان أفضل و أنجع لصحة الإنسان.

2/ تكريس حق الإنسان في الصحة في الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان أ/ على المستوى العالمي

لا يجوز تجاوز أحكام الاتفاقيات الدولية ذات الطابع الإلزامي سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، فيجب على الدول وضع قوانينها الداخلية في انسجام مع إلتزاماتها الدولية المترتبة عن الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها. فبعد أن تمّ التنصيص على الحق في الصحة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي لا يعتبر إتفاقية دولية بل إعلان دولي يكتسي قيمة معنوية أكثر منها قانونية⁴، نصّ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966 على تكريس الحق في الصحة⁵، بحيث جاء فيه:

" تقرّ الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه، و تشمل التدابير التي يتعيّن على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل: (أ) العمل على خفض معدّل وفاة المواليد ومعدّل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نمواً صحياً، (ب) تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية، (ج) الوقاية من الأمراض الوبائية

والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها و مكافحتها، د) تهيئة الظروف التي من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الصحية للجميع في حالة المرض"⁶.

كما اعترفت بعض الاتفاقيات الدولية من جهة أخرى بالحق في الصحة لكن بشكل جزئي أو فتوي ينحصر في الموضوع أو الحقل الذي تنظمه، منها الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري المعتمدة من طرف الجمعية العامة في 21 ديسمبر 1965، بحيث نصّت على التزام الدول الأطراف باتخاذ كل الإجراءات اللازمة من أجل القضاء على التمييز في كل المجالات، لاسيما منها ما يتعلّق بالحق في السكن و الحق في التمتع بخدمات الصحة العامة والرعاية الطبية والضمان الاجتماعي والخدمات الاجتماعية⁷.

و في نفس السياق نصّت الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تم اعتمادها من طرف الأمم المتحدة في 18-12-1979، و على وجوب اتخاذ مجموعة من التدابير من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة خاصة فيما يتعلق بـ " الحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب"⁸.

وبالإضافة إلى هذه الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بحق الإنسان في الصحة بشكل صريح ومباشر نجد كذلك الصكوك الدولية التالية: اتفاقية حقوق الطفل في المادة 24، الاتفاقية الدولية لحماية كل حقوق العمال المهاجرين و أعضاء أسرهم في المادة 28 والمادة 43 و غيرها، هذا زيادة على الإعلانات الدولية التي على الرغم من أهميتها و قيمتها المعنوية الكبيرة إلا أنّها لا تعدّ ملزمة للدول إلاّ من باب تأكيد التزامات اتفاقية دولية.

ب/ على المستوى الإقليمي

بحكم الانتماء نبدأ بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب الذي ورد فيه أنّ لكل شخص الحق في التمتع بأفضل حالة صحية بدنية وعقلية يمكنه الوصول إليها، وتتعهّد الدول الأطراف في هذا الميثاق باتخاذ التدابير اللازمة لحماية صحة شعوبها و ضمان حصولها على العناية الطبية في حالة المرض⁹. وفي نفس الإطار ينصّ الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل و رفايته على أن يكون لكل طفل الحق في التمتع بأفضل حالة ممكنة لتحقيق الصحة البدنية والعقلية والروحية، وتتعهّد الدول الأطراف في هذا الميثاق

بمتابعة التنفيذ الكامل لهذا الحق، وتتخذ على وجه الخصوص إجراءات من أجل التقليل من معدّل وفيات الأطفال و ضمان توفير التغذية الكافية ومياه الشرب الصحية¹⁰.

أما على المستوى الأوروبي ينص الميثاق الاجتماعي الأوروبي أنّ لكل إنسان الحق في الحصول على الرعاية الصحية والوقائية، والحق في الاستفادة من العلاج الطبي بموجب الشروط التي تضعها القوانين والممارسات المحلية، ويكفل مستوى عالي من حماية صحة الإنسان في تحديد وتنفيذ كافة سياسات وأنشطة الاتحاد¹¹.

3/ تكريس حق الإنسان في الصحة في التشريع الجزائري المتعلّق بالتعمير

يعتبر الحق في الصحة من أهم الحقوق التي نصّت عليها دساتير أغلب الدول في العالم، و منها الدستور الجزائري الذي ينصّ على أنّ الرعاية الصحية حق للمواطنين، و تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها¹².

هذا بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في عديد القوانين و المراسيم المتعلّقة بالصحة، و مما لا شك فيه أنّ مجال التهيئة و التعمير هو من بين أهم المجالات التي يتجسّد فيها حق الإنسان في الصحة ومدى الاهتمام به، وهذا لكون العمران هو الوسط الذي يعيش فيه الإنسان و يقضي فيه أغلب وقته، لاسيما بعد الإنتقال من حياة البداوة إلى حياة الحضر والتمدّن، و تركز أكبر نسبة من السكان والثروات والإمكانيات في التجمعات الحضرية¹³.

ومنذ استقلال الجزائر تم اعتماد العديد من القوانين و المراسيم التي تنظّم البناء والتعمير، إلاّ أنّه وبمقتضى سُلّم الأولويات لم تعط أهمية كبيرة في البداية إلاّ لحل مشكل السكن و النزوح الريفي و البنى التحتية، و كان ذلك إلى حدّ بعيد على حساب اعتبارات أخرى لم تكن حينها على المستوى الوطني والاقليمي و العالمي من أهم الإنشغالات والأولويات، لاسيما منها حق الإنسان في البيئة و حق الإنسان في الصحة الذي لا ينحصر في توفير العلاج و الأدوية و إنّما يتجاوز ذلك إلى الحفاظ على الوسط الصحي للسكان.

وابتداء من تسعينيات القرن الماضي إعتمدت الدولة الجزائرية العديد من القوانين المتعلقة بالتهيئة والتعمير، وأدرجت في طياتها التأكيد أكثر من مرة على اعتبار واحترام

حماية الصحة العمومية عند وضع المخططات العمرانية أو تنظيم المجال العمراني أو منح بعض الرخص و الشهادات المتعلقة بالعمران، بحيث نتعرض لأهمها فيما يلي:

- القانون رقم 90-29 المؤرخ 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم:

باعتبار أن احترام مقتضيات الصحة العمومية تبدأ من المسكن اشترط هذا القانون استفادة كل بناء معدّ للسكن من مصدر للمياه الصالحة للشرب و جهاز لصرف المياه يحول دون تدفقها على سطح الأرض¹⁴. زيادة على ذلك قيّد الاستثمار في بناء المنشآت المهنية أو الصناعية بأن تصمّم المنشآت والبنائات ذات الاستعمال المني أو الصناعي بكيفية تمكّن من تفادي رمي النفايات الملوثة و كل العناصر الضارة خارج الحدود المنصوص عليها في التنظيم¹⁵.

- المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في 28-05-1991 يحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير و البناء:

لقد أكد هذا المرسوم التنفيذي، باعتباره النص التطبيقي للقانون السابق المتعلق بالتهيئة و التعمير بدوره، على اعتراف القانون الجزائري بالحق في الصحة كشرط أساسي يجب احترامه عند منح بعض شهادات التعمير، كما هو الحال بالنسبة لرخصة البناء أو رخصة تجزئة الأرض، بحيث إذا كانت البنائات من طبيعتها أن تمس بالسلامة أو بالأمن العمومي من جراء موقعها أو حجمها أو استعمالها يمكن رفض رخصة البناء أو رخصة تجزئة الأرض من أجل البناء، أو منحها شريطة احترام الأحكام الخاصة الواردة في القوانين والتنظيمات المعمول بها¹⁶.

أما إذا كانت البنائات بالنظر إلى موقعها يمكن أن تتعرض لأضرار خطيرة يتسبّب فيها الضجيج على الخصوص يمكن أن ترفض رخصة البناء أو تمنح مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في القوانين والتنظيمات المعمول بها¹⁷. و لا يمكن منح رخصة بناء لبنانية تخصص للسكن إذا كان بعدها يقل عن ما ينص عليه المرسوم رقم 63-06 نظراً لمتطلبات حفظ الصحة و الأمن و طمأنينة سكان العمارة المزمع بناؤها¹⁸. كما يجب ضمان تزويد البنائات ذات الاستعمال السكني بالماء الصالح للشرب والتطهير، و كذلك البنائات الأخرى

طبقاً للتنظيمات المعمول بها، و يتم إنجاز صرف المياه المترسبة صناعياً و تصفيتها وإبعادها ضمن نفس الشروط¹⁹.

ومن جهة أخرى أكد هذا المرسوم بصريح العبارة على احترام الحق في الصحة عند تنظيم عدة مسائل منها النص على أنه: " في حالة انعدام الشبكات العمومية يجب اتخاذ التدابير الخاصة الآتية، شريطة أن تكون النظافة و الحماية الصحية مضمونتين²⁰". كما يمكن من جهة أخرى " أن تتوقف رخصة بناء المؤسسات الصناعية على فرض حتمية معالجة ملائمة معدة لتصفية كل أنواع الدخان والتسريبات الغازية من كل المواد الضارة بالصحة العمومية، و يمكن اشتراط تدابير ترمي إلى التقليل من مستوى الضجيج²¹".

هذا بالإضافة إلى العديد من الأحكام التي تصبّ بشكل مباشر في تكريس حق الإنسان في الصحة في قانون التعمير التهيئة العمرانية الجزائري، لاسيما منه المواد 22، 32، 35، 36، 37.

- المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28-05-1991 يحدد كيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و رخصة الهدم و تسليم ذلك المعدل و المتمم.

و في نفس السياق اشترط هذا المرسوم إرفاق طلب رخصة التجزئة بملف يشتمل على مجموعة من الوثائق، من بينها مذكرة توضّح التدابير المتعلقة بطرق المعالجة المخصّصة لتنقية المياه المترسبة الصناعية من جميع المواد السائلة أو الصلبة أو الغازية المضرة بالصحة العمومية أو الزراعة أو المحيط، و طرق المعالجة المخصصة لتصفية الدخان أو انتشار الغازات من جميع المواد المضرة بالصحة العمومية، و تحديد مستوى الضجيج و انبعاث الطفيليات الكهرومغناطيسية بالنسبة للأراضي المجزأة للاستعمال الصناعي²².

- القانون رقم 01-20 المؤرخ في 12-11-2001 المتعلق بتهيئة الاقليم و تنميته المستدامة:

لقد أسس هذا القانون العديد من المخططات التوجيهية الخاصة بالبنى التحتية الكبرى و الخدمات الجماعية ذات المنفعة العامة و التي من بينها المخطط التوجيهي

للصحة و المخطط التوجيهي للمياه²³ ، بحيث يهدف المخطط التوجيهي للصحة في إطار الخيارات الوطنية لهيئة الإقليم و تنميته المستدامة إلى ضمان استفادة الجميع من العلاج في كل أنحاء الإقليم و إلى تحسين نوعية التكفل بالعلاج²⁴ .

- المرسوم التنفيذي رقم 06-325 المؤرخ في 18-09-2006 يحدد قواعد بناء المؤسسات الفندقية و تهيئتها:

و حتى في مجال السياحة و الفنادق وضع القانون الجزائري من خلال المرسوم السابق شروط محددة تسعى لتكريس احترام الصحة العمومية للزلاء في الفنادق، بحيث تشترط أن تكون الغرف أو الأماكن المخصصة للزبائن متوفرة على تجهيزات منقولة و صحية تستجيب لمتطلبات تلطيف الجو و الهدوء الكلي و الأمن، كما تحجز في كل مؤسسة فندقية غرف مجهزة لاستقبال الزبائن محدودي التنقل أي المعوقين وكبار السن²⁵ .

4/ نقائص التشريع العمراني الجزائري في مجال الصحة

بالنظر إلى النقاط الإيجابية الواردة في التشريع الجزائري المتعلقة بالتهيئة العمرانية السابقة الذكر نستنتج أنّ المنظومة القانونية ذات الصلة اعترفت بحق الإنسان في الصحة و أخذته بعين الاعتبار، إلا أنه من الناحية الإجرائية هناك بعض الثغرات، و التي تغيب بها إلى حد ما بعض الآليات المؤدية لاحترام الصحة العمومية، لاسيما ما تعلق منها باستشارة و مشاركة ممثلي مصالح الصحة في بعض الهيئات واللجان ذات الصلة بالعمران و التهيئة العمرانية، و التي نذكر من أهمها ما يلي:

- القرار المؤرخ في 28-10-2006 المتعلق بتشكيل لجان مراقبة عقود التعمير:

بحيث تضمنت لجان مراقبة التعمير ممثلي العديد من المصالح التي لها علاقة قريبة أو بعيدة بالتعمير في اللجنة الوطنية لمراقبة التعمير و نفس الشيء بالنسبة للجنة الولائية دون أن تشمل ممثل المصالح الصحية²⁶ .

- المرسوم التنفيذي رقم 07-206 مؤرخ في 30 يونيو 2007 يحدد شروط و كيفيات البناء و شغل الأراضي على الشريط الساحلي و شغل الأجزاء الطبيعية المتاخمة للشواطئ و توسيع المنطقة موضوع منع البناء عليها:

خلت لجنة فحص الدراسات و التصديق عليها من ممثل وزارة الصحة، في حين ضمت العديد من ممثلي المصالح التي تظهر أبعد من الصحة علاقةً بالنسبة للتعمر، مثل ممثل وزير الدفاع و وزير الفلاحة ووزير النقل و السياحة و وزير الصيد البحري و وزير الصناعة²⁷.

- المرسوم التنفيذي رقم 09-155 المؤرخ في 02 ماي 2009 حدّد تشكيلة لجنتي الدائرة و الطعن المكلفتين بالبتّ في تحقيق مطابقة البناءات و كفاءات سيرها: و نجد في هذا المرسوم التنصيص على تمثيل العديد من المصالح في تشكيل لجنتي الدائرة و الطعن مثل الثقافة و السياحة و البيئة، لكن دون حضور ممثل المصالح الصحية²⁸.

- المرسوم رقم 09-344 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009 المتضمّن إنشاء الوكالة الوطنية للتعمر:

يتشكّل مجلس إدارة الوكالة الوطنية للتعمر من ممثلي اثنا عشر قطاع لا يوجد من بينهم ممثل لوزارة الصحة بالرغم من أهميتها²⁹.

- المرسوم رقم 91-177 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدّد اجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمر:

ينص هذا المرسوم على وجوب استشارة العديد من القطاعات- من أربعة عشر قطاع- من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي بشأن المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمر، لا يوجد ضمنها من يمثل مصالح الصحة³⁰.

ينسحب حكم عدم استشارة المصالح الصحية في المسائل المتعلقة بالتعمر و التهيئة العمرانية على كل اللجان و الهيئات المنصوص عليها في المنظومة التشريعية الجزائرية، ما عدا ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في 28-05-1991 الذي يحدّد القواعد العامة للتهيئة و التعمر و البناء بحيث اشترط أخذ الرأي بالموافقة من مصلحة الدولة المكلفة بالصحة على مستوى الولاية، و ذلك لكي تمنح استثناءات على ضرورة توفر بعض الشروط للتزويد بالمياه الصالحة للشرب و وضع تجهيزات جماعية للتطهير في حالة الأرضية الواسعة أو ذات الكثافة البنائية الضعيفة³¹.

الملاحظ على وجه المقارنة أنّ القانون الفرنسي المتعلق بالتعمير يستشير في الكثير من المسائل وزير أو مدير الصحة أو المصالح الصحية، كما هو الحال بالنسبة لما ورد في المادة re 111-45 والمادة re 111 46 من قانون التعمير، و التي تشترط صدور قرارات مشتركة من ثلاثة وزارات منها وزارة الصحة عند اختيار الأماكن المخصصة لوضع المخيمات أو الحظائر المتعلقة بالتسليّة.

المحور الثاني/ دور الأجهزة الدولية في الرقابة على الحق في الصحة في التهيئة و التعمير
في واقع القانون عموماً نجد أنّ الإكتفاء بالتنصيص في التشريعات على اختلاف مستوياتها على الاعتراف ببعض الحقوق لا يضمن فعاليتها و لا يفرض احترامه، ما لم يقترن وضع الحكم الموضوعي للقانون بآليات اجرائية رقابية تسهر على فرض جزاءات على التناول على القاعدة القانونية الموضوعية. وهذه فلسفة كل القوانين الداخلية والدولية، بحيث تعتبر المسؤولية الدولية على عدم احترام الدول لالتزاماتها الدولية من تطبيقات ذلك، فبعد أن تتوفر شروط تحمّل الدولة لمسؤوليتها على انتهاك التزاماتها المتعلقة بالحق في الصحة تتحرك الأجهزة الدولية المختلفة ذات الاختصاص، لاسيما منها المتعلقة بحقوق الإنسان.

1/ المسؤولية الدولية للدول في تطبيق مضمون الإتفاقيات الدولية ذات الصلة بالحق في الصحة

من أجل قيام المسؤولية الدولية للدول عن عدم إحترام إلتزاماتها المترتبة عن الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالحق في الصحة لابد من توفر الشروط العامة للمسؤولية الدولية وفقاً لأسسها المتغيرة، فإذا قامت المسؤولية الدولية على أساس العمل غير المشروع فإنّها تشترط ثلاث عناصر: - إنتهاك الإلتزام الدولي، إسناد العمل غير المشروع لشخص دولي، إحداث ضرر لشخص دولي بسبب العمل غير المشروع. أما إذا تأسست المسؤولية الدولية على الضرر أو على العمل المشروع فإنّها تشترط إسناد الفعل المشروع لشخص من أشخاص القانون الدولي و إحداث ضرر جراء العمل المشروع (العلاقة السببية).

ويعتبر الإلتزام باحترام الحق في الصحة إلتزاماً متعدّد الصور، فهو التزم ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة في شقّه المتعلّق بتقديم العلاج و الوقاية من الأمراض و بناء المستشفيات و توفير الأدوية، بحيث تلزم الدول بحسب إمكانياتها الاقتصادية و البشرية و غيرها ببذل قصارى جهدها لتوفير ما يجسّد الحق في الصحة. و في الشق المتعلق بالحرية أو المفهوم الليبرالي للحق في الصحة فإنّه يعني عدم حرمان الشخص من أعضائه بدون إذنه و عدم منعه من تلقي العلاج أو المتابعة الطبية و هذا التزم بتحقيق نتيجة، لأنّه التزم سلبي بعدم التدخل و لا يقتضي إمكانيات خاصة كما هو الشأن بالنسبة للإلتزام السابق.³²

وهذا بناءً على مقتضيات ما ورد في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية من أن تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ، بمفردها و عن طريق المساعدة والتعاون الدوليين، ولاسيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، مستنفة في ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصاً باعتماد تدابير تشريعية.

وتتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بأن تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها بريئة من أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك من الأسباب. وللبلدان النامية أن تقرّر مع مراعاة حقوق الإنسان ولاقتصادها القومي إلى أي مدى ستضمن الحقوق الاقتصادية المعترف بها في هذا العهد لغير المواطنين.³³

وفي هذا السياق نجد أنّ الدول تتحمّل مسؤولية القيام بثلاثة أنواع من الإلتزامات هي: أولاً الإلتزام بالامتناع عن إعاقة ممارسة الإنسان لحقه في الصحة، و ثانياً الإلتزام بمنع تدخل أي جهة تهدف لإعاقة ممارسة أي شخص لحقه في الصحة كالإلتزام بوضع قوانين تضبط عمل الأطباء الخواص، و ثالثاً الإلتزام بالتنفيذ عن طريق تبني تدابير إدارية و تشريعية و قضائية لضمان التمتع بالحق في الصحة.

2/ الأجهزة المختصة بالرقابة على احترام حق الإنسان في الصحة في مجال التهيئة والتعمير

هناك العديد من الأجهزة الدولية التي قد يندرج ضمن اختصاصاتها الرقابية على احترام الحق في الصحة على المستوى الدولي سواء كانت على المستوى الإقليمي أو العالمي و التي نتناولها كما يلي:

أ/ مجلس حقوق الإنسان

يعدّ مجلس حقوق الإنسان خلفاً للجنة حقوق الإنسان التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، والتي كانت أول من اهتم بحق الإنسان في الصحة عن طريق تعيين آلية المقرّر الخاص لحق الإنسان في التمتع بأحسن حالة صحية بدنية و نفسية سنة 2002 السيد "بول هانت"، ثم أبقى مجلس حقوق الإنسان على نفس الآلية، بحيث عيّن أكثر من أربعين مقرر خاص مكلف بالبحث و التحقيق و المتابعة في أهم المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان من بينها، زيادة على المقرّر الخاص بحق الإنسان في التمتع بأحسن حالة صحية بدنية و نفسية، هناك المقرّر الخاص بحق الإنسان في السكن اللائق السيد Raquel Rolnik والمقرّر الخاص بالحق في المياه الصالحة للشرب و مياه الصرف السيد Catarina de Albuquerque³⁴.

ب/ اللّجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و اللّجان المشابهة هي الهيئة المكلفة بالرقابة على احترام أحكام العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية وتشكّل من مجموع خبراء مستقلين عن دولهم، تمارس رقابتها على الدول الأعضاء في العهد من خلال التقارير التي تلتزم الدول بإيداعها دورياً، و على خلاف العديد من اللّجان الأخرى لا يجوز إيداع شكاوى أمام اللّجنة على انتهاك الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية بما فيها الحق في الصحة من طرف المتضررين.

وفي مقابل اللّجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية هناك بعض اللّجان الاتفاقية الأخرى التي قد تنظر في الرقابة على احترام الحق في الصحة إذا اندرج في إطار اختصاصها، كما هو الحال بالنسبة للجنة القضاء على التمييز العنصري ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة و لجنة حقوق الطفل و لجنة العمال المهاجرين.

ولقد أصدرت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عدة ملاحظات أو تعليقات عامة تحدّد من خلالها العديد من المسائل المعمول بها في إطار اختصاصاتها، منها التعليق رقم 04 الخاص بالحق في السكن و التعليق رقم 14 المتعلق بالحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه والتعليق رقم 15 بشأن الحق في الماء.

ج/ منظمة الصحة العالمية و مشروع المدينة الصحية

تأسست المنظمة العالمية للصحة بعد الحرب العالمية الثانية في إطار منظمة الأمم المتحدة و يتمثّل دورها أساساً في تنسيق الجهود العالمية للحفاظ على الصحة و القضاء على كل ما يهدّدها في العالم من أمراض وغيرها.

وعلى خلاف منظمة العمل الدولية و منظمة اليونسكو التي تنص على آليات للرقابة الدولية كآلية الشكاوى أو التقارير فإنّ منظمة الصحة العالمية لا تتوفّر على أية آلية و كل ما تقوم به هو أن تقدّم توجيهات للدول و توصيات عامة تتعلّق بالصحة العمومية.

وفي سياق هذا الموضوع اعتمدت المنظمة العالمية للصحة مشروع " المدينة الصحية " في أول مراحلها سنة 1986، و التي تم تطبيقها لأول مرة في منطقة أوروبا و تقوم على مبادئ و توجيهات بدورها تتمحور حول اعتبارات المساواة و الاستمرارية و التعاون ما بين القطاعات المختلفة و مشاركة السكان والتعاون الدولي و التي تتمثّل في ما يلي:

- بيئة مادية تجمع بين الأمان و النظافة، - نظام ايكولوجي مستقر على المدى القريب و البعيد، - مجموعة سكنية متماسكة و متضامنة و لا تستغل البشر، - مشاركة ومراقبة سكانية للقرارات التي تمس بالمصالح الجماعية المتعلقة بالحياة و الصحة و الرفاهية. - إشباع الحاجات الأساسية لكل سكان المدينة من غذاء و صحة و ماء و مسكن وغيرها، - توفير شبكة قوية من الاتصالات تسمح بتبادل الخبرات و المعلومات. - تحقيق اقتصاد متنوع في المدينة و منتعش و مبدع، - الحفاظ على الطابع التقليدي والتاريخي للمدينة مع تحسينها و تطويرها في نفس الطابع. - ربط الأجيال الحاضرة مع الأجيال السابقة و خاصة المحافظة على التراث الثقافي، - مستوى مثالي للعلاج والخدمات الصحية المتاحة لكل السكان- نوعية الخدمات الصحية متطورة جداً بشكل يخفض من نسبة الوفيات³⁶.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة نجد أنّ المنظومة التشريعية المتعلقة بالتهينة و التعمير من حيث الأحكام الموضوعية تحترم حق الإنسان في الصحة و أما من الناحية الإجرائية فيجب مراعاته و ذلك عند تشكيل اللجان الرقابية ذات الصلة بحيث نجد أنّ أغلب اللجان، التي تنصّ على إنشاءها التشريعات المتعلقة بالتعمير، تخلو من ممثل وزارة الصحة و المصالح الصحية المركزية أو اللامركزية الأمر الذي يجعل اعتبار الصحة العمومية بدون مدافع ميداني على مستوى الهياكل التي تفرّز في مجال التعمير على عكس التشريعات الأخرى كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي.

وأما على المستوى الرقابي الدولي المتعلق بالحق في الصحة سواء كانت منها العامة أو الخاصة فتتقصها الوسائل القانونية الملائمة لمساءلة الدول حول الانتهاكات المحتملة لهذا الحق و هذا على الأقل بالمقارنة مع الأجهزة الدولية الأخرى، فلجنة الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لا تتوفّر على آلية تلقي الشكاوي أما المنظمة العالمية للصحة فلا ينص نظامها على أية آلية رقابة لذا من الأجدر مضاعفة الجهود لتبني البروتوكولات المكملة للاتفاقيات المؤسّسة لهذه الأجهزة من أجل دعم وسائلها الرقابية والسعي لإتمام الجهود الدولية لإنشاء منظمة عالمية للتعمير -على غرار اليوم العالمي للتعمير الموافق ليوم الثامن من شهر نوفمبر- يتم التنصيب في نظامها الأساسي المزود بجهاز رقابي على ضرورة اعتبار الحق في الصحة كركن ركين من عناصر السياسة العمرانية للدول.

الهوامش

¹ - بحسب الفقرة الأولى و الثانية من دستور منظمة الصحة العالمية.

(2) - Le droit à la santé, haut-commissariat des nations unies aux droits de l'homme et l'organisation mondiale de la santé, fiche n° 31, Genève 2009, p 03.

(3) - ibid, p 04.

⁴ - حسب المادة 25 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان.

⁵ - أنظر: خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، حق الانسان في سلامة صحته في الشريعة و النظام- دراسة مقارنة بالمواثيق الدولية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص 154.

⁶ - وفقا للمادة 12 للعهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية.

⁷ - أنظر المادة 5 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

⁸ - بموجب المادة 11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

- 9 - أنظر المادة 16 من الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب.
- 10 - ورد في المادة 14 من الميثاق الافريقي لحقوق الطفل ورفاهيته.
- 11 - بحسب المادة 35 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي.
- 12 - وفقا للمادة 54 من الدستور الجزائري.
- 13 - Larbi Icheboudene, Réflexion sur la gouvernance urbaine à Alger, prérogatives institutionnelles et monopoles politique, Insaniyat, n° 44- 45, avril, septembre 2009, p 100.
- 14 - بحسب المادة 07 من القانون 29-90 المؤرخ 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم.
- 15 - المادة 08 من القانون 20-90 المتعلق بالتهيئة والتعمير.
- 16 - المادة 02 المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 28-05-1991 يحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.
- 17 - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 28-05-1991 يحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير و البناء.
- 18 - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 28-05-1991 يحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير و البناء.
- 19 - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 28-05-1991 يحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير و البناء.
- 20 - المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 28-05-1991 يحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير و البناء.
- 21 - المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 175 المؤرخ في 28-05-1991 يحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.
- 22 - المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28-05-1991 يحدّد كيفية تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و رخصة الهدم و تسليم ذلك المعدل و المتمم.
- 23 - المادة 22 من القانون رقم 01-20 المؤرخ في 12-11-2001 المتعلقّ بتهيئة الاقليم و تنميته المستدامة.
- 24 - المادة 37 من القانون رقم 01-20 المؤرخ في 12-11-2001 المتعلقّ بتهيئة الاقليم و تنميته المستدامة.
- 25 - المادة 34 المرسوم التنفيذي رقم 06-325 المؤرخ في 18-09-2006 يحدّد قواعد بناء المؤسسات الفندقية وتهيئتها.
- المادة 02 و المادة 05 من القرار المؤرخ في 28-10-2006 المتعلقّ بتشكيل لجان مراقبة عقود التعمير.
- 27 - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-206 مؤرخ في 30 يونيو 2007 يحدّد شروط و كفايات البناء و شغل الاراضي على الشريط الساحلي و شغل الاجزاء الطبيعية المتاخمة للشواطئ و توسيع المنطقة موضوع منع البناء عليها
- 28 - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 09-155 المؤرخ في 02 ماي 2009 حدّد تشكيلة لجنتي الدائرة و الطعن المكلفتين بالبتّ في تحقيق مطابقة البناءات و كفايات سيرها.
- 29 - المادة 10 من المرسوم رقم 09-344 المؤرخ في 22 أكتوبر 2009 المتضمّن إنشاء الوكالة الوطنية للتعمير.

³⁰ - المادة 08 من المرسوم رقم 91-177 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدّد اجراءات اعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير.

³¹ - المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في 28-05-1991 الذي يحدّد القواعد العامة للتهيئة والتعمير و البناء.

³² - أنظر: قندلي رمضان، الحق في الصحة في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة و القانون الصادرة عن جامعة قاصدي مرباح بورقلة، الجزائر، العدد 6، جانفي 2012، ص 229.

³³ - وفقا للمادة الثانية من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لسنة 1966.

34 - <http://www2.ohchr.org/french/bodies/chr/special/themes.htm>

35 - Melik Özden, Le droit à la santé, Une collection du Programme Droits Humains du Centre Europe, Tiers Monde (CETIM), p 27.

36 - Hugh Barton, Catherine Tsourou, Urbanisme et santé, Imprimerie des hauts des vilaine, France, 2004, p 31.

سبل مكافحة الهجرة غير الشرعية بالجزائر*

BAKHOUYA Dris
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université d'Adrar

باخويا دريس
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة أدرار.

ملخص

لقد كان لتباين مستويات التنمية بين مختلف دول العالم أثراً كبيراً في ازدياد أعداد المهاجرين غير الشرعيين من سنة لأخرى. فالجزائر وكغيرها من الدول التي تعاني من آثار هذه الظاهرة رصدت إمكانات مادية وبشرية ضخمة في إطار محاربة الهجرة غير الشرعية، خاصة وأنّ هذه الظاهرة أخذت أبعاداً خطيرة نتيجة للإنعكاسات السلبية الاجتماعية، الصحية، السياسية والأمنية، والإقتصادية المترتبة عنها، وهو ما جعلها تصنّف في المرتبة الثانية في خطورتها بعد ظاهرة الإرهاب، والتي أثبتت التجارب العملية استحالة القضاء عليها إلاّ من خلال التنسيق والتعاون وتقارب الرؤى بين مختلف الدول المعنية بالظاهرة، سواء كانت دول مصدر، أو عبور أو دولة مستقبلة.

الكلمات الدالة

هجرة غير شرعية، الجريمة المنظمة، حق اللجوء، التداعيات الأمنية، آليات المكافحة.

Anti illegal immigration Mechanisms in Algeria.

Summary

Results in varying levels of development between different countries of the world have a significant impact in increasing numbers of illegal immigrants from one year to another.

Algeria and like other countries that suffer from the effects of this phenomenon, spotted the potential of the material and human huge in the context of the fight

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/04/06 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/05/12 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

against illegal immigration, especially since this phenomenon took serious proportions as a result of the implications of the negative social, health, political, security, and economic consequences of them, which make them classified in second place in danger after the phenomenon of terrorism, which proved the impossibility of practical experiments eliminated only through coordination, cooperation and convergence between different visions of the States concerned phenomenon, whether the source countries, transit or receiving state.

Keywords

illegal immigration, Organized crime, asylum, Security implications, control mechanism.

Résumé

Le niveau du développement des pays du monde a un impact considérable sur le phénomène migratoire.

L'Algérie, et à l'instar des autres Etats ayant été touchés par ce fléau, a mis en œuvre d'importants moyens humains et matériels pour y faire face. Vu la croissance fulgurante de ce phénomène, ses conséquences (négatives) au plan social, économique, sanitaire, politique et sécuritaire, ont été déterminantes pour le classer au 2^e rang après le terrorisme. Le fléau, ne peut être éradiqué que par des procédés novateurs et efficaces tels que la coopération et la concertation entre les pays concernés (pays exportateurs, de transite et d'accueil).

Mots-clés

Immigration illégale, le crime organisé, des implications de sécurité, mécanisme de contrôle.

مقدمة

تعد ظاهرة الهجرة غير الشرعية من أخطر الظواهر التي تثير قلق عدد كبير من الدول، نظراً للأضرار المترتبة عنها سواء كانت دول مصدر لقوافل المهاجرين السريين، أو دولة عبور أم دولة مستقبلة.

وتعدّ دول شمال افريقيا عموماً والجزائر على وجه الخصوص من أكثر الدول التي تولي اهتماماً بالغاً بالظاهرة؛ نظراً لكونها تشكّل ممراً ومنفذاً حيويّاً لقوافل المهاجرين غير الشرعيين الأفارقة باتجاه الدول الأوروبية من جهة؛ ونظراً لكونها مصدراً لهذه القوافل كذلك من جهة أخرى.

من جانب آخر يعتبر تردّي الأوضاع الإقتصادية والأمنية السبب الرئيس لظاهرة الهجرة غير الشرعية، خاصة بالدول الإفريقية التي تعاني من أوضاع أمنية متردية واقتصاديات

متدهورة، أدت إلى جعل افريقيا من أولى القارات في العالم مصدراً لقوافل المهاجرين غير الشرعيين.

انطلاقاً من الأهمية المذكورة سنجيب في هذه الورقة البحثية عن إشكالية محورية تتمثل في:

• ما السبل الكفيلة بمكافحة ظاهرة الهجرة غير الشرعية ؟

وفي سبيل الإجابة عن الإشكالية المذكورة اعتمدنا منهجاً تحليلياً وصفيّاً يتم من خلاله تحليل الظاهرة والأسباب الكامنة وراء انتشارها، والظواهر الإجرامية المنظمة المترتبة عنها وآليات الحدّ منها.

لذلك تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين، يتم التطرق في المبحث الأول للإطار المفاهيمي لظاهرة الهجرة غير الشرعية، وذلك من خلال مطالب ثلاثة، يتم التعرض لمفهوم الظاهرة في المطلب الأول، ثم للعلاقة بين حق اللجوء وظاهرة الهجرة في المطلب الثاني، على نحو يمكننا من التعرف على دوافع الهجرة غير الشرعية في المطلب الثالث.

أما المبحث الثاني فيتم فيه التطرق لأثار الهجرة غير الشرعية وسبل مكافحتها، من خلال ثلاثة مطالب كذلك، يتم التطرق في الأول لأثار الهجرة غير الشرعية، ثم للجرائم المترتبة عن هذه الظاهرة في المطلب الثاني، على نحو يمكن من رصد سبل التصدي لهذه الظاهرة في المطلب الثالث.

المبحث الأول/ الإطار المفاهيمي لظاهرة الهجرة غير الشرعية

تتعدد دلالات الهجرة غير الشرعية بين هجرة سرية، هجرة غير مشروعة، وهجرة غير قانونية، ولئن اتفقت في مضمونها على الانتقال من منطقة لأخرى، إلا أنّ تعدد دلالاتها يرجع للصعوبات المتعلقة بتحديد مفهومها من حيث المسافة التي يقطعها المهاجر والمدة التي يقضها خارج مكان إقامته، والهدف من الانتقال.

ونظراً لتعدد دلالات الهجرة غير الشرعية تبعاً للمحددات المذكورة، توجب تحديد مفهوم ظاهرة الهجرة غير الشرعية (المطلب الأول)، على نحو يمكن من توضيح العلاقة بين ظاهرة اللجوء والهجرة (المطلب الثاني)، لنصل في نهاية المبحث لتحديد دوافع الهجرة غير الشرعية (المطلب الثالث).

المطلب الأول/ مفهوم ظاهرة الهجرة غير الشرعية

سنتطرق لمفهوم الهجرة غير الشرعية في اللغة (الفرع الأول)، ثم لمفهومها في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ الهجرة غير الشرعية في اللغة

هَاجَرَ: تَرَكَ وطنه، أو الإغتراب والخروج من أرض إلى أخرى سعياً وراء الرزق¹. وفي التنزيل العزيز: سورة الحشر آية 9 "وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ"². وهَاجَرَ مِنْ مَكَانٍ كَذَا، أو عنه: تَرَكَهُ وَخَرَجَ مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ، وَهَاجَرَ الْقَوْمَ: هَجَرَهُمْ وَانْتَقَلَ إِلَى آخِرِينَ.

أما مصطلح Migration أي مهاجر، مهاجر، فيقصد بذلك الأشخاص الذين يهاجرون من بلد إلى آخر دورياً أو موسمياً قصد العمل³، والفرق بين المصطلحين هو أن الأول Immigration يعني الإقامة الدائمة، أما الثاني Migration يقصد به الهجرة المؤقتة. بالرغم من أن البعض⁴ يرى أن الكلمة الأخيرة تعني حركة التنقل داخل حدود الدولة الواحدة فقط، أما خارج حدود الدولة فيطلق عليها تسمية Immigration.

الفرع الثاني/ الهجرة غير الشرعية في القانون

تعرف الهجرة كذلك بأنها "انتقال الأفراد من دولة لأخرى للإقامة الدائمة، على أن يتم اتخاذ الموطن الجديد مقراً وسكناً مستديماً"⁵.

والهجرة قد تكون مشروعة، كما قد تكون غير مشروعة، فالأولى تتم بموافقة دولتين على انتقال المهاجر من موطنه الأصلي إلى الدولة المستقبلية. أما غير المشروعة فتعني بأن المهاجرين يدخلون دولة دون إذن أو تأشيرة⁶.

وبالرغم من أن الهجرة عملية اختيارية يقوم بها الفرد بإرادته لغرض ما، إلا أن هناك حالات يجبر فيها الفرد على ترك وطنه تحت وطأة الحروب أو لدوافع دينية أو سياسية أو ظروف اقتصادية أو مناخية⁷.

ولم يتفق الفقه على تعريف موحد للهجرة غير الشرعية يحيط بكافة الجوانب المتصلة بالظاهرة، فهناك من يرى⁸ بأن الهجرة غير الشرعية هي: "الدخول والخروج غير القانوني

من وإلى إقليم أية دولة من قبل أفراد أو جماعات من غير الأماكن المحددة لذلك، دون التقيد والإعتداد بالضوابط والشروط التي تفرضها كل دولة في مجال تنقل الأفراد".
بينما يرى البعض الآخر⁹ بأنّ الهجرة غير الشرعية هي: "انتقال من الوطن الأم إلى الوطن المهاجر إليه للإقامة بصفة مستمرة فيه، مخالفاً للقواعد المنظمة للهجرة بين الدول طبقاً لأحكام القانون الدولي والداخلي".

وبين هذا وذاك، أمكننا القول بأنّ الهجرة غير الشرعية مقصود منها: "دخول فرد أو عدة أفراد بطريقة غير قانونية لدولة أخرى دون الحصول على موافقتها بغرض الإقامة الدائمة أو المؤقتة، مخالفاً بذلك اللوائح والنظم الداخلية المنظمة للإقامة والقواعد المنصوص عليها دولياً".

المطلب الثاني/ العلاقة بين حق اللجوء والهجرة

يتداخل في كثير من الأحيان مفهوم حق اللجوء مع مفهوم الهجرة بين غير المتخصصين والأكاديميين لذلك حقّ لنا أن نقوم بتحديد العلاقة وأوجه الاختلاف بينهما من خلال تحديد أسباب اللجوء وضمائانه (الفرع الأول)، على نحو يمكننا من التفرقة بين حق اللجوء والهجرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ أسباب اللجوء وضمائانه

حق اللجوء مفهوم قضائي يقضي بإعطاء الشخص الذي يتعرض للاضطهاد بسبب آراءه السياسية أو معتقداته الدينية في بلده، والتي قد تكون محمية من قبل سلطة أخرى ذات سيادة أو بلد أجنبي الفرصة له للتعبير عن آرائه.

وبالرغم من الأحكام المنصوص عليها في اتفاقية 1951 وبروتوكول 1967 واللذان يشكّلان النظام الدولي الخاص بحماية اللاجئين إلا أنّ وضعية اللاجئين في مختلف بقاع العالم لازالت تواجه تحديات كبيرة، خاصة ما يتعلق بالتزام الدول اتجاه الإتفاقية المذكورة والمشاكل المترتبة عن الخلط بين ظاهرتي اللجوء والهجرة، وإساءة استخدام نظام اللجوء وزيادة كلفته.

وبما أنّ معظم دول العالم نصّت في دساتيرها على نصوص وضمائم تكفل حق اللجوء والحماية من الإرجاع القسري للوطن، إلا أنّ معظم الدول لم تتوصل بعد إلى الطريقة المثلى للتعامل مع احتياجات اللاجئين وحقوقهم وكيفية معاملتهم¹⁰.

إنّ من بين الأسباب الداعية إلى اللجوء نذكر النزاعات المسلحة والحروب الأهلية، وانتهاكات حقوق الإنسان والعنف والاضطهاد بسبب اللون أو الدين أو العرق، ولذلك اعتبرت الاتفاقيات الدولية بأنّ اللاجئين فئة خاصة من الناس في حاجة ماسة للرعاية والحماية الدولية، وهو ما تلتزم بتوفيره في المقام الأول مفوضية شؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة¹¹.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأنّ حق اللجوء يراد به الحالة القانونية التي تنشأ نتيجة لهجرة أعداد كبيرة من مواطني دولة معينة ونزوحها باتجاه دولة أو دول مجاورة لدولتهم أو لبلدان أخرى غير مجاورة، وذلك نتيجة للأخطار المحدقة بهم في بلدهم بسبب الإنتهاكات الخطيرة لحقوقهم وحرّياتهم العامة التي تقع إمّا من قبل النظام الحاكم أو بسبب جماعات مسلحة خارجة عن القانون، مع ضعف الدولة المركزية، ممّا ينشأ عنه وضع إنساني صعب وخطير، يستلزم إعمال قواعد القانون الدولي الإنساني ذات الصلة.

الفرع الثاني/ حق اللجوء والهجرة غير الشرعية

تواجه عملية إعادة توطين اللاجئين في الدولة المضيفة صعوبات جمة تمثلت في قلة الإمكانيات المادية المرصودة للتكفل باللاجئين وتعدد الإجراءات الخاصة بقبول طلبات اللجوء التي قد تتعدى العام في بعض الأحيان، يضاف إلى ذلك استغلال عمليات اللجوء من قبل بعض الأشخاص قصد الدخول للدول الصناعية الكبرى للحصول على عقود وصفقات عمل.

وكنتيجة للصعوبات المذكورة أعلاه شهدت العقود الأخيرة تراجعاً ملحوظاً في فرص الحصول على حق اللجوء وتشديداً كبيراً من قبل الدولة المستضيفة، وهو ما أدى بطالبي اللجوء البحث عن قنوات أخرى تمكّنهم من الدخول على غرار الهجرة غير الشرعية، خاصة عندما يكون هذا المنفذ هو الحل الوحيد لدخول الدولة والبقاء فيها¹².

وفي المقابل فإنّ بعض الإجراءات المتشددة التي تفرضها بعض الدول للحدّ من ظاهرة الهجرة غير الشرعية تمنع العديد من اللاجئين من الحصول على الحماية الدولية، خاصة وأنّ معسكرات اللاجئين تضم في كثير من الأحيان أشخاصاً ليسوا بحاجة لتلك الحماية. وبناءً على ما ذكر، تؤكّد مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين أنّ الإجراءات المتخذة للحدّ من ظاهرة الهجرة غير الشرعية يجب ألاّ تمنع اللاجئين من الوصول إلى أراضي الدول الأخرى، ممّا يتطلب ضرورة وضع برامج ومشاريع تنموية تحقّق فرص العمل في الدول التي تنطلق منها قوافل الهجرة غير الشرعية¹³.

المطلب الثالث/ دوافع الهجرة غير الشرعية

تختلف دوافع الهجرة غير الشرعية، وذلك تبعاً لاختلاف مستوياتها وأهدافها، فمنها ما هو اقتصادي (الفرع الأول)، ومنها ما هو سياسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ الدوافع الاقتصادية لظاهرة الهجرة غير الشرعية

يعتبر العامل الإقتصادي من أكثر العوامل المؤدية لظاهرة الهجرة غير الشرعية، خاصة وأنّ الإحصائيات تؤكّد أنّ ما لا يقل عن نصف عدد المهاجرين غير الشرعيين يتوزعون على الدول الصناعية الكبرى بنسب متفاوتة¹⁴، وهو ما يعكس أهمية الدافع الإقتصادي للهجرة غير الشرعية، ويحدّد نوعيتها، والتي تكون عادة هجرة دائمة لدى غالبية المهاجرين.

إنّ من بين الأسباب الاقتصادية الأخرى يلاحظ أنّ الدول التي تنطلق منها قوافل الهجرة غير الشرعية تعتمد في اقتصادياتها على الفلاحة وتصدير المواد الأولية المستخدمة في عملية التصنيع، وهي عوامل متغيرة لا يمكن الإعتماد عليها في ضمان الإستقرار الإقتصادي¹⁵.

وعلاوة على ما ذكر أعلاه تتميز دول الإستقبال بضعف النمو الديمغرافي، في حين نجد أنّ دول المصدر تعيش مرحلة الإنتقال الديمغرافي ذات النمو السكاني المرتفع، ولذلك فما زاد عن المعروض من القوى العاملة في السوق، خاصة وأنّ فرص العمل محدودة، فالفائض مباشرة يدخل ضمن قائمة المهاجرين غير الشرعيين في إطار السعي نحو

الحصول على منصب عمل، وبخاصة أنّ هذه الدول تعاني من نسب بطالة مرتفعة مقارنة بالدول المستقبلية.

الفرع الثاني/ الدوافع السياسية والأمنية لظاهرة الهجرة غير الشرعية

تعدّ العوامل السياسية من أهم الأسباب المؤدية لارتفاع ظاهرة الهجرة غير الشرعية، ومن بين الدوافع السياسية المؤدية للهجرة خارج الدولة الضغط السياسي المصاحب للتهديد والإستيلاء والإستحواذ على السلطة، حيث تنعدم القيم الديمقراطية، ويساق الناس إلى المعتقلات بدون محاكمة، بل وبدون أسباب في غالب الأحيان لا لشيء إلا لكونهم ينتمون إلى تيارات سياسية معارضة¹⁶.

دول القارة الإفريقية باعتبارها من أكبر الدول المتضررة نتيجة للصراعات الداخلية والتدخلات الأجنبية في شؤونها الداخلية، وتدهور أوضاعها السياسية والأمنية، يشكّل مواطنوها الفئة العظمى من معدلات ونسب المهاجرين غير الشرعيين سعياً منهم في الحصول على نوع من الإستقرار والأمن¹⁷، ولو كان ذلك على حساب رهن حياتهم ومصيرهم نتيجة للأخطار التي يتعرضون لها أثناء التنقل للدول المنشودة¹⁸.

وفي الجزائر وبعد التحول من نظام اشتراكي قائم على أساس الأحادية الحزبية إلى نظام سياسي ديمقراطي متعدد، وما رافق ذلك من أحداث، عرفت بأحداث أكتوبر 1988 والفضوى وحالة اللأمن السائدة بعد ذلك، وإعلان حالة الطوارئ، كلها تعتبر من أقوى العوامل السياسية والأمنية التي دفعت بالكثيرين للهجرة بحثاً عن الأمن والإستقرار، خاصة لبلدان الإتحاد الأوروبي، وبالأخص نحو فرنسا.

المبحث الثاني/ آثار الهجرة غير الشرعية وسبل مكافحتها

تلعب الهجرة غير الشرعية دوراً كبيراً في انتشار مختلف الظواهر الإجرامية، حيث أثبت الواقع العملي أن الدول التي تعاني من تداعيات الهجرة غير الشرعية سواء كانت دول مصدر أو عبور، أو دول مستقبلية لقوافل المهاجرين السريين فإنّها تعاني من ارتفاع معدلات الجريمة بصفة عامة، والجريمة المنظّمة على وجه الخصوص.

لذلك سنقوم في هذا المبحث بدراسة آثار ظاهرة الهجرة غير الشرعية بصفة عامة (المطلب الأول)، على نحو يمكّننا من رصد أخطر الجرائم المترتبة عن هذه الظاهرة (المطلب الثاني)، ثم لسبب مكافحة ظاهرة الهجرة غير الشرعية (المطلب الثالث).

المطلب الأول/ آثار الهجرة غير الشرعية

تتنوع تأثيرات الهجرة غير الشرعية وتختلف من منطقة لأخرى ومن دولة لأخرى ما بين آثار اجتماعية (الفرع الأول)، واقتصادية (الفرع الثاني)، وسياسية (الفرع الثالث)، وصحية (الفرع الرابع).

الفرع الأول/ الآثار الاجتماعية لظاهرة الهجرة غير الشرعية

إنّ معظم المهاجرين غير الشرعيين يملؤهم الشعور بالإحباط واليأس، وهو ما يدفع بهم إلى دائرة الإجرام والقيام بأي عمل في سبيل الوصول إلى ما يبتغونه، مخلفين وراءهم أسراً مفككة، خاصة وأنّ معظم هؤلاء المهاجرين يقطعون روابطهم الإنسانية والعائلية، وهو ما يؤثر على الإستقرار الإجتماعي لهم ولدولهم التي ينتمون إليها.

ومما زاد من حدة آثار الظاهرة هو ازدياد حالات هجرة الأطفال والنساء ضمن قوافل المهاجرين غير الشرعيين، وهو ما يطرح إشكالية التعامل مع هاتين الفئتين، خاصة وأنّ معظم الموثيق الدولية والقوانين الداخلية تمنع إعادة الأطفال دون سن معينة، وهو ما يلقي العبء على الدول المستقبلة لهؤلاء المهاجرين يتمثل في ضمان حقوق خاصة لهم كحمايتهم وتعليمهم وعلاجهم وتوفير الإقامة لهم¹⁹.

وعلاوة على ذلك فإنّ باقي فئات المهاجرين غير الشرعيين عند إلقاء القبض عليهم فإنهم يحتجزون في مراكز غير صحية وغير لائقة ويتعرضون لمعاملة قاسية مهينة حاطة بالكرامة، ممّا يؤثر سلباً على نفسيّتهم، ما قد يعصف بحاضرهم ومستقبلهم.

ومن أخطر الآثار الاجتماعية لظاهرة الهجرة غير الشرعية نذكر شبكات تهريب البشر، والتي انتشرت على وجه الخصوص في بلدان المغرب العربي، باعتبار هذه الدول بوابة الدول الإفريقية -مصدرة قوافل الهجرة غير الشرعية- نحو أوروبا، ويتجلى الأثر السلبي الأكبر لهذه الشبكات في المعاملة القاسية والإستغلال اللإنساني لهؤلاء المهاجرين²⁰، إذ أنّ

كل ما يهم هذه الشبكات هو الريح السريع من خلال الأساليب والعلاقات السرية، مستغلة في ذلك الرغبة الجامحة لهؤلاء المهاجرين في الوصول إلى الضفة الأوروبية.

الفرع الثاني/ الآثار الإقتصادية لظاهرة الهجرة غير الشرعية

في الجزائر ارتفعت الميزانية المخصصة لمحاربة الهجرة غير الشرعية في السنوات الأربع الأخيرة أضعاف ما كانت عليه ما بين سنة 2007 و2010، خصّصت لنقل المهاجرين غير الشرعيين إلى بلدانهم مع توفير الإقامة لهم والمأكل أثناء فترة احتجازهم²¹.

من جانب آخر تقوم شبكات تهريب المهاجرين باستغلالهم واستعبادهم في محاولة لكسب ثروات طائلة نتيجة الأعمال الشاقة التي يكلف بها هؤلاء المهاجرين، بعيداً عن أعين الرقابة وبعيداً عن أبسط الظروف الصحية لمباشرة هذه الأعمال.

وعلى الصعيد الإقتصادي كذلك فإن أرباب العمل الذين يستغلون المهاجرين غير الشرعيين يتنصلون من التزاماتهم الضرائبية والمستحقات الإجتماعية الواجبة الأداء، وهو ما يساهم في بعض الجرائم المالية على غرار جريمة غسل الأموال ذات المصدر غير المشروع المترتبة عن ذلك.

وبما أنّ غالبية المهاجرين غير الشرعيين هم من فئة الشباب في سن العمل، فإنّ هذه الظاهرة تشكّل نزيفاً حاداً لبيد العاملة في البلدان الأصلية التي تؤهل هؤلاء الشباب علمياً ومهنيّاً، في حين أنّ الدول المستقبلية لهم تستفيد من تكوينهم وخبرتهم، وبمقابل زهيد في غالب الأحيان، نظراً لعدم قدرتهم على الاعتراض على ذلك لأنّ إقامتهم غير قانونية.

الفرع الثالث/ الآثار السياسية لظاهرة الهجرة غير الشرعية

تساهم ظاهرة الهجرة غير الشرعية في إثارة العديد من التوترات السياسية بين الدول، دول المصدر ودول العبور ودول الإستقبال، خاصة وأنّ تزايد أعداد المهاجرين غير الشرعيين يعتبر في أعين دول الإستقبال تهاوناً من قبل دول العبور في مكافحة الظاهرة، والأمر بالمثل من قبل دول العبور اتجاه دول المصدر.

من جانب آخر من بين الإنعكاسات السياسية لظاهرة الهجرة غير الشرعية هو سهولة التأثير على فئة المهاجرين غير الشرعيين وتوظيفهم لتحقيق أغراض سياسية وأمنية معادية.

وأحياناً تلجأ بعض دول العبور إلى إجراءات صارمة من أجل محاربة ظاهرة الهجرة غير الشرعية، هذه الإجراءات تكون محل انتقاد من قبل الدول المصدر للظاهرة، ومن قبل منظمات حقوق الإنسان، وبالمقابل فإنّ تراخي دول العبور في محاربة الظاهرة يكون محل انتقاد من قبل دول الوصول التي تعتبر هذا التراخي السبب المباشر في نمو الظاهرة، وهو ما يؤدي إلى ظهور أزمات سياسية ما بين بلدان العبور والمصدر والوصول كذلك²².

الفرع الرابع/ الآثار الصحية لظاهرة الهجرة غير الشرعية

يحمل المهاجرين غير الشرعيين أمراضاً خطيرة مثل الملاريا والسل والإيدز، والأمراض المعدية القابلة للانتقال، ومعلوم أنّ الهجرة غير الشرعية تتم في قوافل تتكون من عشرات الأفراد في غالب الأحيان، وهو ما يجعل من كامل المجموعة معرضة لانتقال الأمراض، بما في ذلك عناصر الشرطة أو الأمن والمصالح الطبية التي تتكفل بهم في مركز الحجز في دول العبور أو الدول المستقبلية لهم في حالة إلقاء القبض عليهم.

والأخطر من ذلك في حالة عدم القبض عليهم فيتغلغلون في مجتمعات الدولة المستقبلية، ما يؤدي إلى انتشار الأمراض والأوبئة والتي قد تطول مدة القضاء عليها في غالبية الأحيان.

المطلب الثاني/ الجرائم المنظمة المترتبة عن ظاهرة الهجرة غير الشرعية

إنّ الجرائم المترتبة عن ظاهرة الهجرة غير الشرعية تمس جميع الأطراف، الدول المصدر ودول العبور والدول المستقبلية. والجزائر عموماً باعتبارها منطقة عبور، تعاني من تنامي معدلات الظواهر الإجرامية المنظمة المرتكبة من قبل المهاجرين السريين.

بالنسبة للدول المصدر نجد أنّ معظم المهاجرين غير الشرعيين ممّن يحترفون الإجرام، وضمن المطلوبين أمنياً، فيغادرون دولتهم دون أن يطالهم القانون. أمّا بالنسبة للدول المستقبلية لهؤلاء المهاجرين فمن دون شك فإنّ للمعاملة القاسية والحاطة بالكرامة تنهي روح الحقد والإننتقام والإجرام لدى المهاجرين الشرعيين، وتنتهي لديهم نزعة الإنحراف وتعاطي المخدرات والإجرام بمختلف صوره وأشكاله.

من جانب آخر تشير الدراسات في هذا المجال أنّ الهجرة غير الشرعية تؤدي إلى ظهور الخلايا الإجرامية المنظمة بين أوساط المهاجرين غير الشرعيين، الذين يعملون على إدخال

الأسلحة والذخائر لزعزعة أمن الدولة المستقبلية لهم نتيجة للمعاملة العنصرية التي يعاملون بها²³، وهو ما أدى إلى تصنيف ظاهرة الهجرة غير الشرعية في المرتبة الثانية بعد ظاهرة الإرهاب، خاصة في ظل تفاقم الظاهرة نحو الدول المتقدمة، ما دفع بهذه الأخيرة نحو تعزيز الأحكام القانونية والإجراءات الأمنية المتعلقة بعبور الأجانب.

ومن بين الجرائم المنظمة المرتكبة بكثرة نتيجة لظاهرة الهجرة غير الشرعية نذكر جريمة تزوير جوازات السفر والوثائق المتعلقة بعبور المهاجرين والعملات النقدية، إضافة لعمليات النصب والإحتيال المباشرة والإلكترونية وارتكاب جرائم تبييض الأموال، بما يعزز ظهور وازدياد أعداد الجماعات الإجرامية المنظمة.

وبناء على ما ذكر أمكننا القول بأنّ الهجرة غير الشرعية أصبحت تعتبر تهديدا على أمن واستقرار الدول المستقبلية للمهاجرين غير الشرعيين وكذا دول العبور بما فيها الجزائر، وذلك راجع لعديد الآثار التي تنجر عن توافد المهاجرين غير الشرعيين من شتى المناطق الإفريقية والتي تمس كل مجالات الحياة الاقتصادية منها والاجتماعية، الثقافية والسياسية، خاصة بعد ظهور التهديدات الدولية الجديدة التي يمكن أن تنجر عن هؤلاء المهاجرين غير الشرعيين من إرهاب، تسول، جريمة منظمة، تجارة المخدرات وغيرها من التهديدات التي أصبحت ظواهر تؤزّق المجتمع وتهدّد أمنه في الجزائر.

من أبرز هذه المنظمات الإجرامية شبكات متخصصة في احتراق تزوير الأوراق النقدية بمختلف فئاتها، وبمختلف العملات بما في ذلك الدينار الجزائري، ناهيك عن انتشار المنظمات الإجرامية المتاجرة في المخدرات والدعارة وشبكات التجسس.

إنّ من أبرز الظواهر الإجرامية المنظمة كذلك، قيام المنظمات الإجرامية بتسيير شبكات العمالة غير المشروعة لفئة المهاجرين السريين يزيد من جرائم السرقة والنصب والكسب غير المشروع وترويج المخدرات، وظهور التنظيمات الإجرامية المحترفة في جرائم غسل الأموال وتزويرها كذلك.

المطلب الثالث/ سُبُل مكافحة ظاهرة الهجرة غير الشرعية

إنّ مكافحة ظاهرة الهجرة غير الشرعية تقتضي البحث عن الآليات والسُّبُل الأمنية الكفيلة بمحاربة الهجرة غير الشرعية (الفرع الأول)، ثم للسبل الدبلوماسية (الفرع الثاني)، فالقانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول/ الآليات الأمنية لمكافحة الهجرة غير الشرعية

تعتبر الإستراتيجية الأمنية لمكافحة الهجرة غير الشرعية من أهم الآليات الكفيلة بالحدّ من الظاهرة، فالجزائر وكغيرها من الدول التي تعاني من آثار هذه الظاهرة، عملت على ضبط وتنظيم استراتيجيتها الأمنية، وذلك من خلال حشد وسائل مادية وبشرية هائلة، خاصة من قبل مصالح الدرك الوطني والأمن الوطني والقوات البحرية وحرس الحدود. فقامت الدولة بإجراءات وقائية على مستوى الساحل والبر بالتنسيق مع مختلف الأجهزة الأمنية المذكورة تمثلت في القيام بدوريات على طول الساحل البحري والشريط الحدودي الصحراوي، وبدعم من القوات الجوية واستخدام أجهزة متطورة للرصد على طول الشريط الحدودي للجزائر، وبالأخص الشريط الحدودي الجنوبي الذي يعتبر منفذاً للمهاجرين غير الشرعيين والذي يمتد على طول الحدود الجنوبية لولايتي أدرار وتمنراست. ومن الآليات الأمنية الأبرز التي اعتمدها الجزائر في مكافحة الهجرة غير الشرعية إنشاء جهاز مركزي لمكافحة الهجرة غير الشرعية تتفرع عنه 11 فرقة متخصصة في محاربة الظاهرة²⁴.

وعلاوة على ذلك تعمل الأجهزة الأمنية على القيام بحملات تحسيسية ودورات تكوينية في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية.

الفرع الثاني/ الآليات الدبلوماسية لمكافحة الهجرة غير الشرعية

من أبرز المجهودات الدبلوماسية للدولة الجزائرية في إطار محاربة الهجرة غير الشرعية قامت الجزائر بإبرام عدة اتفاقيات مع دول أوروبية الغرض منها ترحيل الرعايا الجزائريين المهاجرين بطريقة غير شرعية، كما قامت الجزائر بالمصادقة على بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين²⁵ المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2000.

وفي نفس الإطار، تم التوقيع على عدة اتفاقيات ثنائية وجماعية ما بين الجزائر ودول الإتحاد الأوروبي من أجل التعاون وتقديم الدعم اللوجيستي للجزائر لصد قوافل المهاجرين غير الشرعيين القادمين من إفريقيا.

وفي هذا الإطار أعربت العديد من الدول الإفريقية بما في ذلك الجزائر عن تدمرها من سياسة دول الإتحاد الأوروبي اتجاه المهاجرين غير الشرعيين، والمتمثلة في استقبال الحاصلين على شهادات عليا فيما تقوم بترحيل الآخرين منهم، وهو ما يؤدي إلى تفرغ الدول الإفريقية من طاقاتها وكفاءاتها العلمية، ما يفاقم من معاناة هذه الدول علمياً واقتصادياً، وعلى مختلف الأطر بصفة عامة.

الفرع الثالث/ الآليات القانونية لمكافحة الهجرة غير الشرعية

تزخر المنظومة القانونية في الجزائر بكم هائل من النصوص القانونية المتعلقة بمحاربة الهجرة السرية، سواء في النصوص القانونية العامة أو نصوص خاصة، من بينها القانون رقم 08-11 الصادر بتاريخ 25 جوان 2008، والمتعلق بشروط دخول الأجانب وإقامتهم بها وتنقلهم فيها²⁶، والذي ينص على ضرورة إلقاء القبض على المهاجرين السريين وطردهم إلى بلدانهم الأصلية على ألا تتجاوز فترة حجزهم 30 يوماً على أقصى تقدير²⁷. بعد ذلك تمّ تجريم ظاهرة الهجرة غير الشرعية بمقتضى القانون رقم 09-01 المعدل لقانون العقوبات²⁸، والذي بموجبه تمّ فرض عقوبات قاسية تتمثل في الحبس من شهرين إلى 06 أشهر، وبغرامة من 20.000 دج إلى 60.000 دج لكل أو أجنبي جزائري يقيم أو يغادر الإقليم الوطني بصفة غير شرعية²⁹.

وبدورها المادة 303 مكرر 30 من قانون العقوبات جرّمت شبكات الهجرة غير الشرعية وعاقبت على ذلك بالحبس من 03 سنوات إلى 05 سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 500.000 دج، وفي حالة ما إذا ارتكبت جريمة تهريب المهاجرين غير الشرعيين مع توافر أحد الظروف التالية:

- إذا سهّلت وظيفة الفاعل ارتكاب الجريمة.
- إذا ارتكبت الجريمة من أكثر من شخص.
- إذا ارتكبت الجريمة بحمل السلاح أو التهديد باستعماله.

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة.

حينها تصل العقوبة إلى 20 سنة سجن، والغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج. ويعفى من العقوبة كل من يبلغ السلطات الإدارية والقضائية عن جريمة تهريب المهاجرين قبل البدء في تنفيذها، وتخفّض العقوبة للنصف إذا كان التبليغ بعد التنفيذ وقبل تحريك الدعوى العمومية³⁰.

وجرم القانون المذكور أعلاه عن عدم التبليغ عن جريمة تهريب المهاجرين بعقوبة الحبس من سنة إلى 05 سنوات، وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

وفي الأخير أمكننا القول بأنّ ظاهرة الهجرة غير الشرعية أخذت أبعاداً خطيرة في ظهور الجريمة المنظمة بالجزائر سواء كدولة عبور أو دولة مصدر، وذلك نظراً لما لهذه الجرائم من انعكاسات سلبية على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي والأمني والسياسي، وهو ما يحتمّ على السلطات في الجزائر مضاعفة الجهود، وتشديد الإجراءات الأمنية المتعلقة بحدودها، والعمل على خلق مشاريع تنمية استثمارية تعمل على توفير مناصب الشغل وتقلّل من معدلات المهاجرين من طاقاتها الشبانية نحو القارة الأوروبية.

خاتمة

يتمتع الإنسان بحرية التنقل وفقاً لما تنص عليه مختلف المعاهدات والإتفاقيات والمواثيق الدولية، إلا أنّ هذه الحرية يجب أن تكون وفق الأطر والضوابط التي تحددها كل دولة وفقاً لقوانينها الداخلية انطلاقاً من مبدأ سيادة الدول على إقليمها. ونظراً لبعض الضوابط المتشددة التي أقرتها بعض الدول -خاصة المتقدمة- من جهة، والأوضاع المتردية في دول أخرى من جهة أخرى، ارتفعت معدلات الهجرة غير الشرعية بشكل رهيب، وهو الأمر الذي أدّى إلى ظهور تنظيمات إجرامية متخصصة على غرار شبكات التزوير والمتاجرة بالمخدرات وتبييض الأموال وغيرها من أوجه الجريمة المنظمة الأخرى، وهو ما دفعنا في هذه الورقة البحثية إلى التطرق لمفهوم ظاهرة الهجرة غير الشرعية وأسبابها، ورصد المخاطر والظواهر الإجرامية المنظمة المترتبة عنها، وآليات مكافحتها.

وبعد التوصل إلى جوانب القصور في محاربة الظاهرة لا سيما في الجزائر، توجّب طرح التوصيات التالية:

- زيادة التنسيق والتعاون بين مختلف الأجهزة الأمنية الداخلية والدولية، وتبادل المعلومات والخبرات، ومعاهدات تسليم المجرمين والمتهمين، والحرص على استخدام أحدث الوسائل التكنولوجية لإحكام الرقابة على الحدود.
- الإهتمام بتطبيق المعايير الدولية الخاصة بأمن الموانئ، والتي أثبتت الواقع استخدامها وبكثرة في تهريب قوافل المهاجرين.
- العمل على خلق استراتيجية اجتماعية، اقتصادية تنموية، وتربوية متكاملة، وترشيد الحكم وتوفير فرص عمل للقضاء على الأسباب المؤدية للهجرة غير الشرعية.
- إصدار نصوص قانونية خاصة من شأنها معالجة ظاهرة الهجرة غير الشرعية بالجزائر سواء كبلد مصدر أو بلد عبور، والعمل على تحيين هذه النصوص القانونية بصفة مستمرة.
- العمل على استقطاب الكفاءات الجزائرية في الخارج من خلال تقديم تحفيزات وتسهيلات مادية ومعنوية، قصد إدماجهم في مختلف القطاعات تحضيراً لمساهماتهم في التنمية الحقيقية التي تساهم في استقرار أبناء هذا الوطن وتعزّز لديهم روح الوطنية.
- إيجاد مرصد مغاربي يضم كل من تونس والجزائر والمغرب بغية تقوية الحوار والتواصل وإيجاد الآليات الكفيلة بمحاربة الظاهرة مغاربياً، خاصة وأنّ الدول المذكورة تعتبر بمثابة بوابة المهاجرين غير الشرعيين القادمين من إفريقيا نحو أوروبا.
- التعاون الفعال بين دول الشمال والجنوب من خلال مساهمة دول الشمال في تنمية دول الجنوب، والعمل على تحقيق الأمن والإستقرار، والحدّ من خلق بؤر النزاعات والصراعات الداخلية بهذه الدول، والتي تعدّ المسبب الرئيسي لظاهرة الهجرة غير الشرعية.

الهوامش

- 1 - معجم الكافي، شركة المطبوعات للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1994، ص: 1055.
- 2 - سورة الحشر، الآية 09.
- 3 - Oxford Advanced Learners Dictionary، Oxford University، Press، 4 th Edition، UK، 1999 .
- 4 - محمد البربري، الهجرة الوافدة من منظور أممي (دراسة تطبيقية على جمهورية السودان)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في علوم الشرطة، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 1992، ص: 05. نقلاً عن: د. أحمد رشاد سلام، الأخطار الظاهرة والكامنة على الأمن الوطني للهجرة غير المشروعة، ورقة بحثية قدمت في الندوة العلمية: "مكافحة الهجرة غير المشروعة"، الرياض، 08-10 فيفري 2010، ص: 203.
- 5 - صالح نامق، الهجرة والتضخم السكاني والتنمية الإقتصادية في جمهورية مصر العربية، دار المعارف، د س، ص: 31.
- 6 - عثمان الحسن محمد نور، ود. ياسر عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة والجريمة، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص: 17.
- 7 - أحمد رشاد سلام، المرجع السابق، ص: 207.
- 8 - أحمد رشاد سلام، نفس المرجع، ص: 211.
- 9 - طارق خضر، قرارات إبعاد الأجانب والرقابة القضائية عليهما، مجلة مركز بحوث الشرطة، القاهرة، 2003، ص: 23.
- 10 - عبد الرحمان كمال محمد، الصلة بين اللجوء والهجرة، ورقة بحثية قدمت في مؤتمر "أثر تهريب المهاجرين غير الشرعيين"، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004، ص: 04.
- 11 - عثمان الحسن محمد نور، ود. ياسر عوض الكريم المبارك، المرجع السابق، ص: 21.
- 12 - عبد الرحمان كمال محمد، المرجع السابق، ص: 06.
- 13 - مركز دراسات اللاجئين، نشرة الهجرة القسرية، عدد 26، أكسفورد، المملكة المتحدة البريطانية، 2006.
- 14 - تتراوح هذه النسب من مجموع المهاجرين بـ 34٪ في أوروبا، و 23٪ في أمريكا الشمالية، و 28٪ في اسيا. انظر في ذلك: سمير رضوان، هجرة العمالة في القرن الحادي والعشرين، مجلة السياسة الدولية، العدد 165، جوان 2006، ص: 93.
- 15 - ساعد رشيد، واقع الهجرة غير الشرعية في الجزائر من منظور الأمن الإنساني، المرجع السابق، ص: 53.
- 16 - محمد رشيد الفيل، الهجرة وهجرة الكفاءات العلمية العربية والخبرات الفنية أو النقل المعاكس للتكنولوجيا، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000، ص: 42.
- 17 - ساعد رشيد، المرجع السابق، ص: 60.
- 18 - هاشم فياض، افريقيا: دراسات في حركة الهجرة السكانية، مركز البحوث والدراسات الإفريقية، ليبيا، 1992، ص: 31.
- 19 - علي الحوت، الهجرة غير الشرعية إلى أوروبا عبر بلدان المغرب العربي، منشورات الجامعة العربية، الطبعة 01، طرابلس، 2007، ص: 108.

- ²⁰ - داد ولد مولود، العثور على جثة 15 مهاجر بشواطئ جزر الكناري، جريدة الخبر، 19 أفريل 2004، ص: 24.
- نقلًا عن: رابح طيبي، الهجرة غير الشرعية (الحرقة) في الجزائر من خلال الصحافة المكتوبة (دراسة تحليلية لجريدة الشروق اليومي 01 جانفي 2007 – 31 ديسمبر 2007)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في علوم الإعلام والإتصال، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص: 58.
- ²¹ - رابح طيبي، نفس المرجع، ص: 40.
- ²² - أريكا فيلر، هجرة منطقة البحر المتوسط (ضرورة توفير رد شامل)، نشرة الهجرة القسرية، العدد 26، أوت 2006، ص: 55.
- ²³ - عثمان الحسن محمد نور، ود. ياسر عوض الكريم المبارك، المرجع السابق، ص: 81-82.
- ²⁴ - تم إنشاء هذه الفرق بكل من ولاية: الجزائر، وهران، بشار، تلمسان، تمنراست، أدرار، غرداية، ورقلة، قسنطينة، سوق أهراس. نقلًا عن: رابح طيبي، المرجع السابق، ص: 82.
- ²⁵ - بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يوم 15 نوفمبر سنة 2000 والمصادق عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-418 المؤرخ في 14 رمضان عام 1424 الموافق ل 9 نوفمبر سنة 2003.
- ²⁶ - القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنظيمهم فيها، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 36، مؤرخة في 02 يوليو 2008، ص: 04.
- ²⁷ - المادة 37 من القانون 08-11 السالف الذكر.
- ²⁸ - قانون رقم 09-01 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 2009.
- ²⁹ - المادة 175 من القانون 09-01 المعدل لقانون العقوبات والمذكور أعلاه.
- ³⁰ - المادة 303 مكرر 36 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

خصوصية عقد إنتقال اللاعب المحترف*

Dr. SAOUS Kheira
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques Université de Bechar

د.ساوس خيرة
كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة بشار

ملخص

إنّ إنتقال اللاعب المحترف هو عملية قانونية ثلاثية الأطراف، حيث أنّه يتم بناء على عقد يسمى "عقد إنتقال اللاعب"، يبرم بين ثلاثة أطراف، هي النادي السابق و النادي الجديد واللاعب، يتفق بموجبه على إنتقال اللاعب بشكل نهائي من النادي الأول إلى النادي الثاني للعب لحساب هذا الأخير، مع مراعاة الإجراءات التي تستلزمها لوائح الإحتراف في هذا الشأن.

الكلمات الدالة

اللاعب، الإحتراف، النادي، الإتحاد، عقد الإنتقال، الخصوصية، اللعب.

Privacy contract transfer professional player

Abstract

Player's transfer is a legal transaction between three parties whereby a contract named player's transfer contract " is signed by the previous club, the new club and the player. According to this contract, the player is definitely transferred from his current club to a new one with respect to all procedures that professional laws impose in this regard.

Key Words

Player, professionalism, club, federation, transfer contract, specificity, playing

Résumé

Le transfert de joueur professionnel est une tripartite de procédure judiciaire, où il construit un contrat appelé «contrat de transfert du joueur," conclu entre les trois parties ; l'ancien club et le nouveau club et le joueur, acceptent de transférer le joueur en permanence du premier club au deuxième club et ce, en tenant compte des procédures requises par les règlements de professionnalisme dans ce domaine.

Mots-clés

Joueur, le professionnalisme, club, l'Union, transition de contrat, l'intimité, jouer.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 07/04/2014 وتمّ تحكيمه بتاريخ 01/09/2014 وقُبل للنّشر بتاريخ 03/05/2015.

مقدمة

رغم أنّ الرياضة، تعدّ من أهمّ الظواهر الإجتماعية التي تهتمّ بها معظم الدول إلاّ أنّها مازالت بعيدة كل البعد عن الدراسات القانونية المتعمّقة، فالدراسات التي تناولت الرياضة، كانت تنظر إليها على أنّها مجرد تدريبات جسدية تهدف إلى التنمية البدنية و الروحية و النفسية، فلم ينظر إليها على أنّها وسيلة للكسب أو على أنّها مهنة أو حرفة يمتنّها الإنسان كمصدر الرزق¹ ويبدو ذلك واضحاً من التعريفات التي أوردها البعض لظاهرة الرياضة، من ذلك التعريف الذي جاء في القاموس الفرنسي، الذي جاء فيه "أنّ الرياضة مجموعة تدريبات جسدية تؤدي في شكل فردي أو جماعي، و تهدف إلى الترويح عن النفس، أو مجرد اللعب أو المنافسة، وتمارس من خلال قواعد معينة تعرف بقواعد اللعبة، و من يمارسها، لا يهدف من ورائها إلى تحقيق غرض نفعي مباشر"².

كما أثبت الواقع أنّ الرياضة تحمل في طياتها معان قيمة جعلتها أكثر أوجه الأنشطة الإجتماعية شعبية و جماهيرية في جميع أرجاء العلم، و هذا ظاهر و جليّ من خلال كثرة الإقبال عليها في المنافسات و المسابقات المحلية و الإقليمية و القارية و الدولية، هذا الإهتمام الجماهيري بالرياضة جعلها نشطة التفاعل فزادت ألوّانها كمّا ونوعاً، مما يعني أنّ الأعمال التي يتطلّبها هذا التفاعل زادت و تزداد، و من أهمّ هذه الأعمال، الأعمال المؤطّرة بتصرف قانوني، لاسيما العقود المؤيدة إلى تنظيم جميع متعلّقاتها و مقتضياتها و مستلزمات أدائها و ممارستها بصور طبيعية.

و على قدر ما هي كثيرة اللقاءات الرياضية المحلية و الدولية، فإنّ بعض الأندية تستقطب نجومًا معروفين في الرياضة للعب لمصلحتها في بطولة رياضية محلية أو دولية، و هذا ما يعبرّ عنه بعقد انتقال اللاعب المحترف، فهو ينعقد صحيحاً و مشروعاً بارتباط إرادات أطرافه الحرة الراشدة، شأنه شأن كل عقد عمل يبرمه العامل مع ربّ العمل، إلاّ أنّه عقد عمل له خصوصية معيّنة تجعله يختلف من أوجه عديدة عن عقد العمل التقليدي، سواء من حيث كيفية إبرامه أو نوعية الالتزامات التي تقع على عاتق أطرافه – اللاعب، النادي القديم، النادي الجديد-، فما هي أهمّ مظاهر خصوصية هذا العقد؟ وهل ينفرد بأحكام خاصة عن غيره من عقود العمل الأخرى؟

و عليه سوف نتناول عقد انتقال اللاعب المحترف فيما يلي :

المطلب الأول: مفهوم عقد إنتقال اللاعب المحترف.

المطلب الثاني: أحكام عقد إنتقال اللاعب المحترف.

المطلب الثالث: آثار عقد إنتقال اللاعب المحترف.

المطلب الأول/ مفهوم عقد إنتقال اللاعب المحترف.

يتحدّد مفهوم عقد إنتقال اللاعب المحترف عن طريق بيان تعريفه، و طبيعته

القانونية، وخصائصه، وسنقوم ببحث هذه الأمور فيما يلي:

الفرع الأول/ تعريف عقد الإنتقال الرياضي

يقصد بانتقال اللاعب أن ينتقل اللاعب نهائيا من ناديه إلى ناد آخر، و طنبا كان أو

أجنبيا، لممارسة لعبة كرة القدم لصالح هذا الأخير، سواء أثناء سريان عقده أو عند إنتهاء

مدته، لقاء مبلغ معين يدفعه النادي الجديد للنادي السابق للاعب، و ذلك بموجب عقد

مكتوب بين هذين الناديين واللاعب، و بعد إتباع إجراءات معينة³.

و قد يطلق على الإنتقال في الأوساط الرياضية بأنه بيع و شراء اللاعبين، و رغم أنّ هذه

العبارة غير دقيقة من الناحية القانونية، إلاّ أنّها عبارة شائعة في المجال الرياضي، كما أنّها

تعبّر عن حقيقة الواقع الذي تعيشه الأوساط الرياضية، إذ أصبح اللاعب كسلعة يباع و

يشترى حسب المعايير التي تبنتها معظم الإتحادات الرياضية، و هذا الأمر إستلزمته طبيعة

الإحتراف الرياضي الذي أخذت تمارسه معظم الأندية و اللاعبين.

و الإنتقال وثيق الصلة بالإحتراف، ففي معظم الأحيان تنصبّ عقود الإنتقال على

اللاعبين المحترفين، كما أنّ النوادي التي تبرم عقود الإنتقال هي في الغالب نوادي محترفة

لرياضة. ولعلّ المهمة الأولى لهذه النوادي هي البحث عن الفوز في المباريات الرياضية سواء

كان ذلك على المستوى القطري أو الإقليمي أو القاري أو العالمي، و للوصول إلى هذه الغاية

لابد من اللاعبين الممتازين في أداء اللعبة⁴.

الفرع الثاني/ الطبيعة القانونية لإنتقال اللاعبين

إنّ تحديد الطبيعة القانونية لإنتقال اللاعبين، يعدّ مسألة صعبة، و السبب في ذلك

يكمن في أنّ لوائح الإحتراف لم تتضمن مسألة التنظيم الشامل لإنتقال اللاعبين، هذا

بالإضافة إلى أنّ الإتحاد الرياضي للعبة كرة القدم يضع كثيرا من القيود بهذا الخصوص. هذا ما دفع جانبا من الفقه إلى محاولة تحليل ظاهرة الإنتقال من زاوية إدارية و تنظيمية، متجاهلا بذلك الدور الذي تلعبه الإرادة في هذا الخصوص.

فيرى أنصار فكرة الإدارية التنظيمية أنّ إنتقال اللاعبين بين الأندية يؤدي إلى:

✓ عدم إستقرار الأندية،

✓ إضطراب مستوى الأندية و هبوطها لمستوى أدنى،

✓ إحداث البلبلة في الفرق المنافسة،

✓ فقدان النادي لبعض لاعبيه الأصليين الذين تم تكوينهم في النادي.

لكل هذه الإعتبارات فإنّ الإتحادات الرياضية لكرة القدم، لوصفها الجهة المسؤولة أصلا عن إدارة النشاط الرياضي، و بصفة خاصة إنتقال اللاعبين، تلجأ من خلال لوائح الإحتراف إلى فرض العديد من القيود و الإجراءات أمام عملية الإنتقال، و مثال ذلك لا يجوز إنتقال اللاعب إلاّ خلال الفترة التي يحددها الإتحاد الرياضي. و يضاف إلى ذلك، أنّ لوائح الإحتراف دائما ما تلزم الأندية، في حالة إنتهاء المدة المتفق عليها لسريان عقود إحتراف بعض اللاعبين بأن تقوم بإخطار الإتحاد الرياضي بأسماء هؤلاء اللاعبين، و يقوم الإتحاد الرياضي، بمجرد وصول الأسماء إليه، بإخطار الأندية الأخرى. و لكن إذا كانت الإتحادات الرياضية تملك سلطة فرض بعض القيود و الإجراءات الإدارية و التنظيمية، بهدف تنظيم عملية الإنتقال، إلا أنها لا تستطيع تقييد حرية اللاعب، و تلزمه بالبقاء في ناد معين، أو تفرض عليه الإنتقال إلى ناد معين، بالإضافة إلاّ أنّ عملية الإنتقال، هي إتفاق، يتم بتعبير عن إرادة أشخاص ثلاثة الناديين و اللاعب. و من ثم لا يمكننا تجاهل هذه الإرادات⁵

الفرع الثالث/ خصائص عقد الإنتقال الرياضي

إنّ عقود الإنتقال الرياضي، بوصفها عقودا غير مسماة، ليس لها أحكام خاصة في القانون المدني، بل تستقي أحكامها من القواعد العامة للعقد.

لهذا نتعرض لخصوصية هذا العقد من خلال الخصائص التالية:

1- الإنتقال عقد غير مسمى

العقد غير المسمى هو العقد الذي لا يعرف له إسم خاص و لم يتول القانون تنظيمه، فيخضع في تكوينه و في الآثار المترتبة عليه للقواعد العامة التي تخضع لها جميع العقود.⁶ عقد انتقال اللاعب المحترف إن كانت له تسمية في الواقع العملي، إلا أنه لم يحظ بتنظيم المشرع لأحكامه في أي قانون، مما دعا إلى وصفه بأنه عقد غير مسمى.⁷

2- الإنتقال عقد ملزم لجميع الأطراف

ينقسم العقد من حيث أثره، إلى قسمين:

الأول عقد ملزم لجانب واحد، فهو العقد الذي ينشئ إلتزامات على أحد الأطراف دون الطرف الآخر، أما النوع الثاني، قد يكون العقد الملزم للجانبين عندما يلتزم المتعاقدان كل منهما تجاه الآخر بإلتزامات متبادلة⁸ و قد يكون ملزماً لجميع الأطراف، وهو العقد الذي يكون فيه كل متعاقد ملزماً بإعطاء أو فعل شيء ما⁹.

فالإنتقال عقد تبادلي ملزم لجميع الأطراف، فمثلما للنادي الأصلي الحق في الحصول على مقابل الإنتقال، فإنّ عليه إلتزاماً بتسليم اللاعب إلى النادي الجديد و الإستغناء عنه، ومثلما للنادي الجديد الحق في عمل اللاعب، فإنّ عليه إلتزاماً بدفع مقابل الإنتقال إلى كل من النادي القديم و اللاعب، ومثلما أنّ اللاعب له الحق في قبض نسبة مقابل الإنتقال، والأجر من النادي الجديد، فإنّ عليه إلتزاماً تجاه كل من النادي القديم، وهذا يتمثل في إلتزامه بتسليم النادي ما بحوزته من أموال تعود للأخير، أمّا اتجاه النادي الجديد، فيتمثل إلتزامه في تقديم العمل الرياضي وفق ما يقضي به عقد الإحتراف بينهما¹⁰.

3- الإنتقال عقد من عقود الفورية

العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، و بعبارة أخرى هو العقد الذي لا يكون الزمن مقياساً لتقدير الإلتزامات و الحقوق الناشئة عنه¹¹. وعقد الإنتقال بوصفه عقد فوري يجب فصله عن عقد الإحتراف الناتج عنه و الذي يبرم عادة بين اللاعب و ناديه الجديد، فهذا العقد الأخير هو عقد عمل، و عقد العمل هو عقد مستمر التنفيذ في أغلب الأحيان، وإنّ المدة التي تحدّد في نماذج عقود الإنتقال، هي

فترة سريان مفعول عقد الإحتراف الناتج عن الإنتقال، و ليست فترة سريان مفعول عقد الإنتقال، لأنّ هذا العقد فوري التنفيذ.

و مع ذلك، فإنّ صفة الفورية ليست مطلقة في عقد الإنتقال، إذ أنّ أثر من آثار هذا العقد لازال ممتدا لفترة زمنية معيّنة و هو عقد الإحتراف، لذا فإنّه من الممكن القول بأنّ الإنتقال عقد فوري التنفيذ له أثر ممتد و هو عقد الإحتراف بين النادي الجديد و اللاعب¹².

4- الإنتقال عقد شكلي

الأصل في جميع العقود أنّها رضائية، إلّا إذا اشترط القانون لإنعقادها إتباع إجراءات معيّنة. أي أنّ الرضا وحده لا يكفي لإنعقاد التصرف، و إنّها يجب أن يضاف إليه شكل معيّن تحدده القانون¹³. فعقد الإنتقال، عقد شكلي، لا يكفي لإنعقاده توافق الإرادات بل لابد أن يفرغ في شكل معيّن.

5- عقد الإنتقال من عقود المعاوضة

عقد المعاوضة هو ذلك الذي يحصل فيه كل متعاقد على عوض مالي لما يقدمه للمتعاقد الآخر، و العبرة في وصف المعاوضة هو إلتزام المتعاقد بدفع عوض مالي عمّا يتلقاه من الطرف الآخر سواء كان مدفوعا لشخص المتعاقد معه أو لشخص أجنبي عن العقد¹⁴.

و عقد الإنتقال هو عقد من عقود المعاوضة، فكل طرف يأخذ مقابلا لما يعطيه ففي مقابل إعطاء اللاعب جهده للنادي، يأخذ مقابل ذلك الأجر عن ذلك العمل.

6- إنّ شخصية اللاعب في عقد الإنتقال محل إعتبار لدى الناديين:

لشخصية اللاعب إعتبار كبير لدى الناديين، إذ بهذا الإعتبار تحدّد قيمة مقابل الإنتقال، فالنادي الجديد يبحث عن أشهر اللاعبين وأكفأهم لغرض الوصول إلى القمة في المباريات الرياضية، فأما النادي القديم لا يفرط في لاعب محترف إلّا بمبلغ باهظ¹⁵.

7- الإنتقال ذو طبيعة مزدوجة

الأصل أنّ الانتقال عقد مدني، وقد يكون في بعض الحالات عقدا تجاريا، فضلا على أنّه من الممكن أن يكون عقدا دوليا إذا شابه عنصر أجنبي.

المطلب الثاني / أحكام عقد إنتقال اللاعب المحترف

سبق و ذكرنا أنّ عقود الانتقال، بوصفها عقوداً غير مسمّاة، ليس لها أحكام خاصة في القانون المدني، بل تطبّق عليها القواعد العامة للعقد. اللاعب المحترف إذا ما انتهى عقد عمله الاحترافي، ولم يجدّد، فليس له حق الانتقال لأداء عمله بالاحتراف الرياضي لدى نادي آخر إلا بثلاث شروط سوف نتعرّض لها في الفروع التالية:

الفرع الأول: موافقة النادي السابق على هذا الإنتقال

اللاعب المحترف كعامل في عقد عمل فردي، لا يمكنه بمجرد إنقضاء عقده إبرام عقد عمل جديد بالاحتراف مع رب عمل جديد (النادي الجديد)، إلا بعد موافقة النادي القديم وحصوله على مقابل لذلك، بل كذلك موافقة جهة أخرى "الإتحاد الرياضي للعبة" محل الاحتراف. وهو الوجه الأول للخصوصية بشأن انتقال اللاعب المحترف للعمل الاحترافي لدى نادي آخر.

ويبرم اللاعب المحترف في سبيل انتقاله عملية عقدية مركبة من ثلاث أطراف، - النادي السابق، النادي الجديد، اللاعب-، يمكن أن تطلق عليها اصطلاح "عقد انتقال اللاعب المحترف من نادي إلى نادي آخر". لذا يمرّ انتقال اللاعب المحترف بإبرام عقدين :
العقد الأول: موافقة رب العمل القديم (النادي السابق) على انتقال اللاعب المحترف إلى رب عمل جديد(النادي اللاحق).

العقد الثاني: هو الإتفاق النهائي على إبرام عقد الاحتراف الجديد بين اللاعب المحترف وبين النادي الجديد (رب العمل اللاحق). وهو الوجه الثاني "للخصوصية" بشأن إنتقال اللاعب المحترف لدى نادي آخر. وبالإضافة للقيود القانونية لإنتقال اللاعب المحترف هناك قيود إدارية من الجهة المشرفة على ممارسة الرياضة وهو الإتحاد الرياضي المختص، وهذه القيود تتمثل في:

-الموافقة على انتقال اللاعب المحترف من نادي إلى آخر.

-عدم الإنتقال وفقاً للائحة إلاّ خلال فترة زمنية معينة، وعدد مرات معينة خلال مدة محدّدة .

-تصديق الاتحاد الرياضي للعبة على عقد الاحتراف الجديد.وهو على خلاف تماما عقود العمل العادية، والتي لا يستلزم فيها لانتقال العامل السابق إلى العمل لدى رب العمل الجديد لقيود إدارية كموافقة نقابة العمال المعنية مثلا أو وزارة العمل، وهذا هو الوجه الثالث للخصوصية على عكس أحكام عقد العمل الفردي¹⁶.

الفرع الثاني/ استحقاق النادي السابق مبلغا نقديا كبيرا

إذا تم انتقال اللاعب المحترف من ناديه إلى نادي آخر، فإنّ النادي السابق للاعب يحق له في الأساس أن يحصل من النادي الجديد على مقابل الإنتقال، ويتم تحديد قيمة هذا المبلغ بالاتفاق بين الناديين، أي لا يتدخل اللاعب في المفاوضات المتعلقة بتحديد الانتقال¹⁷. وتبرز هذه الخصوصية التساؤل لدى الفقه عن الأساس القانوني المبرر لاستحقاق المقابل النقدي؟

يرى الفقه الفرنسي أنّ مقابل الانتقال هو مجرد تعويض للنادي السابق عن إنهاء عقد لاعبه قبل انتهاء مدته¹⁸.

ولذا نذهب مع رأي آخر في الفقه، يرجع استحقاق النادي القديم لمقابل الإنتقال للمحترف لنادي آخر، أنّه في حقيقته تعويضا إتفاقيا للنادي الأصلي، عما تحمله من نفقات ومشاق في سبيل العناية بالمحترف فنيا وماليا وصحيا، وما يبذله من أجل تدريبه منذ صغره حتى وصل إلى ما بلغه من قيمة فنية ورياضية عالية، فهو لا يبيع لاعبه كسلعة بقدر أنّه يطالب بتعويض مالي كبير عمّا تحمّله من نفقات لإعداد المحترف، ومقابل ما يسخره من خدماته من الاستفادة من جهده ومهارته ومن الإنفاق الذي سبق أن بذله عليه من قبل.

الفرع الثالث/ موافقة الاتحاد الرياضي المختص على هذا الإنتقال نفسه

إنتقال اللاعب إمّا أن يكون داخليا، وإمّا أن يكون انتقالا دوليا، ويكون الإنتقال داخليا عندما ينتقل اللاعب من ناد إلى ناد آخر في نفس الدولة، بحيث يكون النادي السابق للاعب و النادي

الجديد منتمين إلى اتحاد رياضي وطني واحد، ويكون الإنتقال دوليا إذا انتقل اللاعب من ناديه إلى ناد أجنبي في دولة أخرى، بمعنى أن يكون هذان الناديان منتميين إلى اتحادين¹⁹

وطنيين مختلفين. وذلك بصرف النظر عن جنسية اللاعب نفسه في الحالتين. فإذا كان الإنتقال داخليا، فإنّه يشترط لتحقيق هذا الإنتقال موافقة الاتحاد الرياضي المختص على هذا الانتقال.

أما إذا كان الإنتقال دوليا، يجب أن يقدم اللاعب "شهادة انتقال" حتى يمكنه التعاقد من جديد. و يقصد بهذه الشهادة المستند الرسمي الذي يصدر من الاتحاد الرياضي للدولة التي كان اللاعب المحترف متعاقدًا مع أحد أندية²⁰، بناء على طلب الاتحاد الرياضي للدولة التي يرغب اللاعب في التعاقد مع نادي بها، و يتضمّن قرار الإتحاد الأول للنادي القديم، بأنّ اللاعب مسموحا له باللعب لدى دولة الاتحاد و سجّل لديها كلاعب و منذ تاريخ معين²¹. وبمقتضى هذه الشهادة يمنح اللاعب المحترف أوالهاوي الأهلية الرياضية و رخصة ممارسة اللعبة لدى الاتحاد الرياضي للعبة لدى الدولة الأخرى المنتقل لأحد أنديةها، و التي بدونها لا يكون له الإمكانية القانونية للممارسة للعبة رسميا أو التعاقد مجددا بشأنها مع أحد الأندية الأخرى²².

المطلب الثالث/ أثار عقد إنتقال اللاعب المحترف

تتمثّل أثار عقود الإنتقال، في الإلتزامات التي ينشئها هذا العقد على عاتق كل من طرفيه، فهذه الإلتزامات ذات طبيعة مزدوجة، فاللاعب تقع عليه التزمات تجاه كل من ناديه السابق والجديد، كما أنّ النادي الجديد تقع عليه التزمات تجاه كل من اللاعب و النادي السابق له، وهذا النادي تقع عليه إلتزامات تجاه كل من اللاعب و النادي الجديد، عليه فإننا سنتناول كل هذه الإلتزامات من خلال العلاقات الناشئة بين الأطراف الثلاثة المتّصلة بالعقد و ذلك فيما يلي:

- العلاقة بين النادي القديم و النادي الجديد

- العلاقة بين اللاعب و الناديان القديم و الجديد.

الفرع الأول/ العلاقة بين النادي القديم و النادي الجديد

يتربّب عن عقد الإنتقال إلتزامات متبادلة على الناديين، و لذلك سوف نتناول إلتزامات

النادي القديم ثم إلتزامات النادي الجديد

أ- إلتزامات النادي القديم

تتمثل إلتزامات النادي القديم في:

✓ نقل تبعية اللاعب و الاستغناء عنه.

✓ ضمان التعرض و الإستحقاق.

1- نقل تبعية اللاعب و الإستغناء عنه:

إنّ الإلتزام بنقل تبعية اللاعب الرياضية، يتم بالقيام بالأعمال القانونية التي تستلزمها اللوائح الإدارية الخاصة لعقود الإنتقال و هذه اللوائح استلزمت تسجيل اللاعبين المحترفين في سجلات الإتحاد الرياضي الوطني الذي ينتمون إليه، كما استلزمت أن يكون لهؤلاء اللاعبين عقود مكتوبة مع أنديةهم.

وعليه فالنادي القديم يلتزم إتجاه النادي الجديد بأن يبرئ جميع الوسائل، الممكنة للإتحاد الرياضي الوطني لكي يصدر للاعب شهادة انتقال دولية تؤدّي إلى نقل تبعيته من ذلك الإتحاد إلى الإتحاد الذي ينتهي إليه النادي الجديد الذي انتقل إليه.

كما يلتزم النادي القديم بالاستغناء عن اللاعب حتى يتمكّن النادي الجديد من تسلّمه و تسجيله في سجلاته. ويتم ذلك عن طريق إصدار النادي القديم شهادة الإستغناء عن خدمات اللاعب.

2- ضمان التعرّض و الإستحقاق

ينبغي على النادي القديم للاعب أن يمتنع بالقيام بأي عمل من شأنه تعكير العلاقة التقاعدية القائمة بين اللاعب و ناديه الجديد، فلا يجوز له أن يتفق مع اللاعب أو يحرضه على القيام بالأعمال التي من شأنها أن تسيء لسمعة النادي الجديد أو تقلل من شهرته على مختلف المستويات الوطنية و الإقليمية و القارية و العالمية²³.

ب- إلتزامات النادي الجديد

تتمثل إلتزامات النادي الجديد في:

✓ دفع مقابل الإنتقال إلى النادي القديم و اللاعب،

✓ المكافآت الكبيرة التي تمنح نظير كل إنجاز رياضي يحقّقه اللاعب المحترف،

✓ تعهد النادي الجديد أن يوقّر للاعب المحترف مسكن فاخر، و تحمّل نفقات السفر،

✓ تحمّل النادي الجديد نفقات العلاجات والجراحات عن إصابات اللاعبين وكذا نفقة الانتقال والعودة من العلاج بالخارج.

✓ تحمّل النادي الجديد العقوبات التي قد يفرضها الاتحاد الرياضي للعبة على النادي وعلى لاعبيه²⁴.

الفرع الثاني: العلاقة بين اللاعب و الناديان الجديد والقديم

سنتعرّض لإلتزامات اللاعب اتجاه النادي القديم ثم إلى التزمّات اللاعب اتجاه النادي الجديد.

أ-إلتزامات اللاعب تجاه النادي القديم

تتمثّل هذه الإلتزامات فيما يلي:

-محافظة اللاعب على أسرار عمله مع النادي القديم،

-تسليم اللاعب كل الأموال التي كان يحوزها قبل انقضاء عقده مع النادي القديم،

-مراعاة شروط النادي القديم في العقد الذي كان مبرما بينهما، بشرط عدم المنافسة،

حيث لا يجوز للاعب بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل(النادي القديم).

ب-إلتزامات اللاعب تجاه النادي الجديد

تتمثّل هذه الإلتزامات فيما يلي:

-الإلتزام الكامل بأحكام قانون العمل،

-الإلتزام بأحكام العقد و النظام الداخلي للعمل،

-إحترام أوقات العمل المحدّدة قانونا،

-أداء واجباته بكل عناية،

-طاعة أوامر النادي بوصفه صاحب العمل،

-لا يجوز للاعب أن ينيب غيره في أداء عمله تجاه النادي إلّا إذا تم ذلك بموافقة النادي،

-إستحالة تنفيذ اللاعب إلتزامه بصورة نهائية تؤدّي إلى انتهاء عقد احترافه مع ناديه

الجديد،

-المحافظة على أموال النادي التي في عهده كالمنزّل والسيارة والتجهيزات الرياضية²⁵،

-التزام اللاعب المحترف بالمحافظة على صحته و سلامته،

-عدم إتباع سلوكيات معينة في حياته قد تضرّ بصحته الرياضية، كالتدخين و السهر...إلخ،
- الابتعاد عن الأحاديث الصحفية أو الإتصال بأجهزة الإعلام إلّا بإذن من مسؤول النادي²⁶

خاتمة

عقد إنتقال اللاعب المحترف هو عملية قانونية، تتصل بثلاث أشخاص مقيدة بقيود لائحية، بمقتضاها ينتقل اللاعب المحترف من ناديه الأصلي للعب في نادي آخر، و تحت إشرافه ورقابته، و ذلك لقاء مبلغ معين، يدفعه النادي الجديد للنادي الأصلي. و يجب أن يكون هذا العقد مكتوبا كما اشترطته لوائح الفيفا، كما يجب التصديق عليه من جانب هذا الإتحاد. و يتعيّن فضلا عن ذلك إتباع إجراءات أخرى لتسجيل اللاعب لناديه الجديد. يستوي في ذلك أن يكون الإنتقال قد تم أثناء سريان عقد اللاعب مع ناديه، أو بعد إنتهاء مدة هذا العقد.

و أخيرا، إننا نقترح أن يقوم المشرع الجزائري بتنظيم أحكام عقد الإنتقال بوضع قانون جديد للرياضة، و ذلك لمواكبة التطورات الحديثة في مجال الرياضة على أن يشمل هذا القانون على القواعد الأساسية التي تحكم الإحتراف الرياضي في كافة الألعاب الرياضية، على أن تتفق هذه القواعد مع قواعد العمل، مع الأخذ بعين الإعتبار خصوصية النشاط الرياضي.

الهوامش

¹ عبد الحميد عثمان الحنفي، عقد إحتراف لاعب كرة القدم، دراسة مقارنة بين لوائح الإحتراف في بعض الدول العربية، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، القاهرة، 2008، ص 5.

² « Le sport est un ensemble d'exercices physiques se présentant sous forme de jeux individuels ou collectifs en observant certaines règles précises et sans but utilitaire immédiat », voir grande dictionnaire Larousse T.14.1985p. 9767.

³ - رجب كريم عبد اللام، عقد إحتراف لاعب كرة القدم في ضوء لوائح الإحتراف الصادرة عن الإتحادات الوطنية لكرة القدم في مصر و بعض الدول الأخرى و الإتحاد الدولي لكرة القدم "فيفا"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 187.

⁴ - محمد سليمان أحمد، الوجيز في عقود الرياضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 51.

- ⁵- عبد الحميد عثمان الحنفي، عقد إحتراف لاعب كرة القدم، دراسة مقارنة بين لوائح الإحتراف في بعض الدول العربية، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، القاهرة، 2008، ص 165-166.
- ⁶- محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 134.
- ⁷- محمد سليمان أحمد، المرجع السابق، ص 58.
- ⁸- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 136.
- ⁹- المادة 56 من الأمر 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- ¹⁰- محمد سليمان أحمد، المرجع السابق، ص 62.
- ¹¹- حسن علي الدنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، ط1، مصادر الإلتزام دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي و القانون المقارن، دار وائل للنشر، الأردن، 2002، ص 38.
- ¹²- محمد سليمان أحمد، المرجع السابق، ص 64-65.
- ¹³- محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المنشورات الجامعية، بدون بلد، 1993، ص 32.
- ¹⁴- همام محمد محمود ظهران، الأصول العامة للإلتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 28.
- ¹⁵- محمد سليمان أحمد، المرجع السابق، ص 63.
- ¹⁶- محمد سليمان أحمد، المرجع السابق، ص 66.
- ¹⁷- أحمد عبد التواب محمد بهجت، خصوصية أحكام عقد عمل اللاعب المحترف، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 76.
- ¹⁸- عبد الحميد عثمان الحنفي، المرجع السابق، ص 175.
- ¹⁹- رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 186.
- ²⁰- رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 197.
- ²¹- المادة 1/33 من لائحة الفيفا الدولية.
- ²²- المادة 1/3 من لائحة الفيفا الدولية.
- ²³- أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 84.
- ²⁴- محمد سليمان أحمد، المرجع السابق، ص 141.
- ²⁵- أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 112.
- ²⁶- محمد سليمان أحمد، المرجع السابق، ص 164.

ثبوت النسب بالإقرار في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"

Dr. TRIKI Dalila née AITCHAOUCHE
Département Droit Privé
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques Université A. Mira Bejaia
06000 Bejaia –Algérie

د. تريكي دليلة مولودة آيت شاوش
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

أجاز المشرع الجزائري إثبات النسب بالإقرار وقد نصّ على ذلك في المادة 40 من تقنين الأسرة. لكن المصطلحات التي استعملها في المادة 44 أدت إلى وجود غموض وخلط بين مفهومي الأبوة والبنوة، بإضافة مفهوم الأمومة. والذي يؤكد هذا الخلط من حيث المعنى والشروط هو النص الفرنسي الذي جاء مغايرا تماما لما هو وارد في النص العربي. فماذا يقصد المشرع الجزائري بالمفاهيم الثلاثة التي نصّ عليها؟ وما الذي يأخذ به القاضي في إثبات النسب بالإقرار، هل يعتمد على النص الرسمي أو الأصلي؟ من أجل الإجابة على هذه الأسئلة وغيرها ارتأيت دراسة الموضوع من الجانب الشرعي ودراسته في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية لتتأكد أكثر من اللبس الواقع في مواد تقنين الأسرة الجزائري واقترح ما يمكن تعديله فيها.

الكلمات الدالة

قانون الأسرة الجزائري، الفقه الإسلامي، النسب، الإقرار، الأبوة، الأمومة، البنوة.

Recognition of filiations in the Algerian Family Code "comparative study"

Summary

Recognition of paternity is one of parentage means of evidence provided for in Article 40 of the Algerian Family Code, but some terms used in Article 44 have led to ambiguity and confusion between the concept of filiations and the concept of fatherhood, especially by adding maternal recognition, allowing the single mother to recognize her child and to transmit his name. The evidence confirms this confusion is

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/01/11 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/02/22 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

the French text provisions of Article 44, which does not comply with the provisions of the Arabic text. So, what is meant by the three concepts that the text provided in the preceding article? and what does the Algerian judge when he is in front of this contradiction sense? To answer these and other questions, I decided to conduct a comparative study between the provisions of Islamic jurisprudence, the Algerian Family Code and some Arab legislation.

Keywords

Algerian Family Code; filiations, paternity, maternal recognition, Islamic jurisprudence.

Résumé

La reconnaissance de paternité est l'un des moyens de preuves de filiation prévue à l'article 40 du code de la famille algérien, mais quelques termes utilisés à l'article 44 ont conduit à une ambiguïté et une confusion entre le concept de la filiation et le concept de la paternité, surtout en ajoutant la reconnaissance de maternité, ce qui permet à la mère célibataire de reconnaître son enfant et de lui transmettre son patronyme. La preuve qui confirme cette confusion en est les dispositions du texte en français de l'article 44 qui n'est pas conforme aux dispositions du texte en arabe. Alors, qu'entend-on par les trois concepts que le texte a prévu dans l'article précédent ? que fait le juge algérien quand il se trouve en face de cette contradiction de sens ? Pour répondre à ces questions et d'autres, j'ai préféré mener une étude comparée entre les dispositions de la jurisprudence islamique, le code de la famille algérien et certaines législations arabes.

Mots-clés

Le code de la famille algérien ; jurisprudence ; filiation ; paternité ; reconnaissance de maternité.

مقدمة

توسع الفقهاء في وسائل إثبات النسب بما يكفل حماية الولد من الضياع وحماية الأعراس من القذف ومنع اختلاط الأنساب. فاتفقوا على إثباته بالفراش والإقرار والبينة واختلفوا في وسائل أخرى مثل قول جمهور الفقهاء بالقيافة وقول بعضهم بالقرعة، وهي طرق غير علمية لا يمكن الاعتماد عليها في وقتنا المعاصر. لهذا استمر وجود الوسائل الثلاثة المتفق عليها في التشريعات العربية والتي تستمد مادتها الأولية من أحكام الشريعة الإسلامية. ولقدسية النسب وأهميته في الحفاظ على المصالح المذكورة سابقا فإنه يمكن قبول كل الوسائل العلمية الحديثة والتي تحقق هذا المقصد.

يشتمل هذا البحث الحديث عن وسيلة من الوسائل الثلاثة المتفق عليها وهي الإقرار وما يمثله من أهمية في إثبات النسب إذا لم يثبت بالفراش.

إذا كان الإقرار والبيّنة مفهوميين واضحين في مجملهما، فإنّ المقصود بإثبات النسب بالفراش هو ثبوته بالزواج الصحيح والذي يفترض فيه مجملا تصور الحمل من الزوج عادة، بشرط ولادته خلال مدة الحمل الشرعية، أي بين الحد الأدنى والحد الأقصى المحدّد شرعا، وإمكانية تلاقي الزوجين بعد العقد وعدم نفيه بالطرق الشرعية.

إنّ الهدف من هذه الدراسة ليس الحديث عن الإقرار بتعريفه وذكر شروطه فقط، وإنّما طرح إشكالية لوحظت على مواد إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري، والذي تنص المادة 44 منه على الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة دون إيضاح لمعنى كل إقرار من الثلاثة أو تخصيص كل منها بشروط ربما تختلف عن النوع الآخر. هذا يستدعي البحث عن المعاني الثلاثة المذكورة وما هو الفرق بينها؟ وهل هناك تكرار لمعنى واحد ولكن بألفاظ مختلفة؟ أم أنّ كل إقرار يستدعي شروطا مختلفة عن الآخر ليثبت النسب به؟

سنفهم الإشكالية بوضوح أكثر بعد طرح الموضوع بدقّة ومعرفة مكان الغموض أو القصور وهل يستدعي ذلك توضيحا أو تعديلا من المشرّع لإزالة اللبس أو الغموض إن وجدا. ولن يتسنى لنا ذلك إلاّ بعد طرح معنى الإقرار عند بعض الفقهاء والتعريح على ما جاءت به بعض التشريعات العربية لنتمكن بعدها من مقارنة كل ذلك بما جاء به المشرّع الجزائري في الموضوع، بعدها سيظهر جليّا مغزى هذه الدراسة.

أولا: تعريف الإقرار

الإقرار لغة هو الاعتراف، ويقال أقرّ بالحق إذا اعترف به وقرّره غيره بالحق حتى أقرّ به، وأقرّه في مكانه فاستقرّ، وقرّره بالشيء حمّله على الإقرار به، وقرّر الشيء جعله في قرار¹.

أمّا اصطلاحا؛ فالإقرار إخبار عن حق ثابت على المخبر، فإن كان إخبار بحق له على الغير فدعوى، وإن كان لغيره على غيره فشهادة، وشهادة المرء على نفسه هو الإقرار²، وهو ما جاء في قوله تعالى: "أأقررتم وأخذتم على ذلکم إصري قالوا أقرنا"³.

كما يعرفه ابن تيمية بما يلي: "إنّ المخبر بما على نفسه فهو مقرّ، وإنّ أخبر بما على غيره لنفسه فهو مدّع، وإنّ أخبر بما على غيره لغيره، فإن كان مؤتمنا عليه فهو مخبر وإلاّ فهو شاهد"⁴. والمعنى نفسه ذهب إليه الفقيه الخرشي، حيث جاء في كتابه: "أنّ الإقرار والدعوى والشهادة كلها إخبارات والفرق بينهما أنّ الإخبار إن كان يقتصر حكمه على قائله فهو الإقرار وإن لم يقتصر فإمّا أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة أو يكون وهو الدعوى"⁵.

لقد تعرضنا لتعريف الإقرار بغية الاستفادة من هذا المعنى عند شرح ما ذهب إليه المشرّع الجزائري وغيره من المشرّعين العرب.

ثانيا: الإقرار بالنسب في الفقه الإسلامي

جاء في كتاب مغني المحتاج تعريف الإقرار بالنسب كما يلي: "أقرّ بنسب إن ألحقه بنفسه، اشترط لصحته أن لا يكذبه الحسّ ولا الشرع بأن يكون معروف النسب من غيره وأن يصدقه المستلحق إن كان أهلا للتصديق"⁶.

وقد عرّف الدكتور أشرف عبد الرزاق ويح الإقرار بالنسب بأنه "إخبار الانسان - المقرّ- بوجود قرابة معيّنة فيما بينه وبين شخص آخر -المقرّ له-، فالمخبر هو المقرّ بالنسب والمخبر عنه هو المقرّ له بالنسب"⁷.

قبل الخوض في شروط الإقرار بالنسب نركز على التعريفين السابقين فنلاحظ أنّ الإقرار بالنسب هو الإخبار عن علاقة بين مقرّ ومقرّ له، دون تحديد من يكون المقرّ ومن المقرّ له، ومعنى هذا أنّنا نستطيع أن نجد أنفسنا إمّا أمام إقرار بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة. ومن جهة أخرى هناك إقرار في غير ما سبق كادعاء شخص أنّ فلانا أخوه أو عمّه. وهذا ما جعل بعض الكتّاب يقسمون الإقرار إلى نوعين، إقرار بالنسب المباشر وإقرار بالنسب غير المباشر، وهو بتعبير الفقهاء القدامى إلحاق المقرّ بالنسب بنفسه وإلحاقه بغيره.

إنّ تعريف الفقهاء يثير التساؤل حول المقصود بإلحاق المقرّ بالنسب بنفسه. ويظهر من خلال الاطلاع على بعض الكتب الفقهية أنّ المقصود ليس فقط إقرار الأب نسب طفل ما وإنّما يشمل كذلك الإقرار بالوالدين، أي الأبوة والأمومة. وهذا ما عبّر عنه الكاساني في

بدائع الصنائع بقوله: "...وعلى هذا يجوز إقرار الرجل بخمسة نفر: الوالدين والولد والزوجة والمولى ويجوز إقرار المرأة بأربعة: الوالدين والزوج والمولى ولا يجوز بالولد لأنه ليس في الإقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على الغير"⁸. لكن أليس في الإقرار بالوالدين حمل للنسب على الغير؟

سنلاحظ في شروط صحّة الإقرار بالنسب الإجابة عن بعض التساؤلات، مثل تلك الخاصة بتصديق الأب الذي يدعي ولد أجنبي مجهول النسب أبوته. لهذا وجدنا من ذهب مباشرة إلى الحديث عن الاستلحاق وعرفه بأنه الإقرار بالنسب، وجاء ذلك في قول الخرشي: "الاستلحاق... وهو الإقرار بالنسب"⁹، وعرفه ابن عرفة بقوله (هو ادعاء المدعي أنه أب لغيره)¹⁰ فيخرج قوله هذا أبي وهذا أبو فلان، فقوله ادعاء المدعي جنس يشمل ادعاء الاجنبي والجد والأم، وقوله أنه أب أخرج به من ذكر لأن ذلك خاص بالأب...إنما يستلحق الأب مجهول النسب.. إلى أن الاستلحاق من خصائص الأب فغيره لا يصح استلحاقه كالأم اتفاقا ولا الجد على المشهور ولا غيرهما من الأقارب..."¹¹.

حتى لا يحدث لبس بين مفهوم الإقرار للنفس والإقرار للغير وبين معنى البنوة والأبوة والأمومة فضلنا تقسيم الإقرار بالنسب إلى نوعين: الإقرار بالنسب المباشر والإقرار بالنسب غير المباشر.

1- الإقرار بالنسب المباشر، وله صور أربعة:

- إقرار الرجل بالولد بقوله: هذا ابني.
- إقرار الولد بالوالد بقوله: هذا أبي.
- إقرار المرأة بالولد بقولها: هذا ابني.
- إقرار الولد بالأم بقوله: هذه أمي.

هذه الصور كما يرى الدكتور بلحاج العربي حمل للنسب على النفس وليس على الغير¹²، رغم أنّ هذا الأمر يحتمل وجهة نظر مغايرة، وهو أنّ قول: "هذا أبي" فيه حمل للنسب على الغير ويحتاج إلى تصديق من هذا الأخير، أي من الأب. لكن المقصود هنا هو حمل النسب على النفس مباشرة وهو الإقرار بأصل النسب والذي يقرّ فيه الشخص بالنسب على نفسه مباشرة، دون الحديث عن من ينسب إليه الولد، كالإقرار بالأبوة

المباشرة فبقول الشخص هذا أبي، أقرّ نسبا على نفسه، أو الإقرار بالبنوة المباشرة فيقول هذا إبني، فيكون كذلك أقرّ نسبا على نفسه¹³.

2- الإقرار بالنسب غير المباشر أو الإقرار بالنسب على الغير: ويعني الإقرار بغير الولد الصلي والوالدين المباشرين وذلك كالإقرار بالأخوة والعمومة، كأن يقرّ شخص بأن فلانا أخوه أو ابن عمه، فيستدعي ذلك تصديق الأب في الأوّل وتصديق الجد في الثاني¹⁴. من هنا نتفق على أنّ هناك إقرارا بالنسب على النفس وإقرارا بالنسب على الغير، والذي يهمننا في هذه الدراسة هو الإقرار بالنسب على النفس وشروطه في الفقه الإسلامي، حتى يتسنى لنا مقارنته بما جاء من شروط في تشريعات الأحوال الشخصية العربية وقانون الأسرة الجزائري.

ثالثا: شروط الإقرار بالنسب على النفس أو الإقرار بالنسب المباشر

يشترط في الإقرار بالنسب على النفس مجموعة من الشروط والذي لا يثبت به النسب إلا بتوفرها¹⁵.

1- أن يكون المقرّ له بالبنوة مجهول النسب، فلا يصحّ ادعاء نسب ولد معروف النسب، ويستثنى من ذلك الولد الذي نفي نسبه بسبب الملاعنة، فرغم أنّه مجهول النسب، من جهة الأب، فلا يصحّ إلاّ للزوج الملاعن ادعاء نسبه لاحتمال تكذيبه لنفسه وادعاء الولد من جديد.

هذا ما يبرّر به العلماء نظرهم إلى ولد اللعان، في عدم جواز غير الزوج الملاعن الإقرار بنسبه. لكنني أرى، ومن زاوية مختلفة، أنّ رفض ادعاء شخص آخر لنسب الولد الملاعن ليس بسبب احتمال تكذيب الوالد الملاعن لنفسه فقط، وإنّما لأنّ هذا الادعاء إقرار باطل لأنّه يعترف بطريقة أو بأخرى بابن الزنا، وهذا لا يثبت به النسب، والدليل على أنّه كذلك هو أنّ الولد المعني كان في بطن أمّه وهي في عصمة الزوج الملاعن، وادعاؤه (أي ادعاء الشخص الآخر) اعتراف بصدق هذا الزوج واعتراف بأنّ الولد غير شرعي. كما أنّ احتمال تكذيب الزوج الملاعن نفسه لا يكون دائما، فإذا ثبت بالدليل أنّ الإبن ليس إبن الزوج الملاعن فلا يمكن له في هذه الحالة إدعاء أبوته من جديد، ورغم ذلك لا يمكن إقرار شخص آخر ببنوة ذلك الولد لأنّه في هذه الحالة إقرار بولد الزنا.

2- أن يمكن تصديقه بأن يُحتمل أن يولد مثله لمثله، وذلك بأن يكون فارق السن معقولاً، أي يسمح للمقرّ له بالنسب أن يولد لمثل المقرّ إذا كان المقر هو الوالد.

3- أن يصدّق المقر له المقر إذا كان مميّزاً. ويظهر من هذه العبارة أنّ المقصود بالميّز هو الولد مجهول النسب الذي هو المقرّ له ونفس الأمر بالنسبة للشخص الذي يقرّ بأن فلانا أبوه. فالأبوة تثبت إذا تحقّق الشرط الأوّل بأن يكون المقرّ مجهول النسب وكان ممّن يولد مثله لمثل المقرّ له، وأن يصدقه المقرّ له في إقراره، وهو الأب في هذه الحالة. ونفس الأمر بالنسبة للمرأة إذا أصدرت إقراراً بالنسب لشخص ما، بشرط ألا تكون متزوجة ولا معتدّة من زواج صحيح أو فاسد، إضافة إلى أن يكون المقرّ له مجهول الأم. أمّا إذا كانت متزوجة أو معتدّة من زواج صحيح أو فاسد، فإنّه لا يُنسب الولد إلى الزوج بإقرارها، إلاّ إذا صدّقها الزوج في ذلك، لأنّ في ذلك تحميل للنسب على غيرها وهو الزوج، لهذا كان من المنطقي إدراج إقرار الأمومة مع النوع الثاني من الإقرار بالنسب.

رابعا: شروط الإقرار بالنسب على النفس في التشريعات العربية

سأتعرض لشروط الإقرار بالنسب على النفس في بعض التشريعات العربية ليتسنى لنا المقارنة بينها وبين ما ذهب إليه المشرّع الجزائري وذلك بعد مقارنتها بالجانب الفقهي، وسيتبين لنا أكثر الغموض الوارد في قانون الأسرة الجزائري وكيفية حلّه.

1- موقف التشريع المغربي: فصلّ المشرّع المغربي في مواد النسب في مدوّنة الأسرة المغربية الجديدة¹⁶ من المادة 150 إلى المادة 162، ونصّ على أنّ الإقرار الوحيد الذي يُثبت النسب هو الإقرار الذي يصدر من الأب، وهذا ما جاء في المادة 158 والتي نصّت على ما يلي: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقرّرة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية". وأكّد المشرّع المغربي انفراد الأب بإقراره النسب بتأكيد ذلك في المادة 161 والتي نصّت على ما يلي: "لا يثبت النسب بإقرار غير الأب".

بعدما قصر المشرّع المغربي الإقرار على الأب يكون بذلك قد تجاوز الغموض الذي سنشير إليه لاحقا في التشريع الجزائري، بحيث لا مجال للحديث عن الإقرار بالنسب على النفس وإقرار بالنسب على الغير، فالإقرار بالنسب واحد وله شروط جاءت بها المادة

160 والتي نصت على ما يلي: "يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت، وفق الشروط الآتية:

1- أن يكون الأب المقرّ عاقلا؛

2- ألا يكون الولد المقرّ به معلوم النسب؛

3- أن لا يكذب المستلحق -بكسر الحاء- عقلا أو عادة؛

4- أن يوافق المستلحق -بفتح الحاء- إذا كان راشدا حين الاستلحاق. وإذا استلحق قبل أن يبلغ سن الرشد، فله الحق في أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد.....".

أما فيما يخص المرأة وادعاؤها بنوة طفل معين فقد عالج المشرع المغربي ذلك بطريقة مستقلة وقبل حديثه عن النسب والإقرار به، حيث تحدّث عن ثبوت البنوة بالنسبة للأم ولم يعتبر ذلك إقرارا بالنسب لأنّ النسب يلحق الأب، حيث جاءت المادة 147 بما يلي: "تثبت البنوة بالنسبة للأم عن طريق:

- واقعة الولادة؛

- إقرار الأم طبقا لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160 بعده؛

- صدور حكم قضائي بها؛

تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاعتصاب".

لم يذكر المشرع المغربي، لثبوت النسب، شرط إقرار المقرّ بالنسب بشرعية الإبن، لكنّ ذلك يُفهم ضمنا من المادة 148 والتي نصّت على ما يلي: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية"، والنسب أثر من آثاره. وليس المقصود ضمنا أنّ المشرع المغربي أراد إنكار ثبوت النسب للابن غير الشرعي، وإنّما المقصود هو أنّ المشرع لم يذكر ذلك كشرط في إقرار الأب. معنى هذا أنّه يكفي من الأب أن يقرّ بالنسب دون أن يذكر أنّه غير شرعي، فكأنّ العبرة بعدم التصريح بذلك وليس بالحقيقة.

2- موقف التشريع السوري: عالج المشرع السوري موضوع الإقرار بالنسب في قانون الأحوال الشخصية¹⁷ في ثلاثة مواد¹⁸. أدرج في المادة 134 منه وفي الفقرة الأولى شروط

صحة الإقرار إذا كان بالبنوة حيث جاء فيها ما يلي: "1- الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقرّ إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة". وقد استثنى المشرّع السوري من الإقرار بالبنوة إقرار الأم بإضافته شرط إقرار الزوج إذا كانت المرأة المقرّة بالبنوة متزوجة، وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة: "2....- إذا كان المقرّ امرأة متزوجة أو معتدّة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقة أو بالبيّنة". كما فصل المشرّع السوري بين الإقرار بالبنوة والإقرار بالأبوة والأمومة¹⁹، وهذا ما ظهر في المادة 135 من القانون نفسه والتي نصّت على ما يلي: "إقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقرّ له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك".

يُفهم ممّا سبق أنّ المشرّع السوري عندما أضاف شرط المصادقة من الزوج لإقرار المرأة المتزوجة، فإنّه بذلك فرّق بين الإقرار على النفس والذي لا يحتاج إلى مصادقة الغير وهو إقرار الأب فقط، وإقرار غير الأب الذي يحتاج إلى مصادقة الأب، وغير الأب هنا هو الأم والتي تحتاج إلى مصادقة الزوج إذا كانت متزوجة وتريد إثبات نسب الولد من الأب الذي هو زوجها. أمّا إذا كانت غير متزوجة فلا يشترط ذلك لأنّ النسب هنا يعنىها هي فقط ولا يعنى شخصا آخر، فينبغي دائما الرجوع إلى إقرار الأب إذا كان الإبن شرعيا، لهذا قصر المشرّع المغربي إقرار النسب على الأب فقط.

كما فرق المشرّع السوري بين الإقرار بالبنوة من جهة، والإقرار بالأبوة والأمومة من طرف مجهول النسب من جهة أخرى، بأن أضاف شرط مصادقة أو إقرار صاحب النسب دائما وهو الأب، إذا كان الإقرار بالأبوة، كأن يقول مجهول النسب "هذا أبي"، أو إقرار الأم إذا كان الإقرار بالأمومة، كأن يقول مجهول النسب "هذه أمي". وإقرار الأم لا يكفي، كما سبق الذكر، إذا كانت متزوجة، بل لا بد من مصادقة الزوج.

وما نلاحظه في مواد إقرار النسب أنّ المشرّع السوري لم يشر إلى شرط ألا يكون مجهول النسب من علاقة غير شرعية.

3- موقف التشريع الإماراتي: تعرّض المشرّع الإماراتي للإقرار بالنسب في المواد من 92 إلى 95 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28/2005²⁰، حيث جاءت تلك المواد بما يلي:

- المادة 92: "1- الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت يثبت به النسب ما لم يكن المقر له من الزنا وذلك بالشروط التالية:
أ- أن يكون المقر له مجهول النسب .
ب- أن يكون المقر بالغاً عاقلاً مختاراً.
ج- أن يكون فارق السن بين المقر وبين المقر له يحتمل صدق الإقرار.
د- أن يصدق المقر له البالغ العاقل المقر.
- 2- الاستلحاق إقرار بالبنوة صادر عن أب لمقر له ليس من الزنا، ولا يصح استلحاق الجدّ".
- المادة 93: "إذا كان المقرّ امرأة متزوجة أو معتدّة، فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا إذا صدّقها أو أقامت البيّنة على ذلك".
- المادة 94: "إقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صدّقه المقرّ عليه أو قامت البيّنة على ذلك متى كان فارق السن يحتمل ذلك".
- المادة 95: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقرّ إلا بتصديقه أو إقامة البيّنة".
- يظهر من المواد السابقة أنّ المشرّع الإماراتي فرّق ابتداءً بين الإقرار بالبنوة من جهة، والإقرار بالأبوة والأمومة من جهة أخرى. ثمّ اشترط في الإقرار بالبنوة جملة من الشروط بدأها بشرط أساسي لم يذكره غيره من المشرّعين العرب قيد الدراسة صراحة، وهو أن لا يكون المقرّ له من الزنا. أمّا الشروط الأخرى فهي أن يكون المقر له مجهول النسب ، وأن يكون المقر بالغاً عاقلاً مختاراً، وأن يكون فارق السن بين المقر وبين المقر له يحتمل صدق الإقرار وأن يصدق المقر له البالغ العاقل المقر، وهي الشروط التي اتفق عليها جلّ المشرّعين العرب. هذا إذا كان المقرّ هو الأب، أمّا إذا كان المقرّ هو الأم فإنّها إن كانت متزوجة فلا بدّ من تصديق زوجها، أو تقييم البيّنة على ادعائها، وهذا ما جاء في المادة 93. ويُفهم مخالفة أنّ المرأة غير المتزوجة ينسب لها الولد مباشرة بتوفر الشروط العامة، لأنّ هذا النسب لا يخصّ غيرها. كما تحدّث عن إقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة واشترط فيه تصديق المقرّ عليه أو إقامة

البينة، كما اشترط نفس التصديق في الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة أو إقامة البينة، وهذا ما جاء في المادتين 94 و95.

لم يترك المشرع الإماراتي أيّ غموض في موضوع الإقرار بالنسب مقارنة بمن سبق، حيث أشار إلى كل حالات الإقرار وفصل فيها، وحدد شروط كل حالة.

3- موقف التشريع التونسي: نصّ المشرع التونسي على موضوع الإقرار في الفصول 68، 70 و73 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية²¹، حيث جاء فيها على التوالي ما يلي:

– المادة 68: "ثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر".

– المادة 70: "لا عمل على الإقرار إذا ثبت قطعيا ما يخالفه. وإذا أقرّ ولد مجهول النسب بالأبوة لرجل أو بالأمومة لامرأة وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدّقه فقد ثبتت أبوتهما له ويكون عليهما ما للأبوين من الحقوق وله عليهما ما للأبناء".

– المادة 73 "لو أقرّ إنسان بنسب فيه تحميل على غيره كالأخ والعم والجد وابن الابن فإنّ هذا الإقرار لا يثبت به النسب ويصحّ في حقّ نفس المقرّ إن تصادقا على الإقرار ولم يكن للمقرّ وارث غير المقرّ به وإلاّ فلا إرث والمعتبر في ثبوت الوارث وعدمه يوم موت المقرّ لا يوم الإقرار".

يظهر من المواد السابقة أنّ المشرع التونسي فرّق بين الإقرار على النفس والإقرار على الغير، وأعطى للأب وحده هذا الحق، ولم يلحق هذا الإقرار بشروط معينة كالتأكيد على أن يكون الولد مجهول النسب ولا اشتراط عدم كون الولد من الزنا، وربما مردّد ذلك يعود إلى أنّ المشرع التونسي في الأصل يبيح التبني الذي حرّمته الشريعة الإسلامية ومنعته تبعا لذلك كل التشريعات العربية ما عداها، فالذي يريد استلحاق ولد ما لا يحتاج إلى التحايل على القانون لفعل ذلك²². وفصل المشرع بين الإقرار بالبنوة الذي يتم من الأب والإقرار بالأبوة أو الأمومة الذي يتم من مجهول النسب واشترط أن تتمّ فيها مصادقة المقرّ عليه والذي هو الأب أو الأم وهذا ما جاء في المادة 70. وأشار المشرع التونسي بعد ذلك إلى الإقرار على الغير في غير الأبوة والأمومة، ونصّ على وجوب إقرار المقرّ عليه لثبوت النسب وهذا ما جاء في المادة 73.

4- موقف المشرع الكويتي: نصّ المشرع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1984 على الإقرار بالنسب²³ في المواد الآتية:

– المادة 173: "أ- إقرار الرجل ببنة مجهول النسب ، ولو في مرض الموت ، يثبت به النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة، ولم يقل أنه من الزنا، ولا يشترط تصديق المقر له إلا إذا كان مكلفا.

ب- وإقرار مجهول النسب بأبوة رجل له يثبت به النسب ، متى توافرت الشروط المذكورة في الفقرة السابقة".

– المادة 174: "أ- يثبت نسب الولد من الأم بإقرارها، متى توافرت شروط إقرار الرجل بالولد، ولم تكن متزوجة ، أو معتدة وقت ولادته.

ب- ويثبت نسبه من الأم بإقراره إذا توافرت الشروط الواردة في الفقرة السابقة".

– المادة 175: "الإقرار بما فيه تحميل النسب على الغير لا يثبت به النسب"²⁴.

أعطى المشرع الكويتي حق الإقرار بالنسب للأب واشترط في ذلك أن يكون الولد مجهولا وأن لا يكذبه عقل أو عادة، وأن لا يقول أنه من الزنا، وأن يصدقه المقر له إن كان مكلفا. وكذلك أجاز إقرار الولد مجهول النسب بأبوة شخص معين أو بأبوة امرأة معينة بنفس الشروط السابقة، ونفهم من هذا أنه لا بدّ من مصادقة الأب أو الأم لثبوت النسب . كما أجاز للأم الإقرار ببنة ولد ما بنفس الشروط الخاصة بإقرار الأب لكن بشرط ألا تكون متزوجة أو معتدة وقت ولادته، وهذا يعني أنّ النسب يثبت لها لأنّ الولد غير شرعي. من جهة أخرى لم يعترف المشرع بإقرار غير الأب والأم والولد مجهول النسب .

5- موقف تقنين الأسرة الجزائري: تعرضت لبعض التشريعات العربية لأظهر الغموض الذي وقع في مواد الإقرار في قانون الأسرة الجزائري، والإيجاز الذي أدى إلى تقصير في إيضاح أحكام الإقرار على النفس أو الإقرار المباشر كما جاء في بعض التشريعات، والذي لم يصنّفه المشرع الجزائري لا بهذه ولا بتلك.

جاء نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري²⁵ بالنص على وسائل ثبوت النسب ومن بينها الإقرار كما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34". ثمّ تعرّض

للإقرار وشروطه في المادتين 44 و45 كما يلي: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة"، "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقرّ إلا بتصديقه".

لم يصنّف المشرّع الجزائري الإقرار بكونه إقرارا على النفس أو كونه إقرارا مباشرا أو غير مباشر، ولكنّه تحدّث عن الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة في المادة نفسها وهو بذلك يقصد الإقرار على النفس إذا اعتبرنا من يقول: "هذا أبي" وكذلك من يقول: "هذا ابني" يقرّ على نفسه نسبا، واشترط لثبوت النسب أن يكون المقرّ له مجهول النسب متى صدّقه العقل أو العادة، ولكن ماذا يقصد المشرّع الجزائري عندما ذكر عبارة "ولو في مرض الموت"؟ هل يظهر من نص المادة أنّ المقرّ هو الذي يكون في مرض الموت غالبا سواء كان الأب أو الأم، وليس الطفل مجهول النسب الذي يدعي أبوة شخص. وهذا يجعلنا نعتقد أنّ الذي يصدر الإقرار هو الأب فقط أو الأم. لكننا نعود لتساءل عن ما هو المقصود بالبنوة والأبوة والأمومة المذكورين في المادة السابقة، هل هو قول هذا ابني فقط أو قول كذلك هذا أبي وهذه أمي؟

بالرجوع إلى نص المادة 44 باللغة الفرنسية نجد شيئا مغايرا، بحيث نفهم أنّ المشرّع

أشار إلى الإقرار بالأبوة والأمومة فقط لأنّ الصيغة جاءت كما يلي:

"la reconnaissance de filiation, celles de paternité ou de maternité, même prononcées durant la maladie précédant la mort, établissent la filiation d'une l'admettent". personne d'ascendants inconnus pour que la raison ou la coutume

أي أنّ الصيغة التي كان يجب أن يكون عليها النص العربي هي كما يلي: "يثبت

النسب بالإقرار بالأبوة أو بالأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة"، بهذه الصيغة لن يحدث الخلط الذي يثور باللغة العربية، ونفهم بالتالي أنّ المقرّ إمّا أن يكون أبا أو أمّا. والذي يفهم بوضوح أكثر في النص الفرنسي هو أنّ الأب المقرّ أو الأم المقرّة يُقبل إقرارهما ولو كانا في فراش الموت. وهذا الذي يؤكد ما ذهبنا إليه من أنّ المشرّع قصد الأب والأم فقط.

لكن بتعاملنا مع النص كما هو في المادة 44 يبقى الإشكال المطروح هو الحالة التي يدّعي فيها مجهول النسب بنوته من شخص معيّن، فهل يكفي اشتراط أن يكون هو مجهول النسب وأن يقبل هذا الإقرار العقل والعادة فقط؟ أم أنّ الأب المقرّ له ينبغي أن

يصدق ذلك الإقرار؟ خاصة وأنّ المشرّع الجزائري أشار في المادة 45 إلى أنّه ينبغي مصادقة المقر عليه لكن في غير البنوة والأبوة والأمومة، فبمفهوم المخالفة الإقرار بالبنوة (كقول أنا ابن فلان أو فلانة)، لا يحتاج إلى تصديق المقرّ عليه، وهذا غير مقبول، وهذا الذي يرحّج قصد المشرّع في الاعتراف بالإقرار بالأبوة والأمومة فقط كما هو واضح في النصّ الفرنسي. والذي يؤكد أكثر هذا هو نص المادة 40 باللغة العربية التي تعدّ الإقرار من بين وسائل ثبوت النسب، دون الإشارة إلى نوع أو صاحب الإقرار، لكن في المقابل النص الفرنسي في نفس المادة يذكر عبارة:

" La filiation est établie par....la reconnaissance de paternité "

أي الإقرار بالأبوة فقط. فلماذا هذا الخلط في النص العربي، وإذا كان الوارد فيه هو المقصود فلماذا كل تلك النقائص؟

من نتائج التعرض للتشريعات العربية في هذا الموضوع، الاستنتاج أنّها جميعها تعرّضت للفرق بين الإقرار بالبنوة والإقرار بالأبوة واشترطت فيمن يقول هذا أبي مصادقة هذا الأب والأبوين يكون إقراره صحيحا، وهذا ما جاء في المادة 70 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 135 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 94 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والمادة 173 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي وغيره. والمشرّع المغربي لم يشر إلى هذه النقطة لأنّه لم يجز إقرار غير الأب من الأصل، أمّا المشرّع الجزائري فلم يتعرّض لها على الإطلاق.

وحتى من شرح قانون الأسرة الجزائري من الكتاب لم يسيروا إلى هذا النقص²⁶، بل أشاروا فقط إلى أنّ إقرار غير الأب يحتاج إلى مصادقته واستندوا في ذلك إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي وليس إلى قانون الأسرة²⁷.

النقطة الثانية التي غفل عنها المشرّع الجزائري وكذلك المشرّع السوري والتونسي، وهي ضرورة مصادقة المقر له وهو مجهول النسب إذا كان عاقلا راشدا. فالمشرّع المغربي أشار إليها في المادة 160، والمشرّع الإماراتي في المادة 92، والمشرّع الكويتي في المادة 173. النقطة الثالثة، والتي غفل عنها كذلك المشرّع الجزائري، هي ضرورة مصادقة الزوج إذا كانت المقرّة بالبنوة أمّا متزوجة أو معتدة، وهذا ما نصّ عليه المشرّع السوري في المادة 2/134، وكذلك فعل المشرّع الإماراتي في المادة 93 من قانون الأحوال الشخصية،

واشترط المشرع الكويتي ألا تكون الأم المقرّة بالبنوة متزوجة أو معتدة لكي يُقبل إقرارها وهذا ما جاء في المادة 174. أما المشرع المغربي فلم يعترف إلا بإقرار الأب وهذا ما جاء في المادة 161 من مدونة الأسرة، وكذلك فعل المشرع التونسي. لكن المشرع المغربي أشار إلى انتساب الولد غير الشرعي لأمه وشروط ذلك في مواد مستقلة عن الإقرار بالنسب.

أما النقطة الرابعة والأخيرة، فهي عدم تعرّض المشرع الجزائري إلى شرط ألا يكون الولد مجهول النسب من الزنا²⁸ كما فعل المشرع الإماراتي في المادة 92 بعبارة "ما لم يكن المقر له من الزنا"، والمشرع الكويتي، لكن بعبارة أخرى وهي "ما لم يقل أنه من الزنا". ونلاحظ الفرق بين المشرعين في العبارة، فكأنّ المشرع الإماراتي يفرض التحقق من شرعية الولد، أما المشرع الكويتي فيكتفي القاضي لثبوت النسب بعدم ذكر المقرّ أنّ الولد من الزنا. أما المشرع الجزائري فلم يتعرض لهذه النقطة على الإطلاق. وترك الواقع العملي للقضاة بين من ينفي ثبوت النسب إذا تبين له أنّه من الزنا ومن يثبتته دون شروط مكثفين بالشروط الواردة في نص القانون.

نخلص في الأخير إلى أنّ المشرع الجزائري لم يبرز قضايا عديدة ومهمة في الإقرار بالنسب، نصّ عليها أقرانه من المشرعين، تتمثل عموما في ضرورة التفريق بين الأبوة والبنوة بتوضيح شروط كل منهما، وبالنصّ على ضرورة تصديق الأب في حالة إقرار الابن مجهول النسب، وتصديق الابن مجهول النسب، في حالة إقرار الأب، إذا كان راشداً، والنصّ كذلك على مصادقة الزوج إذا كان المقرّ بنسب الولد إليه زوجته.

إنّ هذه المواضيع المفتقدة في قانون الأسرة الجزائري يرجع فيها القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 منه، لكن الأولى تقنينها كما فعل باقي المشرعين العرب، والابتعاد عن الإيجاز المفرط الذي ينتهجه المشرع الجزائري، خلافا لباقي المشرعين، مع مختلف أحكام قانون الأسرة والذي كثيرا ما يؤدي إلى الغموض والذي يؤدي بدوره إلى تضارب اجتهادات المحكمة العليا. لقد آن الأوان لسدّ الثغرات الموجودة في قانون الأسرة وتوحيد الصياغة القانونية باللغتين، أو الاعتماد على لغة واحدة وهي الرسمية طبعا، لأنّ الذي يعتمد على النص العربي يقول أنها اللغة الرسمية، والذي

يعتمد على النص الفرنسي يقول أنّ المشرّع الجزائري كان يفكر باللغة الفرنسية وهو يقنّن، وهذا ليس عذرا قانونيا رغم أنّه حقيقة في الكثير من القوانين الجزائرية.

الهوامش

- 1- الإمام الرازي، الصحاح، منجد عربي عربي، ترتيب محمود خاطر، ط2، دار الحدائق، بيروت، 1983، ص 417.
- 2- شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت.ن، ص 308.
- 3- الآية 81 من سورة آل عمران.
- 4- حمد بن عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، المجلد الخامس، 1418هـ، ص 215.
- 5- أبو عبد الله محمد الخرشبي، شرح على المختصر الجليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل، الجزء الرابع، مطبعة محمد أفندي مصطفى، د.ت.ن، ص 321؛ الشيخ محمد الأمير الكبير، الإكليل شرح مختصر خليل، صححه وعلّق حواشيه أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري، مكتبة القاهرة، مصر، ص 332 في الهامش رقم 1.
- 6- شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مرجع سابق، ص 334.
- 7- أشرف عبد الرازق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 65.
- 8- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء العاشر، الطبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 222.
- 9- أبو عبد الله محمد الخرشبي، مرجع سابق، ص 336.
- 10- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود بن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993، ص 446.
- 11- أبو عبد الله محمد الخرشبي، مرجع سابق، ص 336.
- 12- محمد علي محجوب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تحكمها في مصر، شركة ناس للطباعة، ص 255.
- 13- حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء، دار الآفاق العربية، ط1، القاهرة، 2001، ص 377.
- 14- محمد علي محجوب، مرجع سابق، ص 262.
- 15- ارجع في شروط النسب إلى كل من: الخرشبي، المرجع السابق، ص 337؛ الكاساني، المرجع السابق، ص 222؛ الشريبي، المرجع السابق، ص 334؛ حسن حسانين، المرجع السابق، ص 337 و338؛ محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 256 ما يليها؛ محمود محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة

- السعادة، 1979، ص 416 وما يليها؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 198.
- 16- قانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة، نقلا عن محمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مجموعة النصوص القانونية، العدد 11، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص 47 إلى 49.
- 17- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975، نقلا عن محمد إبراهيم الكوفي، قانون الأحوال الشخصية ومذكرته الإيضاحية ومختارات من اجتهادات محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، د.د.ن، 2006.
- 18- وهي المواد 134، 135 و136 من المرجع نفسه، ص 48.
- 19- لم يفصل المشرع الجزائري بين المفاهيم الثلاثة وهذا ما أدى إلى الخلط الذي سنشير إليه لاحقا.
- 20- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي
<http://maktabtmepi.org/sites/default/files/resources/arabic/Emirati%20Family%20Code.pdf>
- 21- مجلة الأحوال الشخصية محينة، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2008، ص 16.
- 22- ينظم المشرع التونسي التني بالقانون رقم 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتني، المنقح بالقانون رقم 69 لسنة 1969 المؤرخ في 19 جوان 1959، من الفصل 8 إلى الفصل 18، نقلا عن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق ص 86 و87.
- 23- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 1984/51،
<http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?opt&country=1&LawID=1018>
- 24- مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996، 29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007، وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، الطبعة الأولى، وزارة العدل، 2011، ص 188 و189.
- 25- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن تقنين الأسرة المعدل بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005، ج ر رقم 43 المؤرخة في 22/06/2005.
- 26- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 1996، ص 215.
- 27- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 198.
- 28- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة 2، دار هومه، 2009، ص 104.

آليات التعديل الدستوري في النظام الجزائري*

Dr. LOUCHEN Dallal
Faculté de Droit Université de Batna

د. لوشن دلال
كلية الحقوق جامعة باتنة

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان كيفية تعديل الدستور في النظام الجزائري، ومدى فعاليتها في حماية الإرادة التأسيسية للشعب من محاولات القوى السياسية الحاكمة لتوجيه الأحكام الدستورية العامة لخدمة مصالحها وإقصاء منافسيها. خاصة أنّ المؤسس اقترح إجراءات مختلفة للمراجعة منها ما يسمح للشعب بإدلاء رأيه مباشرة، ومنها ما يترك الأمر لممثليه المنتخبين: رئيس الجمهورية والبرلمان.

إلا أنّ درجة الحماية التي افترضها المؤسس للدستور وإن كانت تعتمد بالدرجة الأولى على الالتزام الشخصي لمؤسسات الدولة باحترام حرية اختيار الشعب، ووعي الناخبين بالآثار القانونية للنصوص محل الاستفتاء، فإنّها قد تسمح بتعديل الأحكام الدستورية بشكل غير مباشر خلال تطبيقها، لذا حاول المؤسس تدعيم تلك الإجراءات بتدابير قانونية على مختلف المستويات.

الكلمات المفتاحية

تعديل الدستور. رئيس الجمهورية. البرلمان. المجلس الدستوري. الإرادة الشعبية. الإستفتاء. السلطة.

Constitutional amendment mechanisms in Algeria

Abstract

This research aims at studying the constitutional amendment mechanisms in Algeria, and its effectiveness in protecting the popular choice from any manipulation of the ruling political forces who may direct the general constitutional provisions to serve their interests and exclude competitors. For this, the proposed constituting different procedures to revise the constitution, or by appealing the people or their representatives.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/03/22 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/06/09 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

However, the degree of protection depends on the personal respect of state institutions to protect the choice of the people, in addition of popular awareness of the legal consequences of voters texts set for referendum so it may allow amendment of the constitutional provisions indirectly through its application. The constituent tried to strengthen those procedures with legal measures at various levels.

Keywords

constitutional amendment, president of republic, parliament, constitutionnel council, choice of people, referendum, constituent power.

Résumé

Cette recherche a pour but l'étude des mécanismes d'amendement constitutionnel en Algérie, et son efficacité à protéger la volonté constituante populaire contre toute tentative de manipulation. Pour cela, le constituant a proposé des procédures différentes pour réviser la constitution, soit en faisant appel au peuple, soit à ses représentants.

Mais, le degré de protection qui dépend du respect personnel des institutions étatiques, de la volonté du peuple et de la conscience populaire se réalise pleinement grâce aux procédures de renforcement créées par le constituant pour faire face à toute dérogation d'explication ou d'application.

Mots clés

Révision constitutionnelle, Président de la République, Parlement, Conseil constitutionnel, volonté populaire, référendum, pouvoir constituant.

مقدمة

يعدّ الدستور حدًا لسيادة الحكام لأنّه يبيّن حقوق الشعب، فهو بمثابة عقد بين صاحب السيادة ومن سيمثّله حول كفاءات الحكم وحدود السلطة. لذا يفترض فيه الثبات. لكن قد تحدث تغييرات تحتية تحتمّ تعديله. فلطالما ارتبطت التعديلات الدستورية بمتغيرات اجتماعية سياسية أو اقتصادية، وتكون طريقًا لتفادي إلغاء الدستور من خلال محاولة تكييفه مع المعطيات الحالية متى أصبحت بعض أحكامه غير متماشية مع تطلّعات الشعب أو آليات عمل الدولة.

لكن قد يحدث أن تحاول الأحزاب الحاكمة اللجوء لتعديل الدستور في سبيل إحكام سيطرتها على النظام وضمان بقائها في السلطة. لذا كان لا بد من حماية الوثيقة الدستورية من القوى السياسية الحاكمة التي قد تسيء استعمال سلطتها وذلك من خلال

تشديد إجراءات العملية التأسيسية لوضع أو مراجعة الدستور باعتباره أسى قانون في الدولة.

لهذا، استقرّ في أغلب الأنظمة تدرج موضوعي وشكلي إجرائي في النظام القانوني وعلى رأسه الدستور نظراً لقيمته الموضوعية. فلا يمكن أن يعدّل الدستور غير السلطة التأسيسية الأصلية وهو الشعب أو من ارتضاه لهذه المهمة. ولا يعدّل الدستور إلاّ وفقاً لما قرّره الشعب في الوثيقة نفسها. وبما أنّه أسى القوانين، فإنّ طريقة تعديله تختلف عن إجراءات وضع القوانين في الدولة، ولا تختص السلطة التشريعية منفردة بذلك. بل يؤسّس الدستور سلطة تأسيسية مشتقة تضطلع بهذه المهمة وفقاً لإجراءات خاصة يضمن الشعب من خلالها عدم تشويه إرادته.

في النظام السياسي الجزائري، كانت التعديلات الدستورية والتشريعية المتعلقة بالانتخاب والأحزاب تصاحب الدورات الانتخابية، أزمات أو شبه أزمات تنتهي بتعديلات وانتخابات مما يعني أنّها تستهدف مباشرة الرأي العام، وبالنتيجة تغيير أو إعادة هيكلة للقوى السياسية. فمنذ 1962، عرف النظام ثلاثة دساتير: 1963، 1976، 1989. هذا الأخير الذي جسّد إرادة الشعب في تأسيس نظام تعددي يعتمد على آليات المشاركة السياسية للمواطنين.

لكن، ونظراً للظروف التي مرت بها البلاد، فقد تمت مراجعته ثلاث مرات بكيفيات مختلفة: 2002، 2008، 1996. هذا إلى جانب التعديلات التي مسّت القوانين العضوية باعتبارها دستورا وفقاً للمعيار الموضوعي. بهذا أصبحت ملامح النظام الدستوري الحالي شديدة الاختلاف عن ما تم تأسيسه في 1989. مما يعني أنّ هذه التعديلات قد أثّرت على الاتجاه التأسيسي العام.

مشكلة الدراسة

الأمر لا يكون بهذه الخطورة إن تمّ التعديل في إطار احترام إرادة الشعب وتجسيدها لمطالبه. لكنّه قد يطرح إشكالا إن كان لتحقيق أهداف لا تخدم الصالح العام. وهذه المشكلة توحى بعدة تساؤلات، لكن يفترض أنّ تشديد الإجراءات واستشارة الشعب تؤكّد نظرياً موضوعية التعديل واستقلاله عن البرامج الذاتية للقوى السياسية. فباعتبار أنّ كل

مراجعة تمسّ بروح الدستور كان لا بد من وضع قيود فعّالة على إرادة السلطة التأسيسية الفرعية في تغيير مواده، فهل تحقّق هذه الإجراءات الخاصة بحماية كافية للإرادة التأسيسية للشعب وتحافظ على الاتجاه العام لها؟

يبدو أنّ المؤسّس الجزائري اعتنى بتشديد إجراءات التعديل، واقترح أكثر من كيفية على السلطة التأسيسية الفرعية وذلك لتفادي أية ممارسات تخرج عن الإطار العام للدستور. I- واستكمالاً لهذه الحماية، قرّر آليات تسمح بضمان عمل حكومي رسمي موحد للأحكام الدستورية تفادياً للانحرافات التفسيرية والمساس بروح الدستور. لكن فعاليتها تبقى رهنا على إدراك الشعب لتبعات اختياره. II-

الهدف من البحث

-دراسة آليات تعديل الدستور الجزائري وجهود المؤسّس في حماية السلطة التأسيسية للشعب.

-إستعراض الكيفيات غير الرسمية لتعديل أحكام الدستور من الناحية العملية.

-دراسة مجموع الضمانات القانونية التي تحول دون التعديلات الضمنية للدستور.

منهج البحث

البحث حول آليات تعديل الدستور إجرائي بالدرجة الأولى وهو ما يتناسب مع المنهج التحليلي. كما تطلّبت الدراسة الاعتماد على النصوص القانونية والقرارات أكثر من المصادر الفقهية. ولتفسيرها انتهجنا طريقة التحليل النسقي المعمول بها في اتفاقية فيينا للمعاهدات 1969 لتفادي أية تناقضات قد تنشأ من تفسير كل مادة أو حالة على حدى.

I/كيفيات تعديل الدستور الجزائري

تمر عملية التعديل بمراحل ثلاث: المبادرة بالتعديل أو اقتراحه، إعداد النص وإقراره¹. تضطلع بها السلطة التأسيسية المشتقة التي ينص عليها الدستور وجوباً²، فهي إما الهيئة التنفيذية أو التشريعية أو هما معا أو أحدهما أو كلاهما إلى جانب الشعب. وعموما فإنّ آليات إسناد هذه السلطة ليست إلّا انعكاسا لمضمون النظام السياسي فالدستور الفرنسي لعام 1791 مثلا كان من صنع الجمعية لذا كانت لها الهيمنة على عملية التعديل³، كما نجد سيطرة واضحة لرئيس الجمهورية على المبادرة بالتعديل وكل

الإجراءات اللاحقة في الدستور الجزائري وهذا لما له من مكانة بارزة في التوزيع الوظيفي للسلطات.

على أساس هذه الفكرة، يقترح المؤسس الدستوري الجزائري ثلاث طرق لتعديل الدستور ولا بد أن الاختيار بينها سيعود إلى الظروف⁴. فالإستفتاء هو المبدأ العام للمراجعة التي يبادر بها رئيس الجمهورية ويصوّت عليها البرلمان-1- إلا أنه قد يعدّل الدستور دون عرض النص على الشعب متى كان رأي المجلس الدستوري إيجابيا-2- كما منح المؤسس حق المبادرة للبرلمان مع إخضاعه لقيود متعددة-3- ونظرا للطبيعة الخاصة للنظام السياسي الجزائري، فقد طوّرت الممارسة آلية أخرى تستند إلى نصوص الدستور رغم أنها لم ترد صراحة في الباب المتعلق بالتعديل-4-

1/ التوافق بين رئيس الجمهورية، البرلمان والشعب

تسمح الكيفية الأولى باتخاذ قرار مشترك بتعديل الدستور، وتفترض حدوث توافق بين إرادة: رئيس الجمهورية، البرلمان والشعب. فهي تحقّق ديمقراطية مشاركة واسعة لأنها تسمح في المراحل الأولى بدراسة تقنية ومتأنيّة للنص من طرف الممثلين، ثم تعيد القرار للشعب كسلطة تأسيسية ليبتّ في مدى شرعية التعديل. إلا أن هذا لا يعني أنها خالية من أي نقد فخلال هذه الإجراءات قد يتم استبعاد مؤسسات بشكل مباشر أو غير مباشر ويبقى القرار حكرا على صاحب المشروع. إذ تحقّق هذه المراحل هيمنة واضحة لرئيس الجمهورية في اتخاذ القرار إلا إذا رفضه الشعب صراحة وفقا لما يأتي:

أ- المبادرة بالتعديل: يملك رئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري دون

أية استشارة.

ب- إعداد النص: يعرضه رئيس الجمهورية على المجلس الشعبي الوطني ومجلس

الأمة اللذان يصوّتان عليه بنفس الصيغة وحسب الشروط نفسها التي تطبّق على نص تشريعي. وهو ما يعتبر سلاحا في يد الحكومة لاستبعاد التعديلات البرلمانية المحتملة على النص⁴ لأنّ إجراءات وضع القانون تؤديّ إلى سيطرة شبه كاملة لرئيس الجمهورية والحكومة من خلال:

*الأغلبية المشددة التي يشترطها المؤسس في المادة 120 لإقرار النص من طرف مجلس الأمة: وذلك بسبب الثلث الذي يعينه رئيس الجمهورية. مما يؤثر كثيرا على نتيجة تصويت الغرفة الأولى خاصة إن حدث اختلاف بينهما، فيعيق بالتالي هذه الإجراءات بل ويسمح لأقلية من الشعب تمثلها أقلية من الممثلين بالتحكم بأغلبية الشعب الممثلة في المجلس الشعبي الوطني.

*نظام التصويت: يخضع نظام المناقشة والتصويت لإرادة الحكومة بموجب القانون العضوي رقم 02/99 والنظاميين الداخليين للغرفتين. وغالبا ما يكون للبرلمان اختياران: إما أن يقبل المشروع برمته أو أن يرفضه⁵. والاختيار الأخير ضعيف الاحتمال.

*النظام القانوني للتعديلات والذي يسمح بهيمنة الحكومة على عمل المجلس الشعبي الوطني بشكل يحول دون إمكانية تعديل النص وفقا لما ورد في القانون 02/99 والنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، فلا تعرض التعديلات غير الحكومية إلا إذا رفض تعديل الحكومة. لكن إمكانية رفضه ضئيلة نظرا لتحكم الوزارة سياسيا وقانونيا بآليات التصويت. بهذا تضمن الحكومة الأخذ بنص المراجعة دون إجراء تعديلات برلمانية عليه.

*اللجنة متساوية الأعضاء.

لا تتناول هذه اللجنة إلا الأحكام التي صوت عليها المجلس الشعبي الوطني ولم تحصل على ثلاثة أرباع أصوات أعضاء مجلس الأمة أو إذا رفض النص كاملا من طرف المجلس الثاني حسب المادة 94 من القانون 02/99.

فالحكومة تتدخل عندما يقر المجلس الأول النص ولا يحصل على أصوات ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة كاملا أو في بعض أحكامه وذلك من خلال عدم إمكانية تعديل النص إلا بموافقتها. مما يضمن عدم تعديل المشروع إلا بما يتماشى مع إرادتها. فيقصي نسبيا تأثير النواب عليه، ولا تمرر تعديلات النواب إلا إذا كانت متماشية مع مقاصد مبادرة رئيس الجمهورية.

في النهاية إذا، يفترض أن يخرج نص المبادرة كما كان من هذه المرحلة، وتقل نسبة افتراض رفض البرلمان نظرا لتبعية المؤسسة للحكومة ورئيس الجمهورية⁶.

ج- إقرار النص وإصداره.

يعرض رئيس الجمهورية التعديل على استفتاء الشعب خلال 50 يوما الموالية لإقراره. وهنا لا يملك رئيس الجمهورية إمكانية لوقف الإجراء، كما أنّ ذلك غير متوقع فهو صاحب المشروع. إلا أنّ الفقه الفرنسي يرى أنه جائز من الناحية القانونية لأنّ رئيس الجمهورية يملك سلطة تقديرية، وهو ما حدث مرتين في التجربة الفرنسية في 1974، 1973، مما دعا مورييس ديفرجيه إلى اقتراح منع هذا التصرف دستوريا⁷.

ويكون الاستفتاء وفقا للمراحل التالية:

- عرض المشروع على الشعب: يستدعى الناخبون خمسة وأربعون يوما قبل تاريخ الاستفتاء بموجب مرسوم رئاسي يتضمّن النص المقترح حسب المادة 146 من قانون الانتخاب الجزائري⁸.

- إقرار مشروع الإستفتاء من طرف الشعب: يعلن المجلس الدستوري النتائج النهائية في مدة أقصاها 10 أيام من تاريخ تسلّمه محاضر اللجان الانتخابية وفقا للمادة 148 من قانون الانتخاب.

إلا أنّ المؤسس لم يحدّد شروطا معينة لصحة الاستفتاء على عكس التشريعات المقارنة التي تتطلب مثلا وضوح النص الذي يعرض على الشعب، أو توافر نسبة مشاركة 50% من الناخبين، أو التصويت لصالح الاقتراح بنسبة 50% من المقترعين⁹.

- يصدر رئيس الجمهورية التعديل الدستوري الذي صادق عليه الشعب، أما إذا رفضه فإنّه يصبح لاغيا ولا يمكن عرضه من جديد على الشعب خلال الفترة التشريعية.

هنا لا يتبادر السؤال حول احتمال عدم إصداره من طرف رئيس الجمهورية. فإذا كان هو صاحب القرار في اللجوء للإجراء، لا يفترض أن يمتنع عن استكمال إجراءاته بإصدار القانون. لكن هذه الاستنتاجات تبقى نظرية لأنّه لم يسبق الاعتماد على هذه الكيفية لتعديل الدستور.

2/ تدخل المجلس الدستوري كحام للإرادة التأسيسية للشعب

نصت المادة 176 على هذه الكيفية، ويبدو واضحاً أنّها تفترض توافقاً بين هئئتين تمثيئتين وتدخلاً تقنياً لسلطة رقابية. لكن هذا التوافق يخضع لشروط موضوعية وإجرائية:

أ-المبادرة: لم يحدّد المؤسس صراحة مصدر المبادرة إلا أنّ الأحكام تشير إلى اقتصار الإجراء على نص رئيس الجمهورية لأئها تلي مباشرة مجموع المواد التي تنظم المبادرة الرئاسية وتسبق المادة المتعلقة بالمبادرة البرلمانية، كما أنّ اشتراط عرضها على البرلمان للمصادقة عليه يعني أنّه ليس من مصدر برلماني.

ب-إعداد النص. تختلف هذه المرحلة عن الكيفية الأولى لأئها لا تسمح بتغيير النص بل فقط بإبداء رأي حوله يتعلق بمدى توافر شروط موضوعية تسمح باللجوء إليها. إذ يبدي المجلس الدستوري ويعلّل رأيه بأنّ مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة: -المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري.

-حقوق الإنسان والمواطن وحرياتهما.

-لا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية¹⁰.

لأنّ ذلك ليس من شأن الهيئات التمثيلية أن تقرّر في هذه المواضيع، وتبقى السلطة في هذا للشعب. وقد أخذ المجلس الدستوري بتفسير ضيقّ للحالة الأخيرة إذ اعتبر تعديل 2008 لا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية لأنه "لا يمسّ البتة الآليات الدستورية التي يتمحور حولها تنظيم العلاقات بين السلطتين التنفيذية والتشريعية..."¹¹، لكن في الحقيقة كل تعديل يقع على مواد الدستور يؤثّر على روحه ويمس بشكل أو بآخر بأحد المبادئ الثلاث.

ج/ إقرار النص وإصداره

متى كان رأي المجلس إيجابياً، يعرضه رئيس الجمهورية على غرفتي البرلمان اللتان تصوّتان عليه بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات أعضائهما. ففي هذه الحالة ينوب البرلمان عن الشعب، ويؤدي التفسير العام للمادة أنّه لا يتم التصويت وفقاً للإجراءات التشريعية فلا يحق للنواب التعديل والمناقشة، بل تكون العملية أقرب إلى التصويت دون مناقشة.

بمصادقة البرلمان، يمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمّن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي متى أحرز الأغلبية المنصوص عليها.

لكن في حالة رفض البرلمان، هل يمكن عرض المشروع على الشعب؟ يمنع الدستور الفرنسي ذلك ضمنا من خلال نص الفقرة 3 من المادة 89 إذ لا يعرض النص على الشعب إذا قرّر رئيس الجمهورية استدعاء غرفتي البرلمان مجتمعين لدراسته¹² لكن المجلس الدستوري الجزائري ارتأى غير ذلك إذ لا يستثني اللجوء للإجراء إمكانية استفتاء الشعب إذا لم يحرز القانون ثلاثة أرباع أصوات غرفتي البرلمان¹³.

كانت هذه الكيفية أساس تعديلين دستوريين: 2002، 2008 أين توصّل المجلس الدستوري لرأي إيجابي وحاول من خلاله بيان المعنى العام للنصوص المقترحة وتعليل موقفه من خلال اعتبارات قانونية، سياسية وتاريخية¹⁴ فهذه الطريقة، رغم أنّها تقصي الشعب من المشاركة المباشرة في اتخاذ القرار، إلا أنّها تسمح بدراسة تقنية للنص خاصة مع شرط تعليل رأي المجلس الدستوري الذي يعدّ ملزما. أما إذا كان رأي المجلس الدستوري سلبيا، فهذا لا يعني أنّ المشروع غير شرعي، بل أنّه يمس أحد المبادئ الثلاث، وبالتالي يتوجّب عرضه على الشعب، صاحب السلطة الأصلي.

مما يؤكّد أنّ هذه الكيفية تعدّ استثناء للقاعدة العامة وهي الاستفتاء، وهي مقيدة بشروط، فيلجأ إليها رئيس الجمهورية متى كان التعديل لا يمس بأهم المبادئ في الدستور، كما أنّه، لا يملك سلطة تقديرية في هذا الإجراء وهو ما يبرّر تشديد الأغلبية البرلمانية للتصويت عليه، وضرورة تعليل رأي المجلس الدستوري.

3/ مبادرة برلمانية بهيمنة رئاسية

تنص المادة 177 على أنّه: "يمكن ثلاثة أرباع أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، أن يبادروا باقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية الذي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي. ويصدره في حالة الموافقة عليه".

أ-المرحلة الأولى تتمثّل في مبادرة ثلاثة أرباع أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، ورغم أنّ القانون سمح لرئيس مجلس الأمة باستدعاء البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين

معاً¹⁵ بهذا خلّص المؤسسة من تحكم رئيس الجمهورية. فإنّ هذه الكيفية لا تنفك تطرح إشكالات عملية أخرى خاصة فيما يتعلّق بالأغلبية المشدّدة نظراً لأنّه يصعب تحقيقها في برلمان متشكّل من غرفة ناتجة عن تمثيل نسبي سمح لأحزاب كثيرة بالوصول، وغرفة أخرى ثلثها عيّنه رئيس الجمهورية والثلثان منتخبان من بين ومن طرف أعضاء المجالس المحلية التي كان تمثيلها نسبياً أيضاً. كل هذه الاتجاهات السياسية تعجز عن إحداث توافق سياسي لوضع تعديل دستوري برلماني. إذ يمكن لمجلس الأمة أن يوقف مجرى التعديلات، وهذا ما جعل بعض الفقه يستنكر لهذا الحق باعتبار أقلية من الشعب تعرقل إرادة الأغلبية¹⁶.

فالمشكلة أنّه قد تجتمع هذه الأغلبية لمساندة برنامج رئيس الجمهورية على أساس أنّ التوافق يجد مصدره في الحكومة التي تلم شمل الأحزاب المؤتلفة ويؤكّده الثلث الرئاسي في مجلس الأمة. لكن إن كان الأمر يتعلق بمواجهة رئيس الجمهورية (وهو الحال هنا) فإنّه يصعب ذلك قانونياً وسياسياً.

إلا أنّه، يكون لهذا التشديد مزايا خاصة لحماية الدستور من التنافس الحزبي ومحاولات توجيهه لضمان سيطرة الأحزاب الحاكمة. فمثلاً في 1875 بفرنسا، أُجري التصويت على قانون تعديل دستوري فأحرز 353 صوتاً مقابل 352 "فقامت الجمهورية بأغلبية صوت واحد"¹⁷ مما يعني أنّ فكرة الأغلبية المطلقة ليست دائماً معبّرة عن الإرادة العامة، وتكون الأغلبيات المشدّدة أكثر تعبيراً.

ب-مرحلة الإعداد والإقرار والإصدار: لم ينص الدستور صراحة على إمكانية تعديل النص من طرف رئيس الجمهورية، إلا أنّه منحه سلطة مطلقة في عرضه على الشعب. فقد يمتنع عن المضي في الإجراءات وبالتالي تعدم المبادرة. وهنا لا يمكن أن نتكلم عن التوافق بين الإرادتين على عكس الدستور الفرنسي فيما أن يحصل توافق بين السلطة التنفيذية والتشريعية دون الاحتكام إلى الشعب أو أن تضطلع السلطة التشريعية بذلك وتعرضه على الشعب في حالة عدم الاتفاق مع الحكومة¹⁸.

فيجوز لرئيس الجمهورية في الجزائر أن يرفض اقتراح التعديل البرلماني لأنّه وحده من يملك حق التعديل أما البرلمانيون فليس لهم سوى الاقتراح¹⁹ على عكس رئيس

الجمهورية الفرنسي لا يملك حق النقض ولا يحق له شلّ تعديل الدستور، إلا أنه قد يتحكّم في الإجراء من خلال رفضه استدعاء البرلمان كما حدث مرارا في التجربة الفرنسية في 1973، 1974، 2000²⁰.

لكن إذا أقرّ الشعب النص فإنّ رئيس الجمهورية لا يملك السلطة التقديرية وهو ملزم بإصداره²¹. وهذه الكيفية أيضا لم تكن أساسا لأي تعديل دستوري في الجزائر نظرا لصعوبة الإجراءات التي تؤدي إلى إقصاء المبادرة البرلمانية عمليا.

4/ اللجوء للمادة 07 من الدستور الجزائري

في 1962، تمت مراجعة المواد 6، 7 من الدستور الفرنسي لتعديل طريقة اختيار رئيس الجمهورية وذلك بالاستناد للمادة 11 التي تسمح لرئيس الجمهورية باللجوء إلى إرادة الشعب وليس على المادة 89 التي تنص على إجراءات التعديل الدستوري مما دعا المؤسسات المختصة إلى عرضها على المجلس الدستوري باعتبار الإجراء غير دستوري إذ أنّ النص الصريح على آليات تعديل الدستور يقصي إمكانية تعديله بالإرادة المنفردة لرئيس الجمهورية عن طريق آلية الاستفتاء²². لكن هذا الأخير رفض بسط رقابته باعتبار أنّه مختص وفقا للدستور بمراقبة القوانين التي يصوّت عليها البرلمان وليس على ما يصوّت عليه الشعب لأنّ ذلك يعتبر التعبير المباشر عن سيادة الأمة²³.

خلافا لذلك، أكد أغلب الفقه الفرنسي عدم دستورية اللجوء للمادة 11 رغم أنّ أهم تعديل للدستور الفرنسي في الجمهورية الخامسة تم إجراؤه استنادا لها²⁴. إذ استقر على الأخذ بمعناها الضيق الذي لا يشير مطلقا للمادة 89 من الدستور الفرنسي والمتعلقة بالتعديل الدستوري²⁵.

أما المادة 7 من دستور الجزائر فهي تختلف عما ورد في الدستور الفرنسي لأنّها تنص على السلطة التأسيسية للشعب²⁶، كما أنّها لم تحدّد قائمة بالمواضيع التي يحق لرئيس الجمهورية استفتاء الشعب فيها مما يسمح بأن تكون المادة أساسا لمشروع تعديل دستوري وفقا لإجراءات مختلفة عن تلك المقرّرة في المواد 174، 175، 176، 177 من دستور الجزائر. ذلك ما يؤكده نص المادة 7: "...لرئيس الجمهورية أن يلتجئ إلى إرادة الشعب مباشرة". وتدعمه المادة 70: "...وهو (رئيس الجمهورية) حامي الدستور... له أن

يخاطب الأمة مباشرة... "فنية المؤسس تنصرف إلى منح رئيس الجمهورية إمكانية لتخطي كل الهيئات وكل الإجراءات المشترطة للقيام بتعديل الدستور واللجوء مباشرة لإرادة الشعب. بل، ولأنّ هذه الأحكام تعطي لرئيس الجمهورية شرعية قانونية تسمح له بمخاطبة الشعب مباشرة فإنّها كانت سندا حتى لتأسيس دستور جديد في 1989.

التأسيس الدستوري في 1989 والتعديل الدستوري في 1996.

إعتمد رئيس الجمهورية الكيفية مرتان، لوضع نص جديد اعتمادا على دستور 1976، ولتعديل الدستور القائم في 1996. إذ استند على المادة 05 من دستور 1976 ليبادر بدستور جديد، وعلى المادة 07 من دستور 1989 لتعديل 1996²⁷. واللّتان تنصان على أنّ السيادة الوطنية ملك للشعب، يمارسها عن طريق الاستفتاء. وحتى أنّه تمت إضافة فقرة في المادة 07 تنص على أنّه يمكن لرئيس الجمهورية أن يلتجئ إلى إرادة الشعب مباشرة وهذا دون تدخل من أية مؤسسة، بهذا لم يعد من نقاش حول مشروعية هذا الإجراء.

بهذا يبدو أنّ الدستور الجزائري اعتبر الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصلية والفرعية، يضع الدستور ويعدّله فهو يمارس سيادته مباشرة عن طريق الاستفتاء أو بشكل غير مباشر عن طريق ممثليه المنتخبين. وإن كانت تمنح هيمنة لرئيس الجمهورية من حيث المبادرة فإنّها تضع شروطا لاختيار الإجراء، كما تسمح ولو نظريا بدراسة متأنية للنص مما يحول دون تشويه الإرادة التأسيسية العامة. إلا أنّ الدستور، وبما أنّه يحوي قواعد عامة تحتاج إلى تفصيل وتفسير حول كيفيات تطبيقها، يبقى عرضة لمحاولات تعديل غير رسمية قد تؤثر كثيرا على النظام الدستوري، وهو ما دعا المؤسس إلى تدعيم الإجراءات المتعلقة بالمراجعة بتدابير واسعة النطاق تضمن حماية روح الدستور من أية تفسيرات انحرافية.

II / دعامات الجمود النسبي للدستور

حتى في الدول الأكثر تقدما يصعب على الشعب تتبع الاتجاهات الإصلاحية الدستورية لما تستوجبه من تخصص قانوني²⁸. لذا لا يكفي عرض النص على الشعب ليكون شرعيا. لأنّ قواعد المشروعية الإجرائية تحتاج إلى دعامات موضوعية تحمي روح

الدستور من التغيير. فقد يحصل اتفاق بين القوى السياسية على توجيه القانون لخدمة برامجها، لذا يفترض أن يخلق المؤسس آليات وقائية وعلاجية تحول دون انحراف عن الإرادة التأسيسية العامة.

لذا فإن المؤسس في مرحلة أولى، حاول بناء حظر زمني وموضوعي ليحول دون أي تعديل جذري قد يفقد النظام الدستوري ملامحه الأساسية أو يمس بهوية الشعب ورموز الجمهورية. 1- كما أنه وتفاديا لأية تفسيرات أو ممارسات قد تحدث تغييرا على المعنى العام للدستور فرض رقابة متعددة المستويات تمارسها مؤسسات بشكل مباشر أو غير مباشر. 2-

1/ الحظر الموضوعي والزمني

تفاديا لتشويه الإرادة التأسيسية للشعب، منع المؤسس مراجعة الدستور بشكل يمس بمواضيع محدّدة على سبيل الحصر وهو حظر مطلق لا يخضع لأي استثناء. أ- ونظرا لأنّ هذه العملية التي تضطلع بها مؤسسات دستورية معينة على أساس تمثيلي بالدرجة الأولى، فإنّه لا يمكن إجراؤها إذا ما غاب شرط الاختيار الشعبي للمعني، أو حدث ما قد يؤثّر على قرار المؤسسات العامة أو الشعب وهو الحظر الزمني. ب-

أ/ الحظر الموضوعي

في أغلب الدساتير، تكون المبادرة بالتعديل مقيّدة موضوعاً³⁰، فوجود قواعد محصّنة في الدستور يعدّ ضمانا لطبيعة النظام السياسي والدستوري³¹. إلّا أنّ كثيرا انتقدوا هذا المبدأ على أساس أنّ الجمود يطرح مشكلة إرادة الأجيال اللاحقة³²، لأنّه " من نقيض طبيعة الجسم الاجتماعي أن يفرض على نفسه قوانين لا يستطيع ردها"³³. ولكن ليس ضد الطبيعة ولا ضد العقل أن يرد قوانين بنفس الرسمية التي بها أقامها... وهو ما يسمى بمبدأ توازي الأشكال.

مما يعني أنّ هذه المواضيع المحظور تعديلها ليست في حدّ ذاتها مبادئ أسمى من الدستور بل إنّها تمثّل روحه، وإن عدّلت، انتهى النظام الدستوري القائم. وهنا لا تكفي إجراءات المراجعة ليكون العمل شرعيا لأنّ إلغاء الدستور لا يكون إلا بإجراءات تقابل إجراءات وضعه لا تعديله. فالأمر يتعلق هنا بتجديد التأسيس. وهو حال الطابع

الجمهوري للدولة مثلا، فإن أصبح النظام ملكيا لما بقي دستور الجمهورية صالحا لتسيير مؤسسات الدولة، وكان ضروريا وضع نص جديد.

فالمادة 178 من دستور الجزائر لا تحوي بطبيعتها أحكاما فوق دستورية، بل هي تجسد حدود سلطة المراجعة، وتبين في بعض أحكامها تلك التي لا يمكن تعديلها بموجب إجراءات قانونية. وبمعنى آخر أنه لا يمكن لهذه المؤسسة المشتقة أن تغير كل شيء، فبعض المواضيع تخرج بطبيعتها من الإطار القانوني كرموز الجمهورية التي تعتبر مكاسب تاريخية، وأدين الدولة. نميز، إذا، بين تلك التي تتعلق بالهوية الوطنية ورموز الثورة والجمهورية: الدين، اللغة، العلم والنشيد، والتي تتعلق بركائز النظام الدستوري: الطابع الجمهوري للدولة، التعددية الحزبية، الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، وما يتعلّق بأركان الدولة: سلامة التراب الوطني ووحدته. لذا نجد منها ما يتغير بتغير الدستور، ومنها ما يبقى ثابتا حتى ولو أسس دستور جديد. فالمادة 178 احتفظت بالصفة الجمهورية للحكم، دين الدولة، حريات الإنسان، سلامة التراب الوطني الواردة في المادة 195 من دستور 1976 الجزائري، لكن الاختيار الاشتراكي لم يعد مبدأ محصّنا، بل إنّه من أهم الأسباب التي كانت وراء إلغاء الدستور القديم³⁴.

تنص المادة 178 من دستور الجزائر على أنّه: "لا يمكن لأي تعديل دستوري أن

يمس:

-الطابع الجمهوري للدولة،

-النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية،

-الإسلام باعتباره دين الدولة،

-العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية،

-الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن،

-سلامة التراب الوطني ووحدته،

-العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة والجمهورية."

لكن هذه القائمة ليست مغلقة، أي يمكن تعديل المادة بالإضافة مادامت لا تمس

بالوضع القانوني لبقية المبادئ المذكورة في المادة، وهو ما حدث في تعديل 2008 أين

أضيفت الفقرة المتعلقة بالعلم والنشيد الوطنيين تجسيدا للتعديل الوارد في المادة 05 من الدستور. إذ ارتأى المجلس الدستوري أن هذا التعديل لا يخالف الدستور لعدة اعتبارات: "- اعتباراً أنّ تعديل المادة 05 وإضافة بند للمادة 178 من الدستور، يهدفان، على التوالي، إلى إقرار ضمن الدستور، ... باعتبارهما من رموز ثورة أول نوفمبر 1954 والجمهورية، وإدراجهما ضمن المواضيع التي لا يمكن أن يمسها أي تعديل دستوري، والمدرجة في المادة 178 من الدستور، - واعتباراً أنّ هذين الرمزین هما ملك لجميع الجزائريين، وإرث تتوارثه الأجيال السالفة، ويجب توريثه للأجيال القادمة. - واعتباراً أنّ التنصيص ضمن الدستور على هذه المميزات يهدف إلى ضمان حماية هذين الرمزین وتكريسهما كمعالم للأمة، - واعتباراً أنّ إدراج هذين الرمزین من رموز الثورة والجمهورية ضمن المادة 178 من الدستور يهدف إلى جعلهما غير قابلين للتغيير، وإضفاء طابع الديمومة عليهما، وضمان حفظهما على مر الأزمنة والأجيال، - واعتباراً أنّ إدراج هذه الرموز ضمن المادة 178 يعزّز جوهر هذه المادة ومغزاها، ولا يخلّ بالوضع الدستوري للمواضيع الأخرى المذكورة في هذه المادة"³⁵.

ب/ الحظر الزمني

غالبا ما تحظر الدساتير التعديل خلال الظروف الاستثنائية، لكن المؤسس الجزائري اتخذ في هذا اتجاهها خاصا إذ حظر تعديل الدستور بشكل صريح في حالة استخلاف رئيس الجمهورية، وبشكل ضمني في حالة الحرب:

*نص المادة 90 من الدستور الجزائري أنّه لا يمكن خلال فترتي 45 يوما المتعلقة بحصول المانع المؤقت و60 يوما المتعلقة بالشغور النهائي لرئاسة الجمهورية واستخلافه برئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الدستوري حسب الحالة، إجراء تعديل دستوري. وهذا لأسباب شرعية، لأنّ الشعب اختار رئيس الجمهورية بالذات ومنحه تلك السلطات التي تسمح له بمراجعة الدستور، لذا لا يمكن لغيره أن يقوم بهذا العمل. لأنّه لصيق

بالوظيفة التمثيلية لذا لا يجوز لرئيس الجمهورية حتى أن يفوض سلطته في اللجوء إلى الاستفتاء بنص المادة 87 من دستور الجزائر.

* حالة الحرب: تنص المادة 96 من دستور الجزائر أنه يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب. وعلى عكس ما استقر في الأذهان، لم يقرّر تعليق الدستور لمنح رئيس الجمهورية سلطة مطلقة في الحكم، لأنّه، يملكها بمجرد إعلان الحالة إذ يتولى جميع السلطات، بل إلى حماية الدستور في حدّ ذاته. مما يعني أنّ تعليقه يهدف إلى حظر تعديله خلال هذه الفترة.

ليكون هذا الحظر فعالاً ويؤدّي غرض الحماية، قرّر المؤسّس آليات رقابية مختلفة المستويات ليضمن دستورية الأعمال الحكومية وعدم التعبير الانحرافي عن الإرادة العامة.

2/ الوظيفة الرقابية لحماية الدستور

تختلف الجهات التي تضطلع بحماية الدستور، إلا أنّها تعمل غالباً تحت لواء رئيس الجمهورية الذي يعتبر "حامي الدستور". وتتدرج هذه الوظيفة حسب المهام المسندة للمؤسسة، لكن الرقابة الشعبية تبقى أسمى الآليات والأكثر فعالية. أ- أما المجلس الدستوري فدوره تقني ويضمن أكثر الحيلولة دون التعديلات الضمنية لمواد الدستور من خلال الأعمال غير الدستورية التي قد تصدر عن مؤسسات الدولة. ب-

أ/ الرقابة الشعبية

إذا كان الدستور هو إرادة الشعب التأسيسية فإنّ وظيفة السلطة المؤسسة الفرعية الحفاظ على روحه ومحاولة تكييفها مع متطلبات التعديل. لذا تكون عملية المراجعة خاصة من حيث المختص بها وإجراءات وضعها. فالأصل أنّها سلطة مطلقة لصاحب السيادة. إلا أنّها ونظراً لما تتطلبه من إلمام بالأمر السياسي والقانونية³⁶، فإنّ وظيفة الصياغة تسند إلى المختصين سواء كانوا من البرلمان أو الحكومة، أما الإقرار النهائي فيعود إلى الشعب ذلك لأنّ الممثلين يختارون ليقرروا في السياسة العادية، وليسوا مؤهلين لأن يبتّوا في الأمور المهمة، خاصة المتعلقة بتأسيس سلطتهم. إلا أنّ الظروف قد تستدعي سرعة في الإجراءات لذا قد يلجأ إلى كيفيات لا يشارك فيها الشعب مباشرة ولكن عن طريق ممثليه المنتخبين كما ورد في المادة 176 من دستور الجزائر، وهنا ضماناً لاحترام

الإرادة العامة تم تشديد الأغلبية المتطلبية لتمرير النص من طرف البرلمان إلى جانب شروط موضوعية أخرى. ومهما كانت كيفية التعديل فإنّ الشعب يملك حق الرقابة والرفض بوسائل قانونية رسمية أو غير رسمية:

-وفقا لنص المادة 146 من قانون الانتخاب فإنّ مرسوم استدعاء الناخبين للإستفتاء يكون مرفوقا بالنص المقترح، مما يعني أنّ الشعب سيكون له متّسع من الوقت ليدرس مدى دستورية التعديل من الناحية الموضوعية، دون أية تأثيرات من خلال الحملة الانتخابية. لذا تكون الرقابة الشعبية التي سيمارسها أقوى وأكثر فعالية من خلال أحد المظاهر التالية:

-الإمتناع عن الاقتراع إذا كان النص لا يتناسب مع الإرادة التأسيسية للشعب.
-التصويت بالرفض.

-المظاهرات أو أي طريقة من طرق التعبير.

لكن، وعلى عكس ما ورد في أحكام التعديل من تشديد للأغلبية البرلمانية للتصويت أو للمبادرة بالتعديل، فإنّ الدستور لم يشترط نسبة معينة لصحة الاستفتاء كأن تكون الأغلبية محسوبة من المسجّلين أو من المصوّتين، واكتفى بأن تحسب من الأصوات المعبر عنها³⁷. وهو ما يؤثّر على مصداقية الاختيار الشعبي خاصة في الدول أين تمتنع الأغلبية عن التصويت.

ب/ وظيفة المجلس الدستوري: السهر على احترام الدستور

تتحقّق هذه الوظيفة تجسيدا للمادة 163 من الدستور التي تنص على أن يكلف

المجلس الدستوري بالسهر على احترام الدستور وذلك من خلال:

-مراقبة مطابقة القانون العضوي للدستور والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان للدستور.

فلا بد أنّ فعالية إجراءات التعديل تعتمد على سمو القانون العضوي الذي يعتبر

دستورا من الناحية الموضوعية لأنّه يبيّن كيفيات تطبيق بعض الأحكام الدستورية خاصة فيما يتعلّق بالانتخاب والاستفتاء، وينظّم عمل مؤسسات الدولة. وبهذا قد ينصرف المشرع إلى تفسير خاطيء للنصوص الدستورية ووضع قواعد مخالفة لروح الدستور. لذا فإنّ التشريع العضوي يخضع لإجراءات خاصة إلزامية الرقابة السابقة لمطابقته

للدستور. بهذا يضمن المؤسس مبدئياً عدم صدور أي قانون عضوي مخالف شكلاً أو موضوعاً للدستور، فلا ينشأ أي انحراف في تطبيق أو تفسير المادة الدستورية من شأنه أن يؤثر على النظام الدستوري ككل.

اعتمد المجلس طريقة التحفظات التي ترد على النصوص محل الرقابة، إذ يبدي رأياً إيجابياً بشأنها، إلا أنه يحدّد المعنى المقصود بالذات، فإن كان المشرع يريد في دستورية، أما إن اختلف الأمر، فلا يمكن اعتبارها كذلك. وهو ما يؤدي معنى المطابقة، إضافة إلى رفضه تحديد طبيعة الأغلبية المشترطة ما دام الدستور لم يحددها³⁸.

-رقابة مدى دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات.

هذه الرقابة محمّلة بكل ما أخذ عمل المجلس الدستوري في النظام الجزائري³⁹. لذا تعتمد فعالية هذه الرقابة على السلوك الإيجابي لرئيس الجمهورية أساساً ورئيسي الغرفتين استثناء خاصة فيما يتعلق بالإخطار، والالتزام باحترام الدستور في الأعمال التي لا تشملها رقابة المجلس الدستوري أو تلك التي يصعب إخطاره بشأنها.

-رقابة صحة عمليات الاستفتاء.

تنص المادة 163 من دستور الجزائر أن: "يسهر المجلس الدستوري على صحة عمليات الاستفتاء، وانتخاب رئيس الجمهورية، والانتخابات التشريعية، ويعلن نتائج هذه العمليات"، مما يفترض أنه يتدخل في كل الإجراءات السابقة واللاحقة للعملية. لأنّ السهر على السير الحسن للعملية يعني أنّ الرقابة تكون سابقة ولاحقة على النتائج⁴⁰. وتتعلق الرقابة بالنظر في مدى احترام الشروط الإجرائية والموضوعية المقررة للتعديل⁴¹ إلا أنّ اختصاصه في هذا المجال محدود جداً في كل المراحل بسبب ما يأتي:

-نصت المادة 146 من قانون الانتخاب⁴² على قرار رئيس الجمهورية باللجوء للاستفتاء الذي يكون في شكل مرسوم رئاسي يتضمّن استدعاء الناخبين لإجراء عملية الاقتراع والنص المقترح للاستفتاء⁴³ فهو قرار تنظيمي في شكله يخضع لرقابة المجلس الدستوري على أساس المادة 165 من الدستور التي تلحق التنظيمات باختصاصه، فإلى أي مدى يمكن للمجلس الدستوري أن يراقب صحة هذه العمليات؟

نص الدستور على اختصاص المجلس الدستوري في السهر على صحة عملية الاستفتاء يفترض أنّ هذا الأخير يملك سلطة للتدخل خلال الإجراءات السابقة واللاحقة. إلا أن غياب شروط قانونية للإجراء وللنص المعروض على الشعب لا يسمح للمجلس بفرض رقابته عليه إلا في حالة مخالفته الصريحة للدستور. فهو يبقى أيضا عاجزا في هذه الحالة نظرا لاحتكار الإخطار من طرف رئيس الجمهورية ورئيسي الغرفتين، فلا يعقل أن تكون المبادرة من رئيس الجمهورية ويصوّت عليه البرلمان بالموافقة ثم يخطر أحد الرؤساء الثلاث المجلس الدستوري بشأن النص.

وإذا افترضنا إخطار المجلس الدستوري لعدم احترام رئيس الجمهورية الإجراءات وتخطي الرأي السلبي للبرلمان وعرضه على الاستفتاء، فهل يمكن إبطال نتيجة الاستفتاء من طرف المجلس على أساس عدم الدستورية؟

هذه الإمكانية غير متوافرة، فبعد إقرار الشعب للنص، لا يمكن لأية هيئة سياسية أخرى التدخل وإلغائه بسبب غياب إجراء ما. لأنّ صاحب السيادة الحقيقي هو الذي وافق على هذا المشروع وتجاوز بالتالي عن كل المخالفات التي تمت خلال العملية، ولا يمكن للمجلس الدستوري أن يقرّر إبطال نتيجة الاستفتاء وبالتالي إلغاء النص لأنّه سيخالف إرادة الشعب. هناك إمكانية وحيدة لإثارة هذه الرقابة، وتكون قبل عرض النص على الشعب إلا أنّها تتعلّق فقط بالطعون في النتائج. وهو ما تؤكّده المادة 167 من قانون الانتخاب التي تنص على اختصاص المجلس الدستوري في النظر في صحة عمليات التصويت أي فيما يتعلق بالطعون في النتائج. أما الإجراءات السابقة على عملية التصويت فلم يتم تنظيمها بموجب القانون بهذا تستثنى من الرقابة المراسيم الرئاسية المتضمنة استدعاء الناخبين والنص المعروض على الاستفتاء.

خاتمة

يشارك الشعب في عملية المراجعة خلال كل المراحل سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وهو ما تؤكّده الكيفيات المنصوص عليها دستوريا، وحتى أنّ الطريقة التي تسمح بعدم عرض النص على الاستفتاء تؤكّد أكثر من غيرها احترام المؤسس للإرادة الشعبية لأنّها، وإضافة إلى قواعد الحظر، تقيّد موضوعيا اختصاص الممثلين في تعديل الدستور.

فلا يسمح النظام الدستوري، ولو حتى نظرياً، بأية إمكانية لإحداث توافق سياسي بين القوى الحاكمة لإقصاء الشعب وتشويه إرادته التأسيسية وتعديل الدستور بما يخدم مصالحها.

إلا أنّ هذه الإجراءات الخاصة لمراجعة الدستور لا تكفي لحماية الإرادة التأسيسية للشعب من التغيير الذي قد تمارسه القوى السياسية الحاكمة، لأنّ التعديلات الدستورية لا تكون دائماً بشكل علني وصريح. فقد تكون ضمنية وترد على أهم الأحكام فيه، وذلك من خلال القوانين العضوية، آراء وقرارات المجلس الدستوري وخاصة التفسيرية منها، أعمال المؤسسات الدستورية القانونية والسياسية، والتي قد تؤسس لأعراف دستورية مخالفة. لذا حاول المؤسس الجزائري أن يضع قيوداً فعّالة تحول دون تغيير ملامح النظام الدستوري دون الاحتكام لإرادة الشعب أو رئيس الجمهورية باعتباره مجسداً لـ"وحدة الأمة".

لكن، حتى ولو كانت آليات حماية الدستور من الاتجاه السياسي للتعديلات الدستورية فعّالة، فإنّها تبقى معتمدة أساساً على إرادة رئيس الجمهورية منذ البداية، فهو يتحكّم بسلطة المبادرة وسلطة الإقرار. وحتى ولو عرض على الشعب فإنّه من يقرّر ذلك. خاصة وأنّ المؤسس لم يضع شروطاً لسير عملية الاستفتاء. بهذا تؤدّي هذه الإجراءات دوراً مزدوجاً: حماية الإرادة العامة التأسيسية وحماية نمط الحكومة الذي بناه المؤسس. وتعتمد إيجابية هذا الدور على الالتزام الشخصي لرئيس الجمهورية باعتباره المؤسسة المهيمنة على عملية المراجعة من حيث حق تحريك الإجراء وإقراره، ومدى وعي الشعب بنتائج اختياره وفعالية النظام الدستوري القائم في تحقيق المصلحة العامة للشعب.

الهوامش

¹ - يوسف الحاشي، في النظرية الدستورية، لبنان، ابن نديم للنشر والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص. 232.

² - المرجع نفسه، ص. 230.

³ - مورييس ديفرجيه، دساتير فرنسا، تر: أحمد حسيب عباس، المطبعة النموذجية، القاهرة، نقلاً عن أحمد العزي النقشبندى، تعديل الدستور، الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص. 77.

يقول أحد الكتاب أننا لانعرف ما هي أفضل طريقة، إلا أننا بالتأكيد نميز جيدا السيئة وهي تلك التي لم يلجأ إليها أحد. أنظر:

⁴ - Guy Carcassone, Surprises, surprises... Les révisions de la constitution, RDP, n5/6, 1998, p.1489.

⁵ - François Luchaire, Gérard Conac, La constitution de la république française. Paris, Economica, 1979, p.961.

⁶ - Burdeau, Georges - Troper, Michel- Hamon, Francis, Manuel de droit constitutionnel. Paris, LGDJ, 1995, p.641.

⁷ - للتفصيل: لوشن دلال، خلفه نادية، "الأداء البرلماني والتمثيل النسبي"، مجلة العلوم القانونية، المركز الجامعي بالوادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، عدد2، 2011.

⁸ - François Luchaire, Gérard Conac, op. cit., p. 964.

⁹ - قانون رقم 01/12 في 12 جانفي 2012 يتعلق بنظام الانتخابات.

¹⁰ - عبود سعد، علي مقلد، عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية. لبنان، منشورات الحلبي للطباعة والنشر وتوزيع الكتب القانونية، 2005، ص. 184.

¹¹ - على عكس ما يراه أحد الكتاب بأن مجموع المبادئ الثلاث تعدّ شكلا من أشكال الحظر الموضوعي، فإنّ المؤسس في الحقيقة لم يمنع التعديل فيها، بل فقط استثنائها من إمكانية اللجوء للإجراء موضوع الدراسة، مما يعني أنه يمكن للتعديل أن ينصبّ على أحد المواضيع المذكورة في المادة 176 بشرط أن يعرض على الشعب. أحمد العزي النقشبندي، مرجع سبق ذكره، ص. 95.

¹² - رأي رقم 08/01 في 07 نوفمبر 2008 يتعلق بالتعديل الدستوري.

¹³ - François Luchaire, Gérard Conac, op.cit., p.964.

¹⁴ - رأي رقم 08/01 سابق الذكر.

¹⁵ - الرأي نفسه.

¹⁶ - رأي رقم 01/رت د/م د/ في 03 أبريل 2002 يتعلق بتعديل الدستور.

مادة 98 من القانون 02/99.

¹⁷ - François Luchaire, Gérard Conac, op. cit., p.962.

¹⁸ - موريس ديفرجيه، دساتير فرنسا، تر: أحمد حسيب عباس، مراجعة: السيد صبري، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المطبعة النموذجية، القاهرة، نقلا عن أحمد العزي النقشبندي، مرجع سبق ذكره، ص. 35.

¹⁹ - Marie Anne Cohendet, le président de la république, Dalloz, 2002, p.79.

²⁰ - يوسف الحاشي، مرجع سبق ذكره، ص. 236.

²¹ - L'auteure pense que c'était un acte inconstitutionnel, et puisque il n'ya pas de délai pour convoquer les deux chambres, le président devait agir tout de suite. Pour plus de détails, voir : Marie Anne Cohendet, op.cit., p. 79, 80.

²² - لم يسبق في التجربة الجزائرية أن عدّل الدستور بموجب هذه الكيفية.

²³ - وهو ما أكدّه مجلس الدولة الفرنسي في قرار ساران لـ 30 أكتوبر 1998. أنظر:

Jean Pierre Camby, « le référendum et le droit », RDP, n 1, 2001, p.7.

²⁴ - Elizabeth Zoller, droit constitutionnel. Paris, PUF, e2, 1999, p.93.

²⁵ - Ibid, p.967.

26- Francis Hamon, le référendum, étude comparative, LGDJ, Paris, 1995, p.84.

27- ورد أيضا في المادة 77-فقرة 10- من دستور الجزائر أنه: "يمكنه (رئيس الجمهورية) أن يستشير الشعب في كل قضية ذات أهمية وطنية عن طريق الاستفتاء." وحتى التعديل قضية ذات أهمية وطنية. إلا أنه ومن الناحية الإجرائية، ما دام المؤسس قد نص على آليات إجراء التعديل فإنه يقصد بالقضايا ذات الأهمية الوطنية أموراً غير التعديل الدستوري. لذا لا نعتقد أنه من الجائز الاعتماد على نص المادة 77 لإجراء استفتاء لتعديل الدستور، وهذا على عكس المادة 07 للأسباب سابقة الذكر.

28- رغم أن المؤسس اعتبر نص 1989 تعديلاً، إلا أنه لا يمكن أن يكون غير دستور جديد نظراً لأنه غير تماماً النص القائم وغير من الاختيار الاشتراكي الذي كان يعتبر من بين المحظورات الموضوعية المطلقة -مادة 195 من دستور 1976-

29- أحمد العزي النقشبندي، مرجع سبق ذكره، ص.90.

30- François Luchaire, Gérard Conac, op.cit., p.959.

31- يوسف الحاشي، مرجع سبق ذكره، ص.212.

32- Elizabeth Zoller, op. cit., p.76.

33- Marcel Prélot, Jean Boulois, institutins politiques et droit constitutionnel, 7éd, Dalloz, p.247, in

يوسف الحاشي، مرجع سبق ذكره، ص.245.

34- ج.ر.94 في 22 نوفمبر 1976 تتضمن أمر إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1976.

35- رأي 08/01 سابق الذكر.

36- الصياغة عملية تقنية والإعداد عملية تأسيسية. يوسف الحاشي، مرجع سبق ذكره، ص.221.

37- أنظر نتائج الاستفتاء لعام 1996، 1989.

38- أنظر: رأي 08/رق.ع/م.د/99 في 21 فيفري 1999 .

39- أنظر: لوشن دلال، الحماية الدستورية للحريات العامة، مداخلة مقدمة في يوم دراسي حول: "آليات حماية حقوق الإنسان"، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2001.

40- Jean Pierre Camby, op.cit., p.9.

41- Elizabeth Zoller, op.cit, p.88.

42- قانون رقم 01/12، سابق الذكر.

43- يعدّ قرار رئيس الجمهورية بطرح قانون للاستفتاء عمل سيادة أما القرارات المتعلقة بهذا القانون فهي أعمال إدارية تخضع لرقابة القضاء وفقاً لما قرره مجلس الدولة الفرنسي. قرار مجلس الدولة الفرنسي في 19 أكتوبر 1962 في قضية روبان و كودو ، أنظر عبد العظيم، عبد السلام، الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط. دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.176.

عن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في الجزائر -نصوص مبتورة وممارسة معدومة*-

MOKHTARI Abdelkarim
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ)
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –
Algérie

مختاري عبد الكريم
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

ترتبط الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في الجزائر بمفهوم المعاهدة فيها، إذ لم تحد عن المفهوم الرسمي المرتبط مؤسساتيا برئيس الجمهورية وإجراء التصديق منذ دستور 1963، رغم أن الممارسة أثبتت مخالفةً للدستور في أكثر من مناسبة، هذا ما خلق طائفة كبيرة من الاتفاقيات التي لا تخضع قانونيا للرقابة الدستورية. تنعدم أية رقابة ممارسة إلى اليوم بسبب إجماع السلطات الواردة في المادة 166 عن اخطار المجلس الدستوري نظرا للطابع الاختياري للرقابة الممارسة على المعاهدات من جهة، وطبيعة النظام السياسي من جهة أخرى. أخضعت كذلك المعاهدات لرقابتين، رقابة قبلية متطرفة وأخرى بعدية خطيرة.

الكلمات المفتاحية

المعاهدات الدولية، التصديق، الرقابة الدستورية، المجلس الدستوري

On the constitutional review of international treaties in Algeria -Truncated text and exercise lacking-

Summary

International treaties are subjected to a constitutional review related to the solemn notion adopted by Algeria to these texts. This notion has always been respected in all constitutions since 1963. Therefore, every treaty must be exclusively subject to the ratification of the President of the Republic to make it so ((controllable)) at the Constitutional Council.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/04/23 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/07/03 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

However; there are many gaps in the established control system. Indeed, treaties in simplified forms and other non-submitted to ratification have ((reported))

their presence in the Algerian practice, which means that they do not have a constitutional review, plus a inoperable sound of the Constitutional Council due mainly to the presidentialist tendency of the Algerian political system, and inconsistent inspections carried out at least textually, a priori judged ((radical)) and posteriori judged ((hypothetical)).

Keywords

International treaties, the ratification, constitutional review, the Constitutional Council

Résumé

Les traités internationaux sont soumis au contrôle de constitutionnalité lié au caractère solennel conféré par l'Algérie à ces textes. Cette notion a toujours été respectée dans toutes les constitutions depuis 1963. Tout traité doit ainsi être sujet d'une ratification exclusivement du Président de la République pour qu'il soit donc ((contrôlable)) au niveau du Conseil Constitutionnel.

Cependant, il existe beaucoup de lacunes dans le système du contrôle instauré. En effet, des traités en formes simplifiés et d'autres non soumis à la ratification ont ((signalé)) leurs présence dans la pratique Algérienne, ce qui signifie qu'ils ne bénéficient pas d'un contrôle de constitutionnalité, auxquels s'ajoutent une inopérable saisine du Conseil constitutionnel due principalement à la tendance présidentialisée du système politique Algérien, et les incohérences liées au contrôles opérés, du moins textuellement : un contrôle *a priori* jugé ((radical)) et un contrôle *a posteriori* jugé ((hypothétique)).

Mots clés

Les traités internationaux, la ratification, contrôle de constitutionnalité, le Conseil Constitutionnel

مقدمة

تعرف اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية لسنة 1969 المعاهدة الدولية بكونها "الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة"¹.

يختلف مفهوم المعاهدة من دولة إلى دولة باختلاف نظرتها إلى قواعد القانون الدولي الكلاسيكي التي لم تكن يوما محلا للإجماع خاصة بعد الصدمة التي أحدثها الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية سنة 1950 الصادر بمناسبة النظر في قضية "المركز الدولي لإفريقيا الجنوبية الغربية"².

يحدّد موقف الدولة من القانون أعلاه مفهوم المعاهدة لديها، وبالتالي يحدّد درجة خضوعها للرقابة الدستورية، فكلما كانت ثقمتها بالقانون الدولي الكلاسيكي كبيرة كلما كان مفهوم المعاهدة عندها مطاطيا، وكانت بذلك فرص رقابة دستوريها متعددة، كما هو الحال في فرنسا³، وكلما كانت ثقمتها في تلك القواعد ناقصة كلما كان المفهوم رسميا، وتقلّ فرص ممارسة الرقابة الدستورية بالنتيجة.

يأتي المفهوم الجزائري للمعاهدة الدولية ضمن هذا السياق، فالجزائر كغيرها من دول العالم الثالث لا تثق في مؤسسات القانون الدولي الكلاسيكي، فلطالما كانت رائدة ((النّضال)) ضدّ هذه القواعد خاصة خلال سنوات السبعينيات من القرن الماضي⁴. وعلى هذا الأساس كان ولا يزال مفهوم المعاهدة لديها مفهوما رسميا، إذ لم تعترف كل دساتيرها المتعاقبة⁵ إلا بالمعاهدات الخاضعة للتصديق، كمفهوم رسمي لها وكوسيلة وحيدة للالتزام بها، وهذا رغم التطور الملحوظ في علاقة الجزائر بالقانون الدولي خاصة عند وضع دستور 1989⁶.

تعتبر من جهة أخرى فرص تحريك الرقابة الدستورية في الجزائر نادرة، نظرا لعوامل سياسية، تتمثّل بالأساس في طبيعة النّظام السياسي ذو النزعة الرئاسية التي تجعل من رئيس الجمهورية الشخصية المحورية فيه⁷، وأخرى قانونية تتعلق بمحدودية الجهات المكلفة بتحريك الرقابة⁸، وهذه من تلك⁹.

تطرح انطلاقا من ذلك مسألة مدى خضوع المعاهدات الدولية للرقابة الدستورية في الجزائر على ضوء المعطيات أعلاه؟

تستجيب الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر لفكرة الرّسمية، يعني ذلك أن مبدأ الخضوع للرقابة يستجيب للمفهوم الجزائري للمعاهدة ذاته، فالخاضعة للتصديق منها هي فقط التي تخضع للرقابة، وما دون ذلك لا يخضع لها مما يشكّل أوّل حدّ من حدود الرقابة نفسها على اعتبار وجود معاهدات لا تخضع للتصديق في الممارسة أي غير رسميّة بمفهوم المخالفة (المبحث الأول).

تخضع المعاهدات بالمقابل لرقابة متنوّعة، فهي تخضع في الوقت نفسه لرقابة إختيارية تتوقف على رغبة السلطات المكلفة بإخطار المجلس الدستوري، فننفي

بذلك وجود أية رقابة إجبارية¹⁰، ومزدوجة، بمعنى قبل التصديق عليها أو بعده، غير أنّ هذا التنوع لم يترجم إلى ممارسة أبدا، نظرا لتراكم عوامل عديدة تتفق في نقطة واحدة وهي كونها عوامل غير قانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول/ ارتباط الرقابة الدستورية في الجزائر بالمعاهدات الرسمية فقط

ترتبط رقابة دستورية المعاهدات في الجزائر بمفهومها فيها، والذي يرتبط بدوره بالتصديق كوسيلة وحيدة للالتزام بها وفي الوقت نفسه المعيار الوحيد لتعريف المعاهدة (المطلب الأول) مما يقصي بالنتيجة الاتفاقات غير الخاضعة للتصديق من الرقابة والتي وإن لم يعترف الدستور بها صراحة، غير أن وجودها في الممارسة يطرح تساؤلات قانونية كبيرة حول حظها من الرقابة (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ المعاهدات الخاضعة للرقابة الدستورية في الجزائر

يعتمد الدستور مفهوما شكليا ورسميا للمعاهدة الدولية في الجزائر، فهي مرتبطة بالطابع الرسمي الذي يرتبط بدوره بعنصري التصديق ورئيس الجمهورية وحده (الفرع الأول)، ونتيجة لذلك، تكون الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية مقلّصة فهي لا تطل إلا المشمولة منها بالطابع الرسمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ المفهوم الرسمي للمعاهدة الدولية في الجزائر

أحصى الدستور عدة أنواع ومجالات للاتفاقيات الدولية والتي ما هي في الحقيقة إلا مصطلحات ومواضيع تشملها الاتفاقيات تتفق كلها في الخضوع للتصديق كشرط للالتزام بها وبالتالي لتحديد مفهومها كمعاهدة دولية رسمية فنجد تنوعا في المصطلحات كما تكشفه المادة 168 من الدستور، وتنوعا في المواضيع كما تعبّر عنه المادة 131 منه¹¹.

غير أن تنوع المصطلحات لا يعني بالضرورة تنوعا في المعاهدات، فاتفاقية فيينا لعام 1969 فتحت المجال واسعا لاستعمال أي مصطلح يدلّ في معناه على معاهدة دولية¹² والمادة 168 أعلاه قد اختتمت قائمة المعاهدات التي ذكرتها بمنع التصديق عليها إن كان المجلس الدستوري قد أعلن عدم دستورتها. والحكم نفسه بالنسبة للمواضيع الواردة في المادة 131 حيث لا يستطيع رئيس الجمهورية التصديق عليها إن لم يحصل على موافقة

البرلمان، فتكشف النصوص أعلاه عن تنوع في المصطلحات وليس تنوعاً في المعاهدات، طالما ترتبط كلها بالتصديق.

تفصح المادة 11/77 عن مفهوم المعاهدة في الجزائر، إذ تعتبر أول مادة تكشف عن توجه الجزائر في ذلك، فقد نصت على أنّ رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها¹³، وباستقراء هذه المادة بباقي المواد المتعلقة بالموضوع نصل إلى أن المعاهدة في الجزائر هي كل "اتفاق دولي مكتوب يبرمه رئيس الجمهورية ويصادق عليه"¹⁴. إذ أنّ جلّ المواد الدستورية المتعلقة بإبرامها تقرن بين مؤسسة رئيس الجمهورية وإجراء التصديق¹⁵. فلا مجال لوجود هيئة أخرى مكلفة بإبرام المعاهدة كما هو الحال مثلاً في الدستور الفرنسي¹⁶.

تظهر الرسمية إذا في التعريف الجزائري للمعاهدة الدولية في معيارين، معيار رئيس الجمهورية باعتباره حجر الزاوية في النظام السياسي الجزائري، ومعيار التصديق باعتباره يسمح بـ(نظرة عميقة) في المعاهدة التي ستصبح جزء من القانون الوطني لاحقاً، ولا يمكن الفصل بينهما فهذا من ذاك.

الفرع الثاني/ اقتصار الرقابة -غير الموجودة- على المعاهدات الرسمية فقط

نقول بعد ربط مفهوم المعاهدة في الجزائر بالمادة 1/165 من الدستور التي تعتبر الشريعة العامة للرقابة الدستورية¹⁷، أنّ المعاهدات الخاضعة للرقابة الدستورية هي فقط المعاهدات التي يبرمها رئيس الجمهورية ويصادق عليها، بعبارة أخرى هي المعاهدات الرسمية دون غيرها. يكشف مفهوم المخالفة لكلامنا أعلاه عن إمكانية وجود اتفاقات دولية غير خاضعة للتصديق في الجزائر على الرغم من إنكار المؤسس الدستوري لها، وهي فعلاً موجودة كما سنراه أدناه.

يعني وجود مثل هذه الاتفاقيات اقصائها تلقائياً من أية رقابة دستورية محتملة، لكون المؤسس لا يعترف إلا بتلك التي تخضع للتصديق فقط كمعيار وحيد لإدراجها في القانون الوطني، وما يدعم موقفنا هو صياغة المادة 1/165 نفسها وقراءتها مقترنة بمواد أخرى في الدستور¹⁸.

يصرّ المؤسّس الجزائري على هذا الإنكار في وقت تعترف اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بوسائل أخرى غير التصديق للالتزام بالمعاهدات الدولية¹⁹، أي أنّها جعلت من الأمر يسرا فلماذا جعل المؤسّس الجزائري منه عسرا؟ يطفو في هذا الجانب تأثير الموقف الحذر من قواعد القانون الدولي الكلاسيكي في تحديد مفهوم المعاهدة في الجزائر، وبالتالي ربط الرقابة الدستورية بهذا المفهوم.

نستنتج بذلك أنّه ونظرا للطابع الرّسمي الذي تضيفه الجزائر على مفهوم المعاهدة الدولية، فإن فرص فرض الرقابة على دستورها قليلة جدا من هذا الجانب، على أنّ اعتبار عدم الاعتراف بالاتفاقات ذات الشكل المبسّط أو بالاتفاقات غير الخاضعة للتصديق يعني أن أية اتفاقية أبرمت بهذا الشكل تكون غير قابلة للرقابة نظرا لكون المادتين 1/165 و168 ربطتا الرقابة الدستورية بالتصديق، فنقول ما أكثر ما يخرج عن رقابة الدستورية من معاهدات²⁰!

نرى أنه ليس من صالح الجزائر الاستمرار في التعامل مع المعاهدات الدولية في القرن الواحد والعشرين بعقلية السبعينيات، في ظلّ المرونة التي تمتاز بها اتفاقية فيينا، لأن الظروف الداخلية والدولية تغيرت.

نتفهّم موقفها في فترة السبعينيات لأنّها امتازت بظروف دولية مساعدة على اتخاذ مواقف ((معادية)) للقانون الدولي الكلاسيكي كوجود ثنائية قطبية في العلاقات الدولية بوجود الاتحاد السوفياتي الذي ربّما كانت تتقوّى به في مواجهة الدول الإستعمارية، بالإضافة إلى وجود حركة عدم الانحياز في أوجّ قوتها، وكونها آنذاك دولة مستقلة حديثا ممّا يعني أنّ آثار الإستعمار لا تزال حديثة.

تغيّرت المفاهيم وموازن القوى في المجتمع الدولي، فأضحينا اليوم في ألفية العولمة والانترنت التي اختفت فيها العلاقات الدولية التقليدية، وشهدت ظهور مبادئ جديدة تتعدّى المفهوم الكلاسيكي للقانون الدولي ولم تكن موجودة فترة السبعينيات، كحق التدخل لأسباب إنسانية، أو مبدأ الحرب الإستباقية.

يجدر المحافظة على مكاسب اليوم واستغلالها، فلجزائر اليوم مجلس دستوري لم يكن موجودا في سنوات السبعينيات، واتفاقية فيينا سهّلت التعاقد الدولي، وهي في رأينا

وسائل كافية لممارسة سياسة اتفاقية متجانسة مع مبادئ الدولة، ولا ننس أن مبدأ سلطان الإرادة لا يزال موجودا، فالمطلوب اليوم ليس توجيهه بطريقة عدائية وإنما بطريقة عقلانية، في اتجاه تشجيع التعاون الدولي مع ((خصوص الأمم)) مع المحافظة على مصالح الدولة وحقوقها.

باتت العلاقات الدولية اليوم متشعبة ومواضيعها متعددة تحتاج إلى السرعة في التعامل معا، وذلك لا يتأتى بالاختباء وراء الطرق الكلاسيكية في التعاقد الدولي، فمن الأجدر استغلال ما سهّلته اتفاقية فيينا ودسترة كل طرق الالتزام بالمعاهدات الدولية، خاصة وأنّ الممارسة اعترفت بها من دون الدستور حتى في سنوات السبعينيات، فهل تخضع للرقابة الدستورية؟

تُظهر المادة 165 من الدستور أنّ المعاهدات الدولية ((الرسمية)) تخضع لرقابة إختيارية، فنستبعد بذلك أية إمكانية لوجود رقابة إجبارية حتى بوجود المادة 97 كما يراه البعض²¹. يعني ذلك أنّها تتوقف على إخطار إختياري من قبل السلطات المكلفة بممارسته طبقا للمادة 166 من الدستور²²، وذلك ما يجعلها هي الأخرى تخضع لرقابة دستورية ((غير موجودة)) أو ((وهمية)).

ربط المؤسس الإخطار بجهات محددة، ممّا يعني ثلاث فرص فقط للإخطار، يضاف إلى ذلك أنّ هذه الجهات لم ولا تتحرك من هذا الجانب نظرا لاعتبارات سياسية تتعلق بطبيعة النظام السياسي الجزائري، رغم وجود ما يستدعي إخطار المجلس الدستوري من رئيس غرفتي البرلمان²³، كنتيجة لذلك لا توجد إلى اليوم أية ممارسة أو أية معاهدة معروضة للنظر على المجلس الدستوري ممّا يفقد الباحث ركنا شديدا في بحثه يتعلق بالممارسة، فلا يقدم بعد ذلك إلا تكهنات قد تؤكدها ممارسة مستقبلأ أو تنفيها، كما سنفعله أدناه، ما لم يتوسّع الإخطار إلى جهات أخرى على غرار الوزير الأول أو المجموعات البرلمانية²⁴.

المطلب الثاني / مصير مجهول للاتفاقيات غير الخاضعة للتصديق في الجزائر

يمكن تصنيف هذ الاتفاقيات ((الغريبة)) إلى فصيلين، فصيل أدرج في القانون الوطني باستعمال إجراء آخر غير التصديق (الفرع الأول)، وفصيل آخر اكتفت السلطة

التنفيذية بنشرها في الجريدة الرسمية دون تبيان كيفية إدماجها، مما يعني بمفهوم اتفاقية فيينا أنّها اتفاقات ذات الشكل المبسّط (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ الإتفاقيات المدمجة بغير إجراء التصديق

تكشف الممارسة عن وجود اتفاقيات دولية منشورة في الموقع الرسمي لبعثة الجزائر الدائمة لدى الامم المتحدة على أساس أنّها اتفاقيات دولية²⁵، بينما تتدخل السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية في إدماجها في القانون الوطني دون استعمال أسلوب التصديق المعروف في الدستور، ونجد في هذا الإطار اتفاقيات خضعت لإجراء الموافقة (أولا) وأخرى للقبول (ثانيا).

أولا/ استعمال أسلوب الموافقة على الاتفاقات الدولية

قدّم الأستاذ أحمد لعرابة نماذج عن اتفاقات دولية أبرمتها الجزائر مع منظمات دولية ذات طبيعة مالية كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير، لم يتمّ التصديق عليها مثلما دأبت عليه العادة²⁶، بل كانت محلا للموافقة «Approbation»، وهو إجراء غير معروف في الدستور إلا عرضا بصفته قانون برلماني يأذن لرئيس الجمهورية بالتصديق على المعاهدات الدولية²⁷، كما أنّها لم تنشر في ركن "اتفاقيات واتفاقات دولية" في الجريدة الرسمية بل في ركن "مراسيم" بمعنى في الركن المخصّص للمراسيم التنظيمية²⁸ وتتميز عادة بالمميزات التالية:

- تصدر بمرسوم رئاسي بالموافقة وليس بالتصديق،
 - يستند المرسوم الرئاسي المتعلق بها إلى تقرير من وزير المالية في معظم الأحيان وتقرير وزاري مشترك في أحيان أخرى كوزيرى المالية والفلاحة مثلا²⁹.
 - تستند تأشيرة مرسوم الموافقة إلى المواد 3/77 و6 و1/125 من الدستور³⁰.
 - تنشر هذه الاتفاقيات عادة تحت ركن "مراسيم تنظيمية" في الجريدة الرسمية.
 - تتعلق في معظمها بقروض اقترضتها الحكومة الجزائرية أو ضمنيتها.
- تثير هذه الممارسة مجموعة من التساؤلات حول مدى اعتبارها معاهدات بالمعنى القانوني للكلمة؟ وبالتالي مدى خضوعها للرقابة الدستورية؟

سبق لمحكمة العدل الدولية الفصل في الشخصية القانونية للمنظمات الدولية وفي حقها في إبرام المعاهدات³¹. وكذلك فعلت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1986 الخاصة بالمعاهدات التي تبرمها المنظمات الدولية³²، كما يمكن بحث نصوصها التأسيسية لتحليل طبيعتها القانونية، وحقها في إبرام المعاهدات ممّا يضيف على أعمالها القانونية صفة المعاهدة الدولية³³.

يبقى من جهة أخرى مصير هذه الاتفاقيات معلقاً، فلا هي مدمجة في القانون الوطني بالأشكال القانونية المطلوبة في المادتين 131 و132 من الدستور، ولا هي تستجيب لشروط التصديق لكي تخضع للرقابة الدستورية على أساس عدم التصديق عليها، ولسنا مضطرين للدفاع عن فكرة أنّ هذه الاتفاقيات مسّت بشكل كبير التشريعات الوطنية المتعلقة بمجالات العمل والاستثمارات، بل مسّت كذلك ولا تزال حتى بدستوري سنتي 1989 و1996 خاصة فيما يتعلق بضمان حق العمل³⁴، وهي التي أجبرت الدولة الجزائرية على عدم ضمان هذا الحق من خلال سلسلة الإجراءات التشفيفية المتعلقة بالتسريح الجماعي والتقاعد المسبق، وعدم فتح مجالات التوظيف خلال سنوات التسعينيات.

ثانياً/ استعمال القبول كوسيلة إلتزام في إطار المنظمات الدولية

لجأت الجزائر إلى استعمال هذا الأسلوب في الإلتزام بالمعاهدات الدولية بداية من سنة 1966، حيث استعملته لقبول اللائحة [1848 wha] الصادرة عن منظمة الصحة العالمية المعدلة للمادة 07 من دستور منظمة الصحة العالمية³⁵، ثم تتابع هذا الأسلوب بشكل مبعثر ونادر في أعداد الجريدة الرسمية.

يعتبر من الأساليب المعترف بها من اتفاقية فيينا³⁶، وما يلاحظ عليها أنّها تحمل نفس مواصفات الاتفاقيات الخاضعة للموافقة، من تقرير لوزير المالية، ونشر في ركن التنظيمات، واستناداً إلى المادة 3/77 و8 أي ما يتعلق بالسياسة الخارجية (الفقرة 3) وبالخصوص في السنوات الأخيرة، لأنّ في السنوات الأولى من هذا الممارسة كان الرئيس يستند فيها إلى تقرير من وزير الشؤون الخارجية، فهل كانت هذه اتفاقيات سنوات الستينيات، وباتت غير ذلك اليوم؟! مع العلم أن وزير الخارجية آنذاك بات هو كذلك رئيساً للجمهورية اليوم³⁷!؟

يدل تتبع الممارسة على اعتماد الجزائر مثل هذه الوسيلة عندما يتعلق الأمر بمعاهدات أبرمت في إطار المنظمات الدولية في شكل لوائح تتضمن غالباً تعديلات للقوانين الأساسية لهذه المنظمات، إذ تلجئ إليها للتعبير عن التزامها بها، ولا ندري ما الغرض من ذلك؟ سوى قولنا بوجود قناعة دفيئة لدى السلطات بوجود اتفاقات لا تخضع بطبيعتها للتصديق غير أن غياب غطاء دستوري لها يجعل السلطات تتباين في التعامل معها بين مرحلة تاريخية وأخرى.

ثالثاً/ وجود الإتفاقيات ذات الشكل المبسط

تضمنت الجريدة الرسمية الصادرة بالخصوص في ستينيات وسبعينيات القرن الماضي عدة اتفاقيات نشرت دون الإشارة إلى الأداة القانونية التي أدرجت بها في القانون الوطني سوى اكتفاء الأمر أو المرسوم الوارد فيها بالنص على نشر الاتفاق أو الاتفاقية فقط³⁸، وقد سبق للأستاذين فائز انجق وعلي مبروكين الإشارة إلى هذه المسألة³⁹ كما نشرت كذلك بعض الاتفاقات الدولية بهذا الشكل في السنوات التي تلت هذه المرحلة ولو بشكل نادر.

تأتي الصياغة اللغوية لهذه النصوص الناشئة عادة بصيغة الفعل المضارع، فتنص على "إن اتفاق أو (اتفاقية) ... سينشر أو (ستنشر) في الجريدة الرسمية" ثم لا نجد لها أثر، فلا تصديقٌ أحدث ولا نشرٌ أتبع⁴⁰.

تجعلنا المرحلة التي أتت فيها هذه الاتفاقيات والمرحلة التي تلتها نعتقد بالمقابل أنّها مرتبطة بالسلطة الفردية، لأنّ معظمها عاصرت مرحلة فقدان الشرعية الدستورية، فهي باختصار تعبر عن توجه سلطوي فردي، يتغذى من فقدان الجزائر لمؤسساتها الرقابية كالبرلمان، وانعدام مجلس دستوري آنذاك.

انحسرت هذه الاتفاقيات من الممارسة منذ العودة إلى الشرعية الدستورية سنة 1976، إذ لا نجد لها وجوداً إلا نادراً ممّا يدل على أنّها مرتبطة بالاستفراد بالحكم وغياب الهيئات الرقابية.

يتبين إذن وجود اتفاقات غير الخاضعة للتصديق ممارسة وانعدامها قانوناً، ولو أنّ وجودها في الواقع لم تملأه اجتهادات فردية بقدر ما أملتة معطيات سياسية واقتصادية

تتعلق أساسا بطبيعة النظام السياسي الجزائري وارتباطها بمكانة رئيس الجمهورية فيه، وحاجة الجزائر لإعادة بعث الاقتصاد بعد الإستقلال.

يجب إذن الإعتراف بكل أنواع المعاهدات الدولية، وهو للأسف ما لم يعتمد في مسودة مشروع تعديل الدستور المقدم سنة 2014، مما يبين عدم استعداد المؤسس للإعتراف بها بعد⁴¹، ولن يتم ذلك إلا بفك ارتباطها الأساسي برئيس الجمهورية، فطالما أنّ اتفاقية فيينا لعام 1969 وبعض الدساتير المقارنة⁴² تعترف بها، وأنّ الممارسة تكشف عنها، فلا مناص من الاعتراف بها رسميا من خلال أفراد فصل متعلق بصفة عامة بالمعاهدات حتى تسمح مسبقا للمؤسس بعدم تجاهلها، فتكون مادة مستقلة متعلقة بإبرامها وأخرى بالرقابة الدستورية الصريحة، إذ تكون المواد المقترحة كما يلي: "يبرم رئيس الجمهورية المعاهدات الدولية ويصادق عليها، ويعلم بإبرام كل التزام دولي غير خاضع للتصديق".

يسهل بعد ذلك ربطها بالرقابة الدستورية التي ستشملها من خلال المقترح التالي: "إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو أي التزام دولي فلا يأذن بالالتزام به إلا بعد تعديل الدستور".

المبحث الثاني / رقابة ارتجالية على دستورية المعاهدات الدولية في الجزائر
تظهر أداة التخيير ((إمّا)) الواردة في المادة 165 أنّ المعاهدات الدولية تخضع لنمطين من الرقابة تماما كالنصوص التشريعية العادية⁴³، فتخضع للرقابة القبلية التي لا تقبل أي تنازل عن سمو الدستور مما يمس بمبدأ حسن النية المعتمد في اتفاقية فيينا (المطلب الأول). وللرقابة البعدية أي بعد التصديق عليها بطريقة تجعل الجزائر عرضة للمسؤولية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول / رقابة قبلية تكشف ((سوء نية)) الجزائر

أخضعت المادة 165 المعاهدات الدولية للرقابة القبلية مستعملة عبارة "قبل أن تصبح واجبة التنفيذ" بمعنى قبل التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية⁴⁴، فإلى الآن لا نرى ضيرا في ذلك، غير أنّ الضير يبدأ مع المادة 168 التي تمنع التصديق على المعاهدات غير الدستورية، حيث لم تأخذ في الحسبان ما قد يلحق موقف الجزائر في

الساحة الدولية من إخراج جراء رفض التصديق على الاتفاقية بحجة عدم دستورتيتها، فلا شك أنّ في ذلك مساس بمبدأ حسن النية وعدم جواز الاحتجاج بالقواعد الداخلية لرفض الالتزام⁴⁵.

تراجع المؤسس الدستوري منذ دستور 1989 عن الحل الذي كان قد اعتمده في المادة 160 من دستور 1976 التي نصّت على وجوب تعديل الدستور عند حدوث تعارض المعاهدة معه⁴⁶ مقتبسا الحل الذي وضعه المؤسس الفرنسي⁴⁷ غير أنّ مشكلته آنذاك كانت تتركز في عدم وجود هيئة خاصة بممارسة الرقابة الدستورية في تلك المرحلة⁴⁸، أمّا الآن وقد وجدت الهيئة، فلا إشارة إلى التعديل.

هادن المجلس الدستوريّ المؤسس في هذه المسألة، حيث سكت في نظامه عن الإشارة إلى هذه النقطة إذ اكتفى بإعادة صياغة المادة 165 كما هي⁴⁹.

ذهب بعض الكتاب الذين تعرّضوا لهذا الموضوع إلى أنّ هذا السكوت يعدّ حدّا من حدود سمو القانون الدولي على القانون الداخلي في الجزائر⁵⁰. غير أنّ آخرين يرون إمكانية اللجوء إلى تعديل الدستور لتحيينه بالنظر للمعاهدة، وما على رئيس الجمهورية إلا القيام بالإجراءات اللازمة لذلك⁵¹، غير أنّنا لسنا من أنصار الموقف الأخير نظرا أولا لعدم وجود ممارسة سابقة حتى نستند إليها، ثانيا أنّ رئيس الجمهورية سيكون في حرج كبير عند المبادرة بالتعديل الدستوري نظرا لغياب الأساس القانوني الذي سيتند إليه في ظل غيابه في المادة 168.

نؤيد بالتالي الموقف الأول، ونضيف أنّ الأمر متعمّد ويعبّر عن موقف مبدئي نظرا لتكراره في دستوري سنة 1989 وسنة 1996، هذا لأنّ الأمر يرتبط بشكل أو بآخر بموقف المؤسس الجزائري من علاقة القانون الدولي الاتفاقي بالقانون الوطني بصفة عامة⁵²، ومن قواعد القانون الدولي الكلاسيكي بصفة خاصة⁵³.

ووفقّ المؤسس الدستوري الفرنسي على خلاف المؤسس الجزائري في تنظيم الرقابة القبلية على دستورية المعاهدات، حيث أفرد نصا خاصا بها لا يعترف فيه سوى بالرقابة القبلية التي تتم بموجب قرار ملزم لجميع الهيئات⁵⁴ ولم يتم التراجع عن هذا المبدأ حتى في التعديلات الدستورية العميقة لسنة 2008⁵⁵، بالإضافة إلى نصه على ضرورة تعديل

الدستور عند تعارض المعاهدة معه حتى يتم تحيينه، وقد عرف هذا البند بالفعل تطبيقات ميدانية هامة سنتي 1992 و1998 عقب قرارات للمجلس الدستوري بعدم دستورية بعض المعاهدات.⁵⁶

نؤكد من جانبنا ضرورة أن تعمد الجزائر إلى الليونة في تعاملها مع علاقة القانون الدولي بالقانون الوطني، فقد رأينا أن التمسك بإحدى النظريتين دون الأخرى لم يعد له قيمة في وقتنا الحاضر⁵⁷، فنرى بضرورة السماح مستقبلا بتعديل الدستور لتفادي أي تأثير سلبي على علاقاتها الدولية وبالخصوص بالنسبة للمعاهدات التي تشارك في إبرامها، فنحن لم نعد نعيش في مبادئ الستينيات ولا السبعينيات، بل في عصر العولمة التي ينبغي أن تراجع الجزائر فيها جملة من مواقفها التقليدية.

نجد أنه من غير المنطقي أن يرسل رئيس الجمهورية ممثليه بأوراق تفويض فيفاوضوا ويوقعوا ويراجعوا النص تحت سلطته العليا⁵⁸ ثم يفاجئهم في آخر مرحلة من مراحل إبرامها برفض التصديق عليها بدعوى أن المجلس الدستوري قضى بعدم دستورتها، ففي ذلك تشكيك بقدرات السلطة التنفيذية بأكملها في التحكم في موضوع المعاهدة، على هذا الأساس نعيد النص المقترح للتأكيد "إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو أي التزام دولي فلا يأذن بالالتزام به إلا بعد تعديل الدستور".

المطلب الثاني/ رقابة بعديّة ترهن مسؤولية الجزائر الدولية

تثير المادة 165 من الدستور كذلك مسألة الرقابة البعديّة على دستورية المعاهدات أي بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، والمشكل الحقيقي لا يكمن في إخضاع المعاهدة للرقابة البعديّة بقدر ما يكمن في سكوت المؤسس الجزائري عن وضع أي جزء قانوني يمكن أن يمارس على معاهدة غير دستورية، إذ أن المادة 169 التي خصصها للجزء القانوني المترتب على الرقابة البعديّة لم تهتم سوى بالتشريع والتنظيم ساري المفعول.⁵⁹

أثارت هذا الوضعيّة انتباه جملة من الكتّاب، فالأستاذ محيو أقرّ بوجود تناقضات في المواد 155 و158 و159 من دستور 1989⁶⁰، تتعلق أساسا بعدم تنظيم المؤسس الدستوري للنتائج التي ستترتب على قرار بعدم دستورية المعاهدة، واكتفائه فقط بآثار

الرقابة القبليّة، فاقترح الأستاذ في حلّه للإشكال مبدأ القياس، أي اسقاط حكم المادة 158 من دستور 1989 على المادة 159 منه، وبالتالي الاعتراف لقرار المجلس الدستوري بعدم دستورية معاهدة بالأثر المشابه للرأي بعدم الدستورية من ناحية الحجية⁶¹. يرى فصلا بينهما أنّه إذا كان الرأي يمنع التصديق، فإنّ القرار يجمّد تطبيق المعاهدة، وهذا رغم ما في ذلك من مخالفة صريحة للمادة 46 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969⁶²، أمّا الأثر الذي سيتوقف بموجب قرار عدم الدستورية فهو الأثر الداخلي فقط بينما تبقى المعاهدة سارية المفعول دوليا.

استطرد في تحليله أنّ عدم النص صراحة على آثار قرار عدم الدستورية هو بمثابة إقرار ضمني من المؤسّس بعدم إمكانية وجود مثل هذا القرار أصلا (من الناحية الواقعية)، بل استبعد حدوثه، كون أنّ رئيس الجمهورية لا يمكنه المخاطرة بعرض معاهدة بعد التصديق عليها على المجلس الدستوري لتلقي ربما قرارا قد يضعه في موقف حرج إزاء الأطراف الأخرى.

لا نشاطر رأي الأستاذ محيو من عدة جوانب:

(1)- يعد توقيف أثر المعاهدة على المستوى الداخلي فقط دون المستوى الدولي أمر يصعب تحقيقه نظرا لتداخل الأثرين، فقد يكون لتوقيف آثار معاهدة على المستوى الداخلي آثارا تنصرف إلى المستوى الدولي كمعاهدات حقوق الإنسان مثلا أو معاهدات التعاون الثنائي، فتوقيف أثر معاهدة تمس بمركز الأجانب مثلا قد يعدّ إخلالا من الجزائر بالتزامها الدولي وقد يترتب عليه تجريد الطرف الآخر لالتزاماته في إطار مبدأ المعاملة بالمثل خاصة مع وجود دول تعتنق مبدأ المعاملة بالمثل كشرط لسمو المعاهدة لديها كفرنسا مثلا⁶³.

(2)- لا يترتب على هذه الوضعية مساسا بالمادة 46 من إتفاقية فيينا فحسب، بل يمتدّ المساس إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الذي تنظمه المادتين 26 و27 منها، وهو المبدأ الذي يعدّ من مبادئ السياسة الخارجية الجزائرية قولاً ورمزاً⁶⁴، حيث أنّ الاحتجاج بقواعد القانون الداخلي يعدّ خرقاً لهذا المبدأ، فكيف لها أن تنهى عن منكر وتأتي بمثله؟!

(3)- يعوز الدقة تصوره أنّ رئيس الجمهورية لن يخاطر بالإلتجاء لهذه الرقابة، فإن كان منطقياً امتناعه عن تحريك رقابة معاهدة صادق هو عليها، فما يمنعه من أن يحرك المجلس الدستوري لرقابة معاهدة صادق عليها سلفه؟ ألا تعرف الجزائر محو الرؤساء آثار بعضهم بعضاً؟!⁶⁵.

يرى الأستاذ قاسمي أنّ سكوت المؤسس متعمّد، ويقدم حليّن لتقليل احتمال حدوث مثل هذا التصادم:

(1)- يتمثل الأول في مراقبة دستورية المعاهدات المصادق عليها بالنظر إلى الدساتير التي كانت سارية المفعول وقت التصديق عليها⁶⁶، بمعنى أنّه لو تمّ التصديق على اتفاقية عام 1985 مثلاً ثم عرضت على المجلس الدستوري عام 2015، فإنّ المجلس سيفحصها بالنظر إلى دستور 1976 الساري آنذاك.

(2)- يتمثل الحل الثاني في تعديل الدستور نفسه حتى يتم إعادة التقويم القانوني لهذين النصين، قياساً على الدستور الفرنسي بالنسبة للرقابة القبلية أو الدستور الجزائري لسنة 1976⁶⁷.

نعتبر أنّ الاقتراح الأول حل مستبعد تماماً، لسبب قانوني وجيه، وهو أنّ النصوص القانونية الجديدة تنهي الأثر القانوني للنصوص القديمة المعادلة لها في القوة بالتعديل أو الإلغاء، فلا وجود لنص اسمه دستور 1976، كما أنّ المجلس الدستوري نفسه لم يبخل في نظاميه لسنتي 2000 و2012 في الإشارة إلى المادة التي تخوله رقابة دستورية المعاهدات الدولية في الدستور الحالي فقط⁶⁸.

ينعدم الأساس القانوني في الاقتراح الثاني، فمشكلته أنّ رئيس الجمهورية والمجلس الدستوري سيكونان في حرج قانوني كبير بالنسبة للأسس القانونية التي ستعتمد في هكذا تعديل، رغم كونه حل مناسب في حالة واحدة وهي حالة اعتماد الرقابة القبلية فقط من جهة، وجعل الرقابة البعدية كحل استثنائي للمعاهدات التي تمّ التصديق عليها سابقاً، لكن بناءً على نص صريح في الدستور.

قدّم الأستاذ عبد المجيد جبار تصوراً منطقياً حول خلفية وضع المادة 155 من دستور 1989 (المادة 165 حالياً) بشكلها المعروف وحول السبب في التغاضي عن إيجاد

حل لقرار المجلس بعدم الدستورية، فهو يرى في ذلك محاولة للإحتفاظ بالمجلس الدستوري كهيئة تحكيم للفصل في أي نزاع قد يثور بين السلطتين التنفيذية والتشريعية بهذا الخصوص، ممّا قد يمس بمصداقية الجزائر وحتى بشرعية المجلس⁶⁹، غير أنّ المجلس كما يراه، معروف بتحفظه الكبير فيما يتعلق بالحياة السياسية خاصة في المرحلة التي أعقبت استقالة رئيس الجمهورية الأسبق السيد الشاذلي بن جديد المقترنة بشغور المجلس الشعبي الوطني⁷⁰.

أثبت المجلس الدستوري بالفعل وفي أكثر من مناسبة عدم تقبله الزجّ به في الصراعات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولم يكن قطّ أوضح رسالة مما لمّح إليه سنة 2004 عندما رفض أن يستعمل من قبل السلطة التشريعية لمواجهة السلطة التنفيذية في خضم الصراع الذي دار بين بعض زمر السلطة⁷¹، وهذا ما يكشف ((سوء تقدير)) المؤسس الدستوري، وبالتالي عدم سداد رأي الأستاذ جبار ليس خطأ منه ولكن مقاومةً من المجلس الدستوري، مع اعتقادنا العميق بعدم زيغ الأستاذ جبار في تحليله. يُنبُتُ بما لا شك فيه عدم جدوى إخضاع المعاهدات الدولية للرقابة البعدية من أصله نظرا لطبيعتها المميزة، ولما قد تثيره من مشاكل دولية للجزائر، لذلك نرى بضرورة إلغائها، والإحتفاظ بفكرة تعديل الدستور فيها فقط كحل استثنائي بالنسبة للمعاهدات التي تمّ التصديق عليها سابقا، فمن الأفضل أن يكون الحل وطنيا لكن بتنازل بسيط في فكرة سمو الدستور على المعاهدات الدولية، فنقترح في سبيل ذلك المادة التالية: 'إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو أي التزام دولي فلا يأذن بالالتزام به إلا بعد تعديل الدستور.

يسري الحكم أعلاه استثناءً على الإلتزامات الدولية التي تم الإلتزام بها، والتي يعلن المجلس الدستوري عدم دستورتها".

خاتمة

يظهر بما لا يدع مجالا للشك، أن آثار القانون الدولي الكلاسيكي بصفة عامة، وحكم محكمة العدل الدولية لسنة 1950 بصفة خاصة لا تزال توجّه المفهوم الجزائري للمعاهدة الدولية رغم تطوره بالنظر إلى السنوات الأولى للاستقلال، إذ أنّ الدساتير

المتعاقبة بقيت متمسكة بالمفهوم الرسمي للمعاهدة، نظرا لما قيل أعلاه، ولكن كذلك لعوامل داخلية تتمثل أساسا في الطبيعة الرئاسوية للنظام السياسي الجزائري، الذي يجعل من رئيس الجمهورية حجر زاويته، ولا يحتمل أي صلاحيات دستورية ((كبيرة)) تمارس خارج رقابته.

يظهر ثقل النظام السياسي في ((منع)) وجود ممارسة بسبب عدم إخطار المجلس بشأن أية معاهدة منذ إنشائه، مما يجعل كل دراسة لها افتراضية. على ذلك أخضع المؤسس الدستوري المعاهدات الدولية لرقابة إختيارية تتفرع إلى نوعين من الرقابة، رقابة قبلية تقصي أية معاهدة غير دستورية من التصديق، وأخرى بعدية تنذر بإمكانية تحمّل الجزائر للمسؤولية الدولية.

الهوامش

¹ - المادة 1/02 (أ) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

انضمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب المرسوم رقم 222/87، المؤرخ في 13 أكتوبر 1987، ج. ر. ج. د. ش. العدد 42، لسنة 1987، ص 1571.

² - أنظر: قضية المركز الدولي لإفريقيا الجنوبية الغربية، الفتوى الصادرة في 11 جويلية 1950، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية، 1948 - 1991، ص 14، (نسخة إلكترونية) على الموقع

الإلكتروني للمحكمة: <http://www.icj.cij.org/Liste-des-affaires>.

³ - تظهر مقارنة بين المادتين 52 و54 من دستور 1958 الفرنسي هذه العلاقة:

Article 52 énonce : « *Le Président de la République négocie et ratifie les traités.*

Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification. ».

Article 54 énonce : « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ». Constitution Française de 1958 Doc, inf, web, in site: www.legifrance.gouv.fr/html/constitution

⁴ - تظهر ((شراصة)) هذا النضال خاصة في المواد 86 إلى 93 من دستور 1976 الصادر بموجب الأمر رقم 97/76، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، ج. ر. ج. د. ش. العدد 94 لسنة 1976، ص 1292.

⁵ - دستور 1963، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 64 لسنة 1963، ص 888 (باللغة الفرنسية).

دستور 1989، استفتاء 23 فيفري 1989، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89، المؤرخ في 28 فيفري 1989، ج. ر. ج. د. ش. العدد 09، لسنة 1989، ص 234.

- دستور 1996، استفتاء 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 (معدل)، ج. ر. ج. د. ش. العدد 76، لسنة 1996، ص 06.
- ⁶ - شهدت ((تراجعا)) لهذا النضال ظهر في طبيعة دستور 1989 الذي كان دستور قانون كما وصفه رئيس الجمهورية السابق السيد الشاذلي بن جديد خلال خطابه أمام اللجنة المركزية لحزب جبهة التحرير الوطني، أنظر: Journal quotidien «El-Moudjahid», N° 7402 du 30 Mars 1989 p 02.
- ⁷ - نكتفي هنا بالإحالة إلى دراسة الأستاذ أومايوف، على كثرتها:
- محمد أومايوف، عن الطبيعة الرئاسوية للنظام السياسي الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- ⁸ - تنص المادة 166 من الدستور على ما يلي: "يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، المجلس الدستوري". مرجع سابق.
- ⁹ - رغم سماح الدستور لرئيسي غرفتي البرلمان بتحريك الرقابة، إلا أن انتماء معظم القوى السياسية الموجودة في البرلمان إلى الموالاتة يمنع أية فرصة في ذلك، إلا في إطار ما يرضي الرئيس.
- ¹⁰ - تنص المادة 97 من الدستور على ما يلي:
- "يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم. ويتلقى رأي المجلس الدستوري في الاتفاقيات المتعلقة بهما. ويعرضها فوراً على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة".
- فهم الكثير من الكتاب من خلال ربما قراءتهم السطحية للمادة أعلاه أنّ معاهدات الهدنة والسلم تخضعان لرقابة قبلية إلزامية، أنظر:
- مسراتي سليمان، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 152 وما يليها.
- حورية لشهب، الرقابة السياسية على دستورية القوانين، مجلة الاجتهاد القضائي (جامعة بسكرة-الجزائر)، العدد 04، دون سنة نشر، ص 151-165، وبالخصوص ص 157.
- رابحي أحسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2006، ص 166 و 167.
- غير أنّ المجلس الدستوري نفسه، اعتبر أنّ الرقابة التي يمارسها على معاهدات الهدنة والسلم قبل عرضها على البرلمان لا تعدو أن تكون ((استشارة خاصة))، حيث نص في المادة 57 من النظام المحدد لقواعد عمله على ما يلي: "عندما يستشار المجلس الدستوري في إطار أحكام المادتين 93 و 97 من الدستور يجتمع ويبدى رأيه فوراً". النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، مؤرخ في 16 أفريل 2012، ج. ر. ج. د. ش، عدد 26 لسنة 2012، ص 04.
- غير أنه لا مانع من عرضها على رقابة الدستورية بعد استيفاء تلك الإجراءات مثلها مثل أية معاهدة، سواء قبل التصديق عليها أو بعده ولكن في إطار أحكام المادة 165 وليس المادة 97.

¹¹ - تنص المادة 131 من الدستور، المرجع السابق، على ما يلي: " يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة".

¹² - راجع الهامش رقم 01 من هذا المقال، وانظر في تعدد معاني المعاهدات:

محمد ناصر بوغزالة، "تعدد معاني المعاهدات وحالات إحداها لأثارها"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية (الجزائر)، العدد 01، 1998، ص ص 93 - 141.

¹³ - تنص المادة 11/77 على ما يلي: "يبرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها"، مرجع سابق.

¹⁴ - تعريف شخصي.

¹⁵ - راجع المواد 11/77 و131 المذكورتين أعلاه من الدستور، بالإضافة إلى المادة 132 التي تنص على ما يلي: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"، مرجع سابق.

¹⁶ - راجع:

Voir l'article 52. Op.cit.

راجع كذلك الهامش رقم 03 من هذا المقال.

¹⁷ - تنص المادة 1/165 على ما يلي: "يفصل المجلس الدستوري، بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، أما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية". مرجع سابق.

جمع المؤسس الدستوري في هذه المادة كافة النصوص الخاضعة لرقابة الدستورية في الجزائر، من

معاهدات وتشريعات وتنظيمات وقوانين عضوية ونظم داخلية لغرفتي البرلمان.

¹⁸ - تكشف القراءة المركبة للمادة 165 بالمواد 11/77 و97 و131 و132 و168 من الدستور عن أن المؤسس الجزائري لا يعترف إلا بالاتفاقات الرسمية على اعتبار ربطه التزام الجزائر بالمعاهدات الدولية بالتصديق عليها، فيكون بالتالي مدلول عبارة "واجبة التنفيذ" الواردة هو التصديق.

¹⁹ - تنص المادة 11 من الاتفاقية على ما يلي: " يمكن التعبير عن رضا الدولة بالالتزام بالمعاهدة بتوقيعها، أو بتبادل وثائق إنشائها، أو بالتصديق عليها، أو بالموافقة عليها، أو بقبولها، أو بالانضمام إليها، أو بأية وسيلة أخرى متفق عليها"، وانظر كذلك المادة 12 منها، مرجع سابق.

²⁰ - نقول هذا الكلام لأننا سنرى أدناه كثرة المعاهدات الدولية غير الخاضعة للتصديق في الجزائر.

²¹ - راجع الهامش رقم 10 من هذا المقال.

²² - خاصة فيما يتعلق بندرة طلب موافقة البرلمان للموافقة على المعاهدات ضمن أحكام المادة 131، أنظر:

محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري (الجزائر)، العدد 01، ص ص 39-58، وبالخصوص ص 42.

²³- وهي: رئيس الجمهورية، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة فقط كما توضحه المادة 166 من الدستور، راجع الهامشين رقم 08 و09 من هذا المقال.

²⁴- كان الإخطار ولا يزال من أكبر عوائق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين عموماً والمعاهدات الدولية خصوصاً، مما جعل كل دراسة للموضوع لا تخلو من المطالبة بتوسيع الإخطار إلى غير الجهات المنصوص عليها في المادة 166، فهذا المجلس الدستوري نفسه كان قد نظّم يوماً دراسياً كاملاً حول توسيع إخطار المجلس الدستوري، أنظر:

Journée d'étude sur l'extension de la saine du Conseil Constitutionnel, Revue du Conseil Constitutionnel, n° 02 – 2013, pp 49-77. Et voir les interventions suivantes :

Jean-Louis Debré, La Question prioritaire de constitutionnalité, op. cit. pp 53-62.

Ahmed Mahiou, La saisine du Conseil Constitutionnel par les parlementaires : l'expérience Française, op. cit, 63-77.

²⁵- يمكن الرجوع إلى الموقع الإلكتروني للبعثة: www.algeria-un.org Mise à jour 2007

²⁶- **Ahmed LARABA**, « Chronique du droit conventionnel ... » op.cit, p.64 et suivantes.

ينبغي الإشارة إلى أنّ الظروف السياسية والأمنية والاقتصادية التي سادت سنوات التسعينيات في الجزائر هي التي شجعتها على الالتجاء إلى هذا النمط من التعاقد الدولي، لضمان القروض المالية التي تقدمها المؤسسات المالية من جهة، وإبعادها عن رد فعل القوى العمالية من جهة أخرى، بالإضافة إلى حاجتها الماسة لإعادة بعث اقتصادها المهتم، إذ لا يخفى على أحد أنّ تلك المرحلة لم تشهد علاقة ودية بين الحكومة والنقابات العمالية بسبب غلق المؤسسات وتسريح العمال، وانظر تطرقنا للمسألة:

عبد الكريم مختاري، الممارسة الجزائرية...، المرجع السابق، ص 78 وما يليها.

²⁷- نلاحظ أن المؤسس استعمل في المادة 131 مصطلح الموافقة للدلالة على دور البرلمان في عملية التصديق، حيث تنص على ما يلي: " يصادق رئيس الجمهورية ... بعد أن توافق عليها كلّ غرفة من البرلمان صراحة ". وكذلك بنفس المعنى في المادة 97 من الدستور: " يوقع رئيس الجمهورية ... ويعرضها فوراً على كلّ غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة"، ورغم ذلك لم ينص الدستور صراحة على أنّ الموافقة على الاتفاقيات الدولية تتم بموجب قانون، وهو الأمر الذي يفهم فقط في النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان.

²⁸- **Ahmed LARABA**, « Chronique du droit conventionnel ... » op.cit.p.64 et suivantes.

²⁹- أنظر مثلاً: مرسوم رئاسي رقم 02/99 المؤرخ في 06/01/1999 المتضمن الموافقة على اتفاقية المساعدة الفنية الموقعة بجدة بين الجمهورية الجزائرية والبنك الإسلامي للتنمية في 08 نوفمبر 1998، ج. ر. ج. د. ش، العدد 02، لسنة 1999، ص 12.

³⁰- تقابلهما المادة 3/74 و6 والمادة 1/116 من دستور 1989 على أساس أنه الدستور محل دراسة الأستاذ،

وتنصان بالمناسبة على ما يلي:

- المادة 3/77: "يقرر السياسة الخارجية للأمة ويوجهها".

- المادة 6/77: "يوقع المراسيم الرئاسية".

- المادة 1/125: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للبرلمان".

³¹ - أنظر رأيها الاستشاري الصادر في 11 أبريل 1949 بخصوص قضية التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة، موجز الفتاوى والأحكام، مرجع سابق، ص 09.

³² - أبرمت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية وبين المنظمات الدولية نفسها في 21 مارس سنة 1986، ولم تصادق الجزائر عليها إلى اليوم.

³³ - تنص المادة 09 - القسم الثاني المعنونة ((الوضع القانوني للصندوق)) من اتفاقية بروتن وودز لسنة 1944 المنشئة لصندوق النقد الدولي على ما يلي: "يتمتع الصندوق بشخصية قانونية تامة، وهو يمارس بنوع خاص من الحقوق التالية:

(1)- حق التعاقد؛

(2)- حق امتلاك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها؛

(3)- حق التقاضي."

كما تنص المادة 10 منها على ما يلي: "يتعاون الصندوق، في إطار أحكام هذه الاتفاقية، مع المنظمات الدولية ذات الطابع العام ومع المنظمات الدولية المتخصصة والعاملة في مجالات لها علاقة بعمل الصندوق. وأي اتفاق لتحقيق هذا التعاون بشكل يقتضي تعديل أي من أحكام هذه الاتفاقية لا يمكن تنفيذه إلا بعد تعديل الاتفاقية وفقا للمادة 28". وكان عنوان هذه المادة ((العلاقة مع المنظمات الدولية الأخرى)) ويعني ذلك بمفهوم المخالفة أن الصندوق يعتبر منظمة دولية. راجع النظام على الموقع الرسمي للصندوق في شبكة الانترنت: <http://www.imf.org>

³⁴ - تنص المادة 1/52 من دستور 1989 على ما يلي: "لكل المواطنين الحق في العمل". مرجع سابق. وتقابلها المادة 1/55 من دستور 1996، مرجع سابق.

³⁵ - تم قبولها بموجب الأمر رقم 85/66، مؤرخ في 14 أبريل 1966، ج. ج. د. ش، عدد 31، لسنة 1966، ص 362.

³⁶ - راجع المادتين 11 و14 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المرجع السابق.

³⁷ - وهو السيد عبد العزيز بوتفليقة رئيس الجمهورية الحالي منذ أبريل 1999.

³⁸ - عددها حتى سنة جويلية 1976 حوالي 37 اتفاقا، وتأتي عادة النصوص أعلاه بالشكل الآتي:

- إن رئيس الحكومة، رئيس الوزراء

- بناء على تقرير وزير الشؤون الخارجية

- بناء على الأمر رقم 182/65 المؤرخ في 11 ربيع الأول 1385 الموافق ل10 جويلية 1965، المتضمن تأسيس الحكومة.

³⁹ - أنظر: فائز أنجق، "إبرام المعاهدات الدولية على ضوء الدستور الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية (الجزائر)، عدد 03، ص ص، 263 - 284، بالخصوص ص 588.

Ali Mebroukine, L'Algérie et les traités dans la constitution de 1976. Mémoire pour le magistère en droit. Option : droit des relations internationales. Institut des sciences juridiques et administratives. Université d'Alger, 1980, p 96 et suivantes.

⁴⁰ - انظر مثلا: مرسوم رقم 118/76، مؤرخ في 16 جويلية 1976، يتضمن نشر اتفاق التعاون التقني بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية القمور، الموقع عليه في 08 ماي 1976 بموروبي، ج.ج.د.ش. العدد 66 لسنة 1976، ص 1015.

⁴¹ - لا يحمل المشروع المقدم من رئيس الجمهورية أية إشارة إلى مسائل المعاهدات الدولية، راجع المشروع على موقع رئاسة الجمهورية: www.el-mouradia.dz consulté le 16/05/2014

⁴² - ارجع إلى المادة 11 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، والمادة 52 من الدستور الفرنسي، مرجعين سابقين. أنظر كذلك منشور الوزير الأول الفرنسي المؤرخ في 31 ماي 1997 المتعلق بكيفية إبرام المعاهدات الدولية:

Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux. J.O.R.F, n°125 du 31 mai 1997. In <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁴³ - باستثناء القوانين العضوية والنظاميين الداخليين لغرفتي البرلمان التي تخضع كلها للرقابة القبلية

الإجبارية، أنظر المواد 123 و165/2 و3 من الدستور، المرجع السابق.

⁴⁴ - يدل قرار المجلس الدستوري رقم 01 لسنة 1989 على أنّ وجوب تنفيذ المعاهدة يرتبط بالتصديق والنشر في الجريدة الرسمية، أنظر: قرار رقم 01 المؤرخ في 20 أوت 1989، المتعلق برقابة دستورية قانون الانتخابات، ج.ج.د.ش. العدد 36، لسنة 1989، ص 1049.

⁴⁵ - راجع المادتين 27 و46 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، مرجع سابق.

⁴⁶ - نصت المادة 160 من دستور 1976، المرجع السابق، على ما يلي: "إذا حصل تناقض بين أحكام المعاهدة أو جزء منها والدستور، لا يؤذن بالمصادقة عليها إلا بعد تعديل الدستور".

⁴⁷ - Voir l'article 54 de la constitution Française ; op. cit.

⁴⁸ - جبرا لذلك، كان الأستاذ بجاوي يرى بأحقية المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) على الأقل بممارسة الرقابة على المراسيم الحاملة للتصديق وبالتالي التطرق لمضمونها استنادا إلى المادة 178 من دستور 1976 التي كانت تنص: "ينظر المجلس الأعلى في قضايا الطعن في النصوص التنظيمية"

Mohamed BEJAUI, «Aspects internationaux de la constitution ... » in A.F.D.I. Paris. 1977. p.p. 75 – 94, notamment, p 82 et 83.

بينما عارضه الأستاذ مبروكين في ذلك، أنظر:

Ali Mebroukine, L'Algérie et les traités op.cit. p 145 et suivantes.

⁴⁹ - تنص المادة 05 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 16 أفريل 2012، على ما يلي: "يفصل المجلس الدستوري في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية، طبقا للفقرة الأولى من المادة 165 من الدستور"، مرجع سابق. فنلاحظ أنها تكاد تكون نسخة من المادة 165 من الدستور.

⁵⁰ - Ahmed MAHIOU, « La constitution Algérienne et le droit international » in Revue générale du droit international public (France), n° 02 1990 .p.p.419-452, notamment p. 428.

⁵¹ - انظر في هذا الصدد كل من :

محمد ناصر بوغزالة، التنازع بين المعاهدة الثنائية والقانون في المجال الداخلي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية، 1996، ص 332.

الخير قشي، " تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر"، المجلة المصرية للقانون الدولي (مصر)، العدد 51-1995، ص ص، 263-284، وبالخصوص ص 275.

Ahmed MAHIOU, «La constitution Algérienne...» op.cit. p. 427 et 428.

Abdelmadjid DJEBBAR, La politique conventionnelle de l'Algérie. Office des publications universitaires. Alger, 2000, p. 341.

⁵² - تعتبر علاقة المعاهدات الدولية مع القانون الوطني وقيمتها القانونية فيه من المواضيع الهامة التي استقطبت اهتمام فقهاء القانون الدولي العام، فانقسموا في ذلك إلى مدرستين :

* مدرسة ثنائية أو ازدواجية القانونين الدولي والداخلي التي تعتبر القانونين الدولي والداخلي نظامين قانونيين منفصلين كلية عن بعضهما، ولا علاقة بينهما سوى في إحالة أحدهما إلى الآخر.

* مدرسة وحدة القانون التي من روادها "كلسن"، فيعتبرون أنّ القانون عبارة عن وحدة متكاملة من قواعد ملزمة سواء كانت ملزمة للدول أو للأفراد أم لوحدة أخرى، فهم يعتبرون أنّ القانون الدولي والقانون الداخلي جزأين أو فرعين لنظام قانوني واحد، غير أنهم انقسموا بخصوص أولوية أحد القانونين على الآخر، فمنهم من يعتبر أنّ القانون الوطني أسعى من القانون الدولي، ومنهم من يعتبر القانون الدولي أسعى من القانون الوطني.

فقدت هذه البنى النظرية والمناقشات الجدلية أهميتها في الوقت الحاضر لعجزها عن تقديم حلول منطقية وعملية لقضية العلاقة بين القانونين الدولي والوطني، وتم تجاوزها من قبل التعامل الدولي والوطني في آن واحد، إذ أصبح لا يستوحي حله حصرًا من هذه النظرية أو تلك.

⁵³ - ارجع إلى الهامش رقم 02 من هذا المقال.

⁵⁴ - Voir les articles : 54 et 61 et 62 de la constitution Française , op.cit

⁵⁵ - باشر الرئيس الفرنسي السابق نيكولا ساركوزي إصلاحات دستورية تحت تسمية (تطوير مؤسسات الجمهورية) (*La modernisation des institutions de la république*)، وكان أهم ما استحدثه فكرة حق الأشخاص في تحريك الرقابة الدستورية لنص ساري المفعول تحت تسمية (مسألة دستورية أولوية) (*Question prioritaire de constitutionnalité*) حيث يستطيع بموجها المتقاضون، الدفع بعدم دستورية نص أثناء سير دعوى قضائية أمام الجهة القضائية العليا (حسب نوع الدعوى) والتي بدورها تحيل الملف إلى المجلس الدستوري بموجب قرار إحالة، فيفصل فيه بقرار يدخل حيز التنفيذ إما يوم إصداره لقراره أو في الميعاد الذي يحدده بنفسه، غير أنّ هذا الحق يقتصر فقط على النصوص التشريعية التي تمس الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور الفرنسي، بينما يستبعد أية إمكانية بخصوص المعاهدات الدولية.

Voir l'article 61-1 de la constitution Française, op .ct.

⁵⁶ - تم تعديل الدستور الفرنسي في 25 جوان 1992 بإضافة المادة 3/88 عقب قرار المجلس الدستوري المؤرخ في

09 أبريل 1992 بعدم دستورية بعض أحكام اتفاقية ماستريخت الموقعة في 07 أبريل 1992، أنظر:

Décision N°92-308 DC du 9 avril 1992, J. O. R. F, du 11 avril 1992, p. 5354.

Ou sur le site du conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

- كما تم إضافة المادة 1/53 بمناسبة قرار المجلس الدستوري بعدم دستورية بمعاهدة روما المنشئة للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998، راجع :

Décision N°98 – 408 DC du 22 janvier 1999, J. O. R. F du 24 janvier 1999, p. 1317.

Ou sur le site du conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

⁵⁷ - راجع الهامش رقم 52 من هذا المقال.

⁵⁸ - فالمرسوم الرئاسي رقم 403/02، المتعلق باختصاصات وزارة الشؤون الخارجية يبين بوضوح أن كل ما يتخذ من إجراء في إطار السياسة الخارجية، إنما يتخذ تحت السلطة العليا لرئيس الجمهورية أي تحت رقابته، حيث تنص المادة الأولى منه على ما يلي: "تكلف وزارة الشؤون الخارجية، تحت السلطة العليا لرئيس الجمهورية وطبقا لأحكام الدستور، بتنفيذ السياسة الخارجية للأمة وكذا بإدارة العمل الدبلوماسي والعلاقات الدولية للدولة. ويساهم عملها في انجاز برنامج الحكومة". مرسوم رئاسي رقم 403/02، مؤرخ في 26 نوفمبر 2002، يحدد صلاحيات وزارة الشؤون الخارجية، ج. ر. ج. د. ش، عدد 79، لسنة 2002، ص 04.

⁵⁹ - تنص المادة 169 من الدستور، المرجع السابق، على ما يلي: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس".
⁶⁰ - وتقابلها المواد 165 و168 و169 من دستور 1996.

⁶¹ - Ahmed MAHIOU, « La constitution Algérienne et le ... ». op.cit. p. 429.

⁶² -Ibid

⁶³ -Voir l'article 55 de la constitution Française, op.cit.

وقد سبق أن رفض مجلس الدولة الفرنسي تطبيق اتفاق ثنائي أبرم بين فرنسا والجزائر، بسبب عدم تطبيقه من قبل الأخيرة، أنظر:

C.E .Ass. N° 180277 du 29/04/1999. M^{me} Yamina Chevrol-Ben keddach. Rapp SWARTZ
in site: www.légifrance-gouv.fr/JurisprudenceNational

⁶⁴ - لتحليل مبدأ حسن النية و موقف الجزائر منه إرجع إلى:

Abdelmadjid DJEBBAR, La politique conventionnelle Op.cit. p. 86 et suivantes.

⁶⁵ - ألم يخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري بخصوص الأمر المتعلق بمحافضة الجزائر الكبرى؟ وهو الذي كان قد أصدره الرئيس السابق السيد اليامين زروال؟ أنظر:

- أمر رقم 15/97 مؤرخ في 31 ماي 1997، المحدد للقانون الأساسي لمحافضة الجزائر الكبرى، ج. ر. ج. د. ش، العدد 38، لسنة 1997، ص 06.

- قرار رقم 02/ م د/ 2000، مؤرخ في 27 فيفري 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 15/97 المؤرخ في 31 ماي 1997، المحدد للقانون الأساسي لمحافضة الجزائر الكبرى، ج. ر. ج. د. ش، العدد 07، لسنة 2000، ص 03.

⁶⁶ -Ammar GUESMI, « Contrôle de constitutionnalité en Algérie. Réalités et perspectives »
in Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques. N° 01 et 02. 1991. p.p. 65-78, notamment p. 72.

⁶⁷ - Ibid, p.74.

⁶⁸ - تنص المادة 06 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 28 جوان 2000، ج. ر. ج. د. ش، العدد 48 لسنة 2000، ص 27 على ما يلي: "يفصل المجلس الدستوري في ... طبقا للفقرة الأولى من المادة

165 من الدستور"، وهو النص نفسه الذي انتقل إلى المادة 05 من النظام الجديد المؤرخ في 16 أبريل 2012، المرجع السابق.

فإذا كان المجلس في كلا النظامين يربط مجال رقابته للمعاهدات بدستور 1996، فكيف نلزمه بدستور سابق لم يكن يعترف بوجوده أصلاً كدستور 1976؟

⁶⁹ - Abdelmadjid DJEBBAR, La politique conventionnelle de l'Algérie . op.cit. p. 287.

⁷⁰ -Ibid.

⁷¹ - أنظر: رأي رقم 04/01، مؤرخ في 05 فيفري 2004، يتعلق بمطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر رقم 07/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 09 لسنة 2004، ص 16.

شهدت سنة 2004 أزمة سياسية بين رئيس الجمهورية ورئيس حكومته السيد على بن فليس، انتهت بإقالة الأخير بموجب المرسوم الرئاسي رقم 206/03، المؤرخ في 05 ماي 2003، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 32 لسنة 2003، ص 20. انظر الإشارة إليها:

عبد الكريم مختاري، "المجلس الدستوري وإصلاح النظام الانتخابي الجزائري -حكم دستوري أم محكمة انتخابية؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 08، العدد 02-2013، ص ص 84-111، بالخصوص ص 90 وما يليها.

استعمل المجلس الدستوري عبارات حاسمة في تصديه لمحاولة النواب جعله جهة لاستقبال دعاوى قضائية بالنسبة لشكاوى المترشحين للانتخابات الرئاسية، حيث أوضح أنه ليس جهة قضائية وأن المادة 162 جعلته جهة مراقبة تطابق العمل التشريعي بالدستور، أنظر الرأي أعلاه.

حفظ المزايا الفردية المكتسبة للعامل*

BELMIHOUB Abdenacer
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques Université de Tizi Ouzou

بلمهوب عبد الناصر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تيزي وزو

ملخص

تعدّ نشأة المزايا في قانون العمل كأثر مباشر للنظام العام الاجتماعي، الذي يسمح دوماً بالتحسين الاتفاقي للوضعية المهنية والاجتماعية للعمال. فالمزيتة تتضمن شيئاً إضافياً لشخص ما فهي تحمل ضمناً فكرة تفضيل لشخص مقارنة بغيره، إذ في الأصل لهم نفس الحقوق.

الكلمات الدالة

قانون العمل، مبدأ الأفضلية، النظام العام الإجتماعي.

Save individual advantages acquired to worker

Summary

The majority of lawyers are not interested in identifying a clear concept of the system of acquired advantages in labor law. The Algerian law does not mention this concept, he only associated with unfair dismissal under Article 73-4 of the 90-11 law on labor relations.

Is defined as any conventional amelioration advantage of workers' rights derived from the legislation or regulations or agreements and collective agreements or individual contracts.

The advantage is considered acquired either as soon as the emergence of the right who decided, or if it is not possible to cancel it, or must the employee's agreement to its revision.

Key words

Individual advantages, collective advantages, acquired advantages, adjustment of acquired advantages, renunciation on acquired advantages

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/07/20 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/09/08 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Résumé

L'avènement de la faveur (avantage) en droit du travail est le résultat direct de l'ordre public social qui permet l'amélioration conventionnelle de la situation professionnelle et sociale des travailleurs. L'avantage porte en lui l'idée selon laquelle une personne est nettement favorisée par rapport à autrui alors qu'ils jouissent des mêmes droits.

Mots-clés

Droit du travail, principe de faveur, ordre public social.

مقدمة

يهدف تشريع العمل عموماً إلى تحقيق توازن المصالح المتناقضة بين صاحب العمل مع العمال، حفاظاً على السلم والاستقرار الاجتماعيين، وبما أنّ هذه المهمة في بعض الأحيان لا يحققها الشركاء الاجتماعيين لوحدهما تتدخل الدولة لتحديد التوازن لهذه العلاقة كلما اختلّت، وذلك عن طريق حماية الطرف الضعيف اقتصادياً في هذه العلاقة، وهم العمال.

لكن التطور الذي عرفه المجتمع والعلاقات القانونية عموماً جعلت من أن تدخل الدولة لا يهدف فقط حماية الطرف الضعيف لكن يتجه أيضاً للمحافظة على مناصب العمل، إذ تقلّص دور الدولة في النشاط الاقتصادي في ظل النظام المتبع -الاقتصاد الحر- ولذا فلا يمكنها أن تُحمّل أصحاب العمل ما لا يطيقونه من الناحية الاقتصادية، إذ هم يهدفون إلى تحقيق المردودية والفعالية الاقتصادية، لأنّ قواعد القانون التجاري وقواعد السوق عموماً لا ترحمهم، فالبقاء لمن تمكّن من تحقيق نتائج اقتصادية باهرة.

لذلك في حالة تنامي نشاط المؤسسة فإنّه من الطبيعي أنّ مطالب العمال بتحسين أوضاعهم الاجتماعية يمكن أن تُحقّق من قبل صاحب العمل لأنّ مؤسسته قد حققت أرباحاً، وذلك يكون بموجب اتفاقيات أو اتفاقات جماعية يبرمونها، يستفيد من خلالها العمال في المؤسسة بمجموعة من المزايا في الجانب المالي والمهني. وعلى العكس، في حالة ما إذا عرفت المؤسسة الاقتصادية ركوداً أو صعوبات اقتصادية تجعلها عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها الاجتماعية تجاه عمالها، والاستمرار في تنفيذها قد يؤدّي إلى إفلاسها، فهي بحاجة إلى تعديل كل المزايا التي كان يستفيد منها العمال.

فهل هذه المزايا الفردية المكتسبة تبقى سارية لا يمكن تعديلها مهما كانت الظروف التي تمر بها المؤسسة؟ أم أنه يمكن التنازل عنها أو تعديلها؟

1/ مفهوم المزايا المكتسبة في قانون العمل

بما أنّ الهدف من ظهور تشريع العمل وتنظيمه بأحكام خاصة، مغايرة للأحكام العامة المطبّقة على العقود الواردة في التقنين المدني جاء لحماية الطبقات العمالية، نظر لعدم تكافؤ المراكز بين العمال وأصحاب العمل من الناحية الاقتصادية على الأقل، فدور القانون يكمن أساسا في إعادة التوازن لهذه العلاقة المختلة، بتحديد قواعد دنيا يخضع لها أطراف العلاقة، كما يسمح القانون للعامل أن يكتسب مجموعة من المزايا التي تضمن له ديمومة نسبية لهذا التوازن بين تلك المصالح المتناقضة.

1/ تعريف المزية في قانون العمل

إنّ نشأة المزايا في قانون العمل هو أثر مباشر للنظام العام الاجتماعي، الذي يسمح دوماً بالتحسين الاتفاقي للوضعية المهنية والاجتماعية للعمال¹. فالمزيتة تتضمن شيئا إضافيا لشخص ما فهي تحمل ضمنا فكرة تفضيل لشخص مقارنة بغيره، إذ في الأصل لهم نفس الحقوق².

لكن الفقه لم يعتن كثيرا بمسألة تحديد مفهوم واضح لنظام المزايا في قانون العمل، بل نجد غالب الفقه الفرنسي يتطرق لهذا المفهوم حين التطرق إلى الاحتفاظ بالمزايا المكتسبة للعامل حين نقض الاتفاقية أو الاتفاقات الجماعية للعمل³. إذ نجد معجم القانون للأستاذ CORNU حين تطرق إلى مفهوم المزية عرفها لغويا أما التعريف القانوني فاكتفى فقط بتعريف المزية المكتسبة⁴.

كذلك في القانون الجزائري لم يعتن الكتاب كثيرا بالمسألة إلا حين الحديث عن التسريح التعسفي واحتفاظ القاضي للعامل ب"الامتيازات" المكتسبة⁵.

أ/ تعريف المزية

بالرغم من أنّ الفقه لم يهتم كثيرا بتعريفها⁶، فنجد أول الفقهاء من حاول وضع تعريف للمزايا في قانون العمل الأستاذ DURAND إذ يعرفها بأنها [المعاملة الأكثر نفعا من تلك التي كان العامل يستفيد منها]⁷. كذلك عرفها الأستاذ DESPAX بأنها [كل تحسين

يضاف إلى النظام الأدنى المكرّس قانوناً⁸. نلاحظ من خلال هذه التعاريف أنّها عامة ولم تحدّد مفهوم المزايا بشكل دقيق.

لذا يرى الأستاذ ALIPRANTIS أنّ المزايا لا يمكن تعريفها بشكل منفرد بل تجب المقارنة بين نصين قانونيين للقول أنّ أحدهما يتضمن مزايا، فتُستشف المزية إذن بمقارنة نص بآخر. فلا وجود لمزية لوحدها ولا تتحقّق فقط بوجود نص قانوني واحد. لأنّ النصّ الأول ينشئ حقوقاً والتزامات، ثمّ النصوص اللاحقة يمكن أن تتضمن مزايا إن كانت أكثر نفعاً للعامل. كأن يتضمن حقوقاً أكثر أو التزامات أقل⁹. فالنص الذي نقول عنه أنّه يتضمن مزية هو الذي ينشئ وضعا مريحا أكثر للعمال، فالمزية تكون بنص يمنح حقوقاً أكثر أو يفرض التزامات أقل.

لذا يمكن تعريف المزايا حسبه بأنّها [المركز القانوني الذي يُنشأ بقواعد قانونية أكثر رغداً أو أقل إرهاقا للعمال من ذلك الذي أنشئ بقواعد قانونية أخرى¹⁰]. لكن بهذا التعريف يُدخّل فيه الأستاذ ALIPRANTIS عوامل نفسية واجتماعية التي يشعر بها العام¹¹، وهو ما يُبعد بذلك "المزية" عن مجال المفاهيم القانونية.

كذلك نجد الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تعرّفها بشكل عام في إحدى قراراتها¹² كونها (... تشمل جميع الحقوق المترتبة عن علاقة العمل القائمة حين التسريح بما في ذلك الأجور التي كان يتقاضاها العامل).

لكن هل المزايا يمكن أن يكون مصدرها التشريع أو التنظيم؟ الحقيقة أنّ الفقه منقسم في الردّ على هذه المسألة. فحسب الاتجاه المضيّق لمفهوم المزايا يرى أنّ الأصل في القواعد التشريعية والتنظيمية لا تُنشئ إلّا حقوقاً في قانون العمل، (فالقانون يولّد حقوقاً لفائدة العمال لا مزايا¹³)، أمّا المزايا فتُنشأ فقط بموجب الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية ومن عقد العمل الفردي أو من العادات المهنية أو من تعهد فردي لصاحب العمل¹⁴.

كما أنّ مصطلح "مزايا" قد دُرّج على استعماله للدلالة على الحقوق المتولدة من الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية وكذلك من العادات المهنية والتعهد الفردي لصاحب العمل، فلذلك ظهر مصطلح "المزايا" في قانون العمل¹⁵. فمصدر المزايا لا يمكن أن يكون

التشريع والتنظيم بل فقط المصادر الأدنى حتى يمكن المقارنة بينهما. لكن نلاحظ أنّ الفقه والقضاء الفرنسيين لم يسايرا هذا الرأي، إذ نجد مجموعة *دالوز* قانون العمل تُعرّف المزايا على أنّها كل تحسين¹⁶ اتفقي لحقوق العمال مستمدة من التشريع أو التنظيم أو الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أو عقد العمل الفردي مثل مهلة الإخطار، العطل المدفوعة الأجر، التعويض عن الذهاب للتقاعد، شبكة الأجور الخاصة بالمؤسسة¹⁷.

كذلك القضاء الفرنسي لا يُقضي التشريع والتنظيم من إمكانية تضمن قواعد مزايا للعمال¹⁸، خاصة حين مقارنته بالقواعد التشريعية والتنظيمية الأخرى السارية¹⁹. لذا ظهر اتجاه ثانٍ يوسّع من مفهوم المزايا في قانون العمل إذ يعتبر أنّ القواعد التشريعية والتنظيمية يمكن أن تأتي بمزايا يستفيد منها العامل. إذ بإمكان النظر نلاحظ أنّ القواعد التشريعية والتنظيمية دوماً تنشئ حقوقاً في الأصل، لكن إن أمكن مقارنتها بقواعد قانونية من المرتبة نفسها أو من مرتبة أدنى في هرم التدرج وإن كانت أكثر نفعاً للعامل هنا تتحوّل ما تضمنته هذه الأخيرة من حقوق إلى مزايا²⁰، لأنّ هذه القواعد التشريعية أو التنظيمية يمكن مقارنتها بقواعد قانونية أخرى وجدت قبلها. لكن هذه المزايا التي يستفيد منها العامل نلاحظ أنّها على نوعين، إما تكون فردية يستفيد منها العامل بشكل فردي أو جماعية لا يمكن أن يتمتع بها العامل إلاّ في إطار جماعي، لذا وجب التمييز بينهما.

ب / تمييز المزايا الفردية عن المزايا الجماعية

إنّ المزايا التي يستفيد منها العامل يمكن أن تكون فردية أو جماعية، فحسب حكم أول محكمة النقض الفرنسية²¹، تكون المزية فردية إن كان أصلها عقد العمل الفردي، بالعكس تعتبر المزايا جماعية إن كانت مستمدة من اتفاقية أو اتفاق جماعي للعمل. الملاحظ أنّ فواصل التمييز الواردة في حكم محكمة النقض الفرنسية هذا، سهل التطبيق من الناحية العملية، لكنه غير صحيح مطلقاً، إذ هناك مزايا فردية في عقود العمل الجماعية أيضاً. فإن كان صحيحاً أنّ كل ما يتضمّن عقد العمل الفردي من مزايا فهي فردية، ويكون التمتع بها بشكل فردي مطلقاً، أمّا ما يتضمّن الاتفاقية أو الاتفاق

الجماعي للعمل ليس كلها مزايا جماعية إذ يتضمن مزايا يمكن للعامل أن يستفيد منها بشكل فردي فهي بهذا الوصف فردية إذن.

بعد ذلك أصبحت محكمة النقض الفرنسية تميّز بينها كالتالي: تكون المزية فردية إن كانت تعني نظام العمل (الأجور، مدة العمل، أوقات الراحة والعطل...). وعلى العكس تعتبر المزايا جماعية إن كانت تعني جماعة العمال (تمثيل العمال، الحق النقابي...) ²².

إن موقف محكمة النقض الفرنسية هذا صعب التطبيق عمليا لأننا يجب أن نتفحص كل مزية يستفيد منها العامل على حدى هل هي مزية فردية أو جماعية، وإن كان صائبا.

بالتالي بالرغم من هذا التمييز، نلاحظ أنه لتحديد فاصل بين المزايا الجماعية والفردية أمر صعب ²³ ويحتاج إلى التعامل مع كل المزايا على حدى لأنه لا وجود لضابط فاصل بينهما ²⁴.

وفي آخر أحكام محكمة النقض الفرنسية تعتبر المزية فردية حينما يتحصّل العامل على مكافأة أو حق يستفيد به بشكل فردي ويقابله حق قائم ليس مجرد حق محتمل ²⁵. أما المزية الجماعية هي تلك التي لا يمكن ممارستها بالنظر إلى طبيعتها إلا من طرف جميع العمال أو فئة منهم على الأقل ²⁶.

لكن نلاحظ أن المزايا يتم إنشاؤها بطرق إما إرادية أو اتفافية، ذلك يسبق مسألة صيرورة هذه المزايا مكتسبة من طرف المستفيد منها. فهناك قواعد تنشئ حقوقا التي تتحوّل بدورها إلى مزايا إن كان الحق الذي أنشأته تلك القاعدة أكثر نفعا للعامل من كل الحقوق التي تضمنتها القواعد الأخرى محل التدافع ثم يمكن اكتسابها بموجب فعل اكتسابي ²⁷.

2 / اكتساب العامل للمزايا الفردية

الأکید أنّ ليس كل نظام المزايا في المؤسسة تصير مكتسبة للعامل لذلك ضروري أن نبيّن الوقت أو الزمن الذي تصبح مزية من المزايا مكتسبة للعامل.

في التشريع الجزائري هناك نص وحيد يشير إلى فكرة المزايا المكتسبة؛ حيث تنص المادة 73-4 من قانون 90-11 ²⁸ على: (...وإذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73

أعلاه، يعتبر تعسفياً.

تفصل المحكمة المختصة ابتدائياً ونهائياً إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ "بالمزايا"²⁹ المكتسبة... من خلال هذا النص عندما يتوصّل القاضي إلى أنّ التسريح التآديبي كان تعسفياً ينظر إلى نية الطرفين إن كانا مستعدين لحل إعادة إدماج العامل في منصبه، فيحكم القاضي بإدماجه مع تمكينه من الاحتفاظ بالمزايا المكتسبة. لكن السؤال الذي يبقى مطروحاً هو المقصود بالمزايا المكتسبة حسب مفهوم المادة السابقة التي تحفظ للعامل بعد رجوعه لمنصب عمله.

هل المقصود أنّ نظام المزايا الساري في المؤسسة قبل التسريح -المعتبر تعسفي-؟ أم أنّ المقصود هو إفادة العمال بكل المزايا التي كان يستفيد منها قبل تسريحه بالتالي إفادته بها من تاريخ تسريحه -التعسفي- إلى غاية التاريخ الفعلي لإدماجه في منصبه الأصلي؟ أو تلك المزايا القائمة التي كان يمكن أن يتمتع بها لو بقي في منصب عمله؟

أ / معنى اكتساب المزايا من قبل العامل

القول بأنّ مزية مكتسبة توجي بأربعة معاني؛ إما أنّ المزية تكتسب بمجرد نشأة الحق الذي يقرّها، أو أنّ المزية المكتسبة هي تلك التي لا يمكن إلغاؤها، أو يمكن اعتبارها تلك التي لا يمكن إلغاؤها إلا بقبول صريح من قبل العامل لأنها ولجت المجال التعاقدية لذلك فهي مزية مكتسبة، أو أنّ المزايا تكتسب باعتبارها حقاً محققاً³⁰.

بالرجوع إلى قرارات الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، نرى أنّ المقصود بالمزايا المكتسبة إفادة العامل بجميع المزايا التي كان يستفيد منها قبل التسريح، أي من تاريخ تسريحه -التعسفي- إلى غاية تاريخ النطق بالحكم³¹، فعلى القاضي أن يبيّن في حكمه³² ما هي هذه الحقوق وأن يحددها نقداً³³ إن كانت قابلة للتقويم بالنقد، ومن هذه المزايا المكتسبة مبالغ الأجور التي لم يتلقاها العامل خلال فترة تسريحه³⁴.

فلاحظ من خلال اجتهاد الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا أنّها تعتبر المزايا مكتسبة للعامل بمجرد الاستفادة منها، لكن نعلم أنّ العامل يمكن أن ينشأ له حق في ذمة صاحب العمل لكنه لم يستفد منه فعلاً وتمّ تسريحه من منصبه قبل ذلك. فلو نتبع اجتهاد الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا فلن تكتسب مثل هذه المزايا من قبل العامل

بالتالي لا تحفظ له حين رجوعه لمنصب عمله من جديد.

ب / كيفية اكتساب العامل المزايا الفردية

لا نجد في تشريع العمل الجزائري إشارة إلى كيفية اكتساب العامل للمزايا، كذلك بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي يخلو من أي نص يبين كيفية اكتساب المزايا الفردية من قبل العامل³⁵.

إنّ اكتساب العامل للمزية الفردية لا يكون إلاّ في سياق المقارنة، فيجب أن تكون الأحكام تتضمن نفعاً أكثر للعامل مقارنة بالأحكام الواردة في النصوص الأخرى، بذلك يمكن اكتساب المزايا التي وردت في تلك الأحكام التي كانت أكثر نفعاً للعامل. أمّا إن كانت الأحكام الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية هي الأكثر نفعاً للعامل فتطبّق دون القول بأنّها مكتسبة، إذ تعديل النص التشريعي أو إلغاء ما تضمنه يطبّق على العمال دون أن يكون لهم أي حق في التمسك بما تضمّنهما النص التشريعي القديم³⁶.

- اكتساب المزايا الفردية بعد استفادة العامل منها

لما تأتي أي من الأحكام في أي مصدر من المصادر الاتفاقية أو المهنية بمزايا أحسن ممّا هو منصوص عليه في النصوص التشريعية أو التنظيمية، فيمكن للعامل أن يستفيد منها مستقبلاً. يبقى الأمر كذلك حتى تتوفر شروط استفادته منها، مثلاً لو نصّت الاتفاقية الجماعية الجديدة على مدةٍ للعطلة السنوية أكثر مما جاء به القانون فلا يكتسب العامل هذه المزية إلاّ بعد استفادته بها فعلاً، ويكون ذلك بتحقيق شروط ذلك أي بالعمل لمدة سنة كاملة.

فالمزية تصير مكتسبة لما يستفيد منها العامل فعلاً، وهو الأمر الذي كان عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي³⁷. كذلك في التشريع الجزائري على حسب تعبير الأستاذ ذيب عبد السلام فإنه يميل إلى الأخذ بالرأي القائل بأنّ المزايا المكتسبة هي تلك التي استفاد العامل منها فعلاً³⁸، رغم غياب أي نص صريح يوحي بذلك.

- اكتساب المزايا الفردية إن كانت قائمة

لوحظ أنه في بعض الأحيان بالرغم من توفر كل الشروط التي تمكّن العامل من الاستفادة من المزية فعلاً لكنه لم يستفد منها فعلاً، فهل في هذه الحالة تعتبر المزية

مكتسبة للعمال أم لا؟

بعد توفر شروط استفادة العامل من المزية فنقول أنّ الحق قد نشأ ولو حال أمر ما دون استفادته منها فعلا فهذا الحق وُلد دينا على عاتق صاحب العمل، لذلك يعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي أنّ المزية لا تكتسب باستفادة العامل منها فقط بل بمجرد صيرورة الحق قائما ولم يبقى مجرد حق محتمل.³⁹

مثلا الحق في التعويض عن التسريح للتقليص من عدد العمال لأسباب اقتصادية المنصوص عليه في الاتفاقية الجماعية هو مجرد حق محتمل، ولا يمكن اعتباره مزية إلاّ إن كان أكثر فائدة للعامل من التعويض المنصوص عليه في المصادر الأخرى لقانون العمل، ولا يكتسب إلاّ بإنهاء العقد من قبل صاحب العمل بإتباع إجراءات تقليص عدد العمال لأسباب اقتصادية، فصار قائما حينئذ وليس مجرد حق محتمل.

كذلك الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 18 جانفي 2000⁴⁰، تعتبر المزية مكتسبة (حيث أنّ "الامتيازات" المكتسبة تعتبر حقوقا قائمة وغير احتمالية يستمدّها العامل إمّا من القانون وإمّا من النظام الداخلي وإمّا من عقد العمل وإمّا من الاتفاقيات الجماعية وكان يستفيد منها طلبة سريان علاقة العمل، وأنّه وعلى هذا الأساس تعتبر الامتيازات المكتسبة بمثابة الحقوق المكتسبة).

نلاحظ أنّ الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا تعتبر أنّ المزايا المكتسبة حقوقا قائمة وغير احتمالية لكن يجب أن يستفيد العامل منها لتصير مكتسبة بالتالي أنّ المزايا لا تكتسب إلاّ باستفادة العامل منها. غير أنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي يشترط فقط صيرورة المزية قائمة لاكتسابها حتى ولو لم يستفد منها العامل فعلا.

كذلك يجب التمييز بين الحقوق المكتسبة كمفهوم قانوني عام، عن المزايا المكتسبة كمفهوم قانوني خاص بقانون العمل.

لكن نلاحظ أنّ المزايا لما يكتسبها العامل فهو حق نشأ في الماضي ويجب حفظه مستقبلا، فيجب أن تكون هناك آليات للاحتفاظ بهذه المزايا المكتسبة مستقبلا خاصة لما يزول مصدر نشأته.

II / تعديل المزايا الفردية المكتسبة

إن المزايا الفردية المكتسبة يستفيد منها العامل، وبالتالي فإنه يفترض أنها تبقى سارية إلى غاية نهاية الحياة المهنية للعامل. لكن ذلك نادر الحدوث نظراً للوضعية والظروف التي قد تعرفها المؤسسة لذا يمكن تعديل المزايا ولو صارت مكتسبة بمزايا توفر حماية أفضل أو أقل للعامل، كما يمكن أن يسمح التشريع بالحدّ من الاستفادة من بعض المزايا ولو كانت مكتسبة بشكل مؤقت.

1/ تعديل المزايا الفردية المكتسبة بمزايا جديدة

إنّ الأصل في المزايا الفردية المكتسبة لا يمكن تعديلها أو التراجع عنها مهما كانت الظروف التي تمر بها المؤسسة، لأنها صارت حقاً مكتسباً⁴¹ لا يمكن التراجع عنه سواءً من قبل المشرع بموجب النصوص التشريعية⁴². أو صاحب العمل بموجب التفاوض الجماعي - عقود العمل الجماعية-

لكن ما الحل حين يكتسب العامل مزية فردية، ثم يأتي نص تشريعي أو اتفاقي أنفع وأفضل للعامل من المزايا الفردية التي اكتسبها من قبل. كذلك لما تعرف المؤسسة أوضاعاً اقتصادية صعبة فتحتاج إلى إعادة النظر في المزايا التي يتمتع بها العمال من أجل تجاوز تلك الأوضاع.

- قبول التحسين الإيجابي للمزايا الفردية المكتسبة

إذا كانت المزايا الفردية مكتسبة بموجب عقد العمل الفردي، فإنّ المادة 62 من قانون 90-11 تنص على: [يعدل عقد العمل إذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية تملّي قواعد أكثر نفعاً للعمال من تلك التي نص عليه عقد العمل]. فطبقاً لهذا النص تعدل المزايا الفردية المكتسبة إن كانت قواعد أخرى تشريعية أو اتفاقية أنفع للعامل مما تضمّنه عقد العمل من مزايا فردية.

إذ في قانون العمل لا يعمل بمبدأ التدرج الهرمي للقواعد القانونية فلا تطبق بشكل آلي القاعدة الأسى بل تطبق الأحكام الأكثر نفعاً للعامل من بين جميع المصادر المتدافعة⁴³.

والمشكل المطروح هل المزايا الجديدة الأكثر نفعاً للعامل التي تعدل مزايا فردية مكتسبة وردت في عقد العمل، هل تصير هي الأخرى مكتسبة أم لا؟ الحقيقة أنّ هذه المزايا الجديدة نتوصّل إلى كونها أكثر نفعاً للعامل حين مقارنتها بالمزايا المكتسبة السارية، لأنّ هناك حاجة إلى تطبيقها على العامل، بالتالي فلتمّا نتوصّل إلى اعتبار أنّ الأحكام الجديدة أنّها أكثر نفعاً للعامل فتطبّق ويستفيد منها، بذلك توفرت شروط اكتساب هذه المزايا الجديدة.

كما أنّ مبدأ تطبيق الأحكام الأكثر نفعاً للعامل، أكّده القضاء الجزائري في قرار صدر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا⁴⁴، حين فضلت تطبيق النظام الداخلي الأفيد والأرحم في المجال التأديبي للعامل واستبعدت تطبيق نص تشريعي [هو نص المادة 73 من قانون 11-90]. بالرغم من أنه من الناحية القانونية لا أساس تشريعي صريح لهذا المبدأ، لكن البعض حاول تأسيسه بالرجوع إلى المادة 118 من قانون 11-90⁴⁵، بالرغم من أننا نرى تأسيسها بالرجوع إلى نص المادتين 136⁴⁶ و137⁴⁷ من قانون 11-90، فبمفهوم المخالفة للنص الأخير يفهم أنّ الشرط المخالف باستنقاص الحماية المقررة للعامل بموجب التشريع أو الاتفاقيات هو الباطل فقط، أما الشرط الوارد في عقد العمل ويوفر حماية أفضل مما ورد في التشريع أو الاتفاقيات الجماعية فهو صحيح وجائز، وهو النص الذي يجد طريقاً للتطبيق.

- التنازل الفردي عن المزايا الفردية المكتسبة

من حيث المبدأ فإنّ التنازل الفردي عن المزايا المكتسبة باطل وعديم الأثر، لكن يجب التمييز بين المزايا المكتسبة المقررة في المصادر الاتفاقية مع تلك المزايا المقررة في عقد العمل الفردي، إذ لا يجب الخلط بين الصفة الآمرة للمزايا الواردة في المصادر الاتفاقية مع القوة الملزمة للمزايا التعاقدية⁴⁸.

فإن كان لا يمكن للعامل التنازل عن المزايا المكرسة بموجب المصادر المهنية، نجد أن ذلك ممكناً في المزايا التعاقدية المكرسة في عقد العمل الفردي.

* التنازل الفردي عن المزايا الفردية المكتسبة الواردة في مصادر مهنية

إنّ المزايا التي يكون مصدرها إحدى المصادر المهنية لها طبيعة أمر، إذ طبقا لمقتضيات النظام العام الاجتماعي فالعامل بشكل فردي يمكنه فقط أن يخالف المصادر المهنية بشكل إيجابي أما الحدّ أو التنازل عن المزايا المكتسبة بموجب المصادر المهنية فهو تصرف باطل، طبقا لنص المادة 137 من قانون رقم 90-11 التي تبطل كل بند في عقد العمل الفردي يخالف الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية باستنفاصه من الحماية التي توقّرها للعامل.

إذن للاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أثر أمر فوري وتطبق بشكل آلي، فلا يمكن لإرادة العامل الصريحة أن تستبعد تطبيق أحكامها، بأن يتخلى عن الاستفادة من المزايا التي تضمّتها⁴⁹.

كذلك يكون باطلا وعديم الأثر تخلي العامل عن المزايا التي يستفيد منها بموجب النظام الداخلي، لأنّ النظام الداخلي يستمد قوته الملزمة من القانون مباشرة⁵⁰، كما أنه مستقل عن عقد العمل الفردي فلا يمكن مخالفته إلا بما هو أكثر نفعا للعامل. والأمر نفسه يطبق بالنسبة للمصادر المهنية الأخرى غير الشكلية (عادات المؤسسة والتعهد الفردي لصاحب العمل)، فهي مصادر تهتم مجموع العمال (جماعية) وبالتالي لا يمكن التنازل عن ما تضمنته هذه المصادر من مزايا اكتسبها العامل⁵¹.

* التنازل الفردي عن المزايا الفردية المكتسبة الواردة في عقد العمل الفردي

إذا كانت المزايا الفردية المكتسبة مصدرها بنود في عقد العمل الفردي فيمكن للإرادة الفردية للعامل التنازل عنها. فما تم بتراضي الطرفين يمكن التخلي عنه بإرادة الطرفين، وهذا تطبيقا للقوة الملزمة للعقد فالعقد قانون المتعاقدين.

فعلا العامل يمكنه التنازل عن المزايا الفردية المكتسبة بموجب عقد العمل الفردي بشكل صريح كون أن هذه المزايا تعاقدية⁵². غير أنّ جانباً من الفقه يرفض فكرة إمكان التنازل عن المزايا التي اكتسبها العامل بموجب عقد العمل الفردي ولو بعد نشؤها لتعلقها بالنظام العام تعلقا يمنع معه الانتقال منها مقدّما أو مؤخّرا⁵³.

لكن غالب الفقه يشترط أن يكون التنازل عن مزايا مكتسبة فعلا لا مجرد مزايا

محتملة، فلا يجوز التنازل المسبق عن المزايا بل يجب أن يكون التنازل بعد اكتسابها أي نشأتها وبذلك فهي تشكّل ديناً في ذمة صاحب العمل⁵⁴، فيصحّ التنازل المؤخّر بعد نشأة الحق. أمّا التنازل قبل نشوء الحق فهو باطل، ويكون التنازل عن المزايا المكتسبة صلحاً أو إبراءً⁵⁵. إذ النزول مقدماً عن الحق قبل نشوئه فيه مخالفة غير جائزة لقاعدة أمره، أما النزول مؤخراً بعد نشوء الحق فهو نزول يقع على مصلحة مالية، قد دخلت إلى الذمة المالية للعامل⁵⁶.

غير أنّ صحة النزول اللاحق بعد نشوء الحق، يحمل خطراً بالغاً للعامل حيث يتحقّق مثل هذا النزول في وقت يكون العامل واقفاً تحت سلطة صاحب العمل، ممّا يجعله ضعيفاً في مواجهته ويُشكّك في تمام حرّيته وإرادته في النزول. فنرى أنّه على المشرّع التدخل لحماية العامل بأن ينص على عدم جواز النزول إلّا إذا حدث بعد انتهاء عقد العمل لا حين تنفيذ عقد العمل.

2/ تحديد الاستفادة من المزايا الفردية المكتسبة

إن المزايا الفردية المكتسبة في الأصل تصير محصنة من أي تعديل -إلا فيما هو أصلح للعامل- بالتالي لا يمكن التراجع عنها. فإن اكتسب العامل أي مزية فردية يبقى يتمتع بها إلى غاية انقضاء علاقة العمل التي تربطه مع صاحب العمل، فتصير كالحق المكتسب. لكن بعض التشريعات تمكّن صاحب العمل من تحديد الاستفادة من بعض المزايا ولو كانت مكتسبة بسبب الظروف الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة.

أ/ الحد من الحقوق الواردة في التشريع أو التنظيم

تستوجب الظروف الاقتصادية التي تمر بها المؤسسة نتيجة أزمة تمر بها، أو مرحلة تطور حتمية لها من الناحية الاقتصادية، إلى عدم تمكّنها من تخطيها بالأعباء الاجتماعية المفروضة عليها من قبل التشريع أو التنظيم المتعلق بعلاقات العمل، أو القائمة في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للعمل.

لذا نجد بعض التشريعات تمنح لهذه المؤسسات الحق في مخالفة التشريع المتعلق بتنظيم علاقات العمل، قصد حماية هذه المؤسسة من الإفلاس والاندثار -بالتالي خطر فقدان مناصب الشغل وتسريح عمالها-.

– إمكانية مخالفة التشريع والتنظيم المتعلقين بالعمل بشكل يحد من الحد

الأدنى من الحماية لمواجهة ظروف اقتصادية قاهرة ظرفيا

في الأصل كل القواعد المتعلقة بتنظيم علاقات العمل هي من النظام العام، وبالتالي كل مخالفة لها تعد باطلة وعديمة الأثر. فعلاقة العمل بالرغم من كونها علاقة خاصة لكن لدواعي حماية العمال اضطرت الدولة إلى التدخل بسن قوانين لحمايتهم⁵⁷، وهذا ما جعل من معظم قواعد قانون العمل تهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا⁵⁸ بتكريس حد أدنى من الحماية بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية.

وبالتالي نجد هذه النصوص تركز فقط حدا أدنى من الحماية، أما الحماية الحقيقية هي تلك التي تكون أفضل للعمال من الحماية القانونية، لذا يسمح بمخالفة أحكام قانون العمل بشرط أن تكون هذه المخالفة أكثر نفعا للعمال، هذا ما يصطلح عليه بالنظام العام الاجتماعي، فجل قواعد قانون العمل من النظام العام، لكن له طبيعة خاصة بما أن قواعده يمكن مخالفتها إن كانت المخالفة في صالح العامل.

لكن لدواعي ضمان استمرارية المؤسسات الاقتصادية، ونتيجة لأوضاع اقتصادية صعبة تمر بها عمدت بعض التشريعات إلى السماح وفق شروط مضبوطة سلفا للشركاء الاجتماعيين الاتفاق على الانتقاص من الحماية القانونية المقررة للعمال. لذا فالنظام العام الاجتماعي يقول البعض أنه عرف تراجع أو إعادة نظر⁵⁹، فلم يعد كما كان يُنادي به من قبل أنّ مخالفة النصوص القانونية تكون جائزة كلما كان النص ليس من النظام العام المطلق وكانت المخالفة تأتي بأحكام أكثر نفعا للعامل.

هنا المخالفة ليست في مصلحة العامل لكن بعض التشريعات تجيزها، مثل التشريع

الفرنسي الذي بدأ يسمح بهذا النوع من المخالفات منذ 1982.

– الأساس القانوني لمخالفة التشريع المتعلق بعلاقات العمل بشكل يحدّ من

الحماية الممنوحة للعمال

بدأ المشرع الفرنسي يسمح للشركاء الاجتماعيين التفاوض من أجل التوصل إلى إبرام

اتفاقيات جماعية تحدّ من بعض الحقوق التي يتمتع بها العمال بموجب التشريع أو

الاتفاقيات الجماعية التي تعلق الاتفاقية الجماعية للمؤسسة على المؤسسة.

وأول مرة كان بعد صدور أمر 16 جانفي 1982 المتعلق بالمدة القانونية للعمل والعطل المدفوعة الأجر⁶⁰. ثم تلاه في 2003 القانون المتعلق بإحياء المفاوضات الجماعية في مادة التسريح لأسباب اقتصادية⁶¹. ثم القانون المتعلق بالتكوين المهني في 2004⁶². لكن المشرع الفرنسي لا يسمح بذلك إلا وفق شروط يحددها كل قانون، أهمها أنّ الاتفاقات التي تقلل من الحماية القانونية تكون في المجالات التي يسمح بها القانون، كذلك تكون محددة من حيث الزمان. بالتالي إبرام مثل هذه الاتفاقات من شأنه أن يحدّ من الاستفادة من المزايا المكتسبة بشكل مؤقت.

غير أنّ المشرع الجزائري لم يسمح بهذا الأمر في أي نص تشريعي ولا تنظيمي، بالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يسمح كما فعل المشرع الفرنسي بإبرام اتفاقات تحدّ من الحماية المقررة بموجب النصوص التشريعية أو التنظيمية، بل على العكس من ذلك نص على بطلان مثل هذه الاتفاقات بموجب نص المادة 136 من قانون رقم 90-11.

ب / تحديد الاستفادة من المزايا الفردية المكتسبة حين تطبيق الجانب الاجتماعي يُعرّف الجانب الاجتماعي أنّه [مجموعة من التدابير المتعاقبة لعمليتي التسريح وإعادة الإدماج تهدف إلى تحقيق هدفين، الأول يتعلق بالتقليص من عدد التسريحات والثاني التقليص من النتائج السلبية لمن يمسه التسريح⁶³]. في التشريع الجزائري الحالي قبل اللجوء إلى التسريح للتقليص من عدد العمال لأسباب اقتصادية يلتزم صاحب العمل طبقاً لنص المادة 05 من المرسوم التشريعي 94-09⁶⁴ على تطبيق جانب اجتماعي بعد تفاوض جماعي يهدف إلى تخفيض عدد التسريحات لأسباب اقتصادية.

ويجب على صاحب العمل أن يتفاوض مع ممثلي العمال [لجنة المساهمة والمنظمات النقابية التمثيلية] على الجانب الاجتماعي قبل البدء في تطبيقه طبقاً لنص المادة 10 من المرسوم التشريعي 94-09. ويتضمن مرحلتين: الأولى يقوم فيها صاحب العمل بكل أو مجموعة من الإجراءات التي تضمنتها المادة 07، والثانية حسب المادة 08 و09 من المرسوم التشريعي السالف الذكر.

لكن هل يجوز للطرفين التفاوض حول تحديد الاستفادة من بعض المزايا الفردية المكتسبة للعمال المتعلقة مثلاً بأشكال الأجور وطرق حسابها أو المتعلقة بالنظام

التعويضي⁶⁵، من أجل تخفيض عدد التسريحات؟ بالرجوع إلى نص المادة 07 من المرسوم التشريعي 94-09 نلاحظ أنّ حب العمل أن يساوم عامل بتخليه عن مزايا يستفيد منها نظير الحفاظ على منصبه. لكن يجب أن يكون ذلك بشكل جماعي في إطار تفاوض جماعي وتطبيق الاتفاق الجماعي المتضمن الجانب الاجتماعي، وإلاّ لا يمكنه أن يحد من الاستفادة من المزايا التي اكتسبها العمال.

خاتمة

نخلص إلى أنّ المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة لم يتطرق لا إلى مفهوم المزايا ولا لطرق اكتسابها من قبل العمال، ذلك لسبب أن مفهوم المزايا المكتسبة مفهوم ضمن علم الاجتماع أكثر مما هو مفهوم قانوني⁶⁷، فكان على القضاء أن يحدّد المقصود منها وطرق اكتسابها.

كذلك نجد المشرع الجزائري لم يعني كثيرا بمسألة حفظ المزايا التي يكتسبها العمال، فلم يتناول هذه المسألة إلاّ ضمن المادة 73-04 من قانون رقم 90-11، وأرى أن ذلك كان بصفة عرضية فقط لأن الحقيقة أنّ العمال في حاجة إلى الاحتفاظ بالمزايا المكتسبة طلبية تنفيذ علاقة العمل لا حين صرفهم من منصب عملهم ورجوعهم إليه، مع العلم أن إدماج العمال الذين صرفوا من منصب عملهم لم يعد يحكم به القاضي بشكل تلقائي بل فقط بعد قبول هذا الحل⁶⁸ خاصة من قبل صاحب العمل.

كما أنّ المشرع لم يتطرق بالتنظيم إلى مسألة تعديل أو التنازل عن المزايا الفردية، فعلى المشرع التدخل لرفع الغموض الذي يحيط مفهوم المزايا المكتسبة في قانون العمل، وكذا وضع آليات أخرى لتحديد طرق احتفاظ العامل بالمزايا المكتسبة للعمال لأن في ذلك حماية لهم.

الهوامش

⁻¹ أنظر:

MEYER Nadège, *l'ordre public en droit du travail: contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, Paris, 2006; CANUT Florance, *l'ordre public en droit du travail*, thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit, université Paris PANTHEON-SORBONNE, 2004; CINDRIC Olivier ; HUBER Rodolphe, «*l'ordre public social*», in *les arrêts fondamentaux du droit du travail*, s/dir BOSSU Bernard, PUA, Artois, 2006. p. 09.

⁻² أنظر:

BUGADA Alexis, *l'avantage acquis en droit du travail*, PUAM, Marseille, 1999, p. 35.

⁻³ أنظر:

ALIPRANTIS Nikitas, *la place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, Paris 1980, p. 57.

⁻⁴ أنظر:

CORNU Gérard, *vocabulaire juridique*, PUF – Quadrige, Paris, 2009, V° *avantage*, p. 97.

⁻⁵ ذيب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصة، الجزائر، 2003، ص 520؛

KORICHE Mohammed Nasr-Eddine, *droit du travail : les transformations du droit Algérien du travail entre statut et contrat (relation d'emploi et de travail une contractualisation relative)*, tome I, OPU, Alger, 2009, p. 242-243.

⁻⁶ إذ نجد من الكتاب من استعان حتى بمعجم Larousse لتقديم تعريف قانوني للمزية، انظر في ذلك:

CANUT Florence, *op.cit*, p. 170, note 795.

⁻⁷ أنظر:

DURAND Paul & VITU André, *traité de droit du travail*, t III, Dalloz, Paris, 1956, p. 510.

⁻⁸ أنظر:

DESPAX Michel, *traité de droit du travail*, t VII, *négociation, conventions et accords collectifs*, Dalloz, Paris, 1989, p. 315.

⁻⁹ أنظر:

ALIPRANTIS Nikitas, *op.cit*, p. 58.

⁻¹⁰

Ibid.

⁻¹¹ لأن المزية هي فعلا الحصول على شيء إضافي أو الاستفادة من شروط أفضل لنفس المهام هي أيضا منح عمل أقل دون فقدان أي شيء مما يكسبه. وهي كذلك تبرأ ذمة العامل أو التخفيض من التزاماته. ويمكن أن تكون عينية غير نقدية كالمسكن ووجبات الطعام أو تعليم الأبناء، أو تكون نقدية تدفع نقدا للعامل كمختلف المنح والعلاوات والزيادات في الأجر.

⁻¹² قرار صادر تحت رقم 213253، مؤرخ في 20 مارس 2001، ذكره ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 521.

⁻¹³ أنظر:

RODIERE Pierre, «*observations sur le maintien des avantages acquis face à la modification des règles régissant le contrat de travail*», Dr.soc, 1986, p. 873.

⁻¹⁴ أنظر:

CANUT Florence, *op.cit*, p. 171.

⁻¹⁵ أنظر:

HAUTEFORT M., «*avantages acquis: qu'en reste-il en 1996? – rien n'est moins acquis qu'un avantage acquis*», les Echos, 05 novembre 1996, p. 45.

⁻¹⁶ إذ هناك من يعتبر أن هناك مزية في كل مرة يكون هناك تحسين ولو بطريقة غير مباشرة لوضعية العمال، انظر في ذلك:

CHALARON Yves, *négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, Paris, 1990, p. 161.

⁻¹⁷ أنظر:

CHAUCHARD Jean-Pierre, *répertoire Dalloz droit du travail*, V° *conventions et accords collectifs de travail (régime juridique: conclusion, application, sanctions)*, p. 25.

18- أنظر:

Cass. crim. 27 juin 1966, JCP G, n° 22573.

19- أنظر:

CANUT Florence, op.cit, p. 171.

20- أنظر:

Ibid, p. 172.

21- أنظر:

Cass. soc. 20 janv. 1971, Bull. civ. V, n° 36.

22- أنظر:

Cass. soc. 22 mars 1995, RJS, n° 05, 1995, n° 539.

23- أنظر:

PÉLISSIER Jean; SUPIOT Alain; JEAMMAUD Antoine, *droit du travail*, 22^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2004, p 912.

24- أنظر:

DOCKES Emmanuel, «*l'avantage individuel acquis*», Dr. soc. 1993, p 826.

25- أنظر:

Cass. soc. 13 mars 2001, cité par HENNION-MOREAU Sylvie, «*les avantages individuels acquis*», RDSS, 2001, p 574; cass. Soc. 15 mai 2001, <http://www.lexinter.net>

26- أحمية سليمان، قانون علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن "القانون الاتفاقي"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 261.

27- في الموضوع أنظر:

BUGADA Alexis, op.cit, p. 62.

28- قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية عدد 17، مؤرخة في 25 أبريل 1990، معدل ومتمم بقانون 91-29، مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، جريدة رسمية عدد 68، صادرة في 25 ديسمبر 1991؛ وبأمر 96-21، مؤرخ في 09 جويلية 1996، جريدة رسمية عدد 43، صادرة في 1996؛ وبأمر 97-02، مؤرخ في 11 جانفي 1997، جريدة رسمية عدد 03، مؤرخة في 12 جانفي 1997.

29- نرى أن المشرع الجزائري لم يُوفق في ترجمة مصطلح "Avantages" بـ"امتيازات" الوارد في المادة 73-04 من قانون رقم 90-11، إذ الترجمة الصحيحة هي "المزايا".

30- أنظر:

BUGADA Alexis, op.cit, p. 38.

31- حيث قضت الغرفة الاجتماعية بالمحكم العليا في قرارها الصادر تحت رقم 221338 المؤرخ في 11 جويلية 2001 بما يلي: [...] حيث أن من اجتهاد المحكمة العليا أن "المزايا" المكتسبة تشمل في مفهومها أجور العامل وأن هذه الأجور تعطي تغطية للفترة التي تتراوح بين التسريح والنطق بالحكم بها ولا يمكن أن تتعدى ذلك. قرار ذكره بن صاري ياسين، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 69.

بالرغم من أن هذا الحكم غير منطقي في ما قضى به، إذ كيف يمنح الأجور عن فترة التسريح التعسفي دون فترة تنفيذ الحكم القضائي، فكان عليه أن ينص على دفع الأجور باعتبارها "مزايا" مكتسبة من تاريخ التسريح – المعتبر التعسفي- إلى غاية رجوعه الفعلي في منصبه الأصلي.

³² - بن صاري ياسين، المرجع السابق، ص 67-68.

³³ - عدم تقييمهما نقدا سيؤدي لا محالة إلى إشكالية في تنفيذ الحكم الصادر، أما إن كانت غير قابلة للتقويم بالنقود فيجب أن يوصفها، مثلا أحقية العامل في استعمال سيارة المؤسسة.

³⁴ - وقرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا صادر تحت رقم 211493 مؤرخ في 14 فيفري 2001، ذكره ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 522؛ وقرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا صادر تحت رقم 18902 مؤرخ في 18 مارس 2000 ذكره: KORICHE Mohammed Nasr-Eddine, op.cit, p. 243.

35- أنظر:

VACHET Gérard, «*notion d'avantages acquis*», JCP E, n° 42, 16 Octobre 2008, n° 2268.

36- أنظر:

CANUT Florence, op.cit, p. 174.

37- أنظر:

cass. soc. 05 mars 1969, Dr. Soc. 1969, p. 508.

38- ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 522.

39- أنظر:

cass. soc. 19 juin 1987, Bull. civ. V, n° 103; cass. soc. 23 juin 1999, Dr. Soc. 1999; Cass. Soc. 13 mars 2001, note HENNIION-MOREAU Sylvie, op.cit.

⁴⁰ - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا صادر تحت رقم 182539، مؤرخ في 18 جانفي 2000، مع التعليق عليه من طرف إسعد زهية، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2001، ص 45.

⁴¹ - يُعرّفُ الحق المكتسب [بأنه الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائيا بحيث لم يعد في الإمكان لا نقضه ولا نزعاه دون رضاه]، راجع في ذلك جعفر محمد السعيد، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، دار الأمل، تيزي وزو، 1998، ص 255، هامش 78.

⁴² - لأن التشريع لما يصدر لا يطبق بأثر رجعي، لذا لا يمكن إلغاء المزايا المكتسبة في ظل نص قديم بنص جديد.

⁴³ - للتفصيل أكثر في هذا الموضوع راجع:

CHALARON Yves, «l'application de la disposition la plus favorable», in les transformations du droit du travail, études offertes à LYON-CAEN Gérard, Dalloz, Paris, 1989, p. 243; CHEVILLARD Alain, «la notion de disposition plus favorable», Dr Soc, 1993, p. 363; JEAMMAUD Antoine, «le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente», Dr soc, 1999, p. 115; LYON-CAEN Pierre, «la solution du conflit de normes entre code du travail et statuts des entreprises publiques par l'application de la règle la plus favorable aux salariés» Dr soc, 1996, p. 1049; OLIVIER Jean-Michel, «les conflits de sources en droit du travail interne», in TEYSSIE Bernard, s/dir, les sources du droit du travail, PUF, paris, 1998, p. 194; PELISSIER Jean, «existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ?», in mé1, DESPAX Michel, PUF, Toulouse, 2002, p. 389.

⁴⁴ - قرار صادر تحت رقم 141632، مؤرخ في 07 جانفي 1997، المجلة القضائية، عدد 01، 1997، ص 63.

⁴⁵ - منهم أحمية سليمان، الاتفاقيات الجماعية للعمل كإطار لتنظيم علاقات العمل في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 87:

SAMAR Nasreddine, «*ordre public social et principe de faveur*», revue des sciences juridiques et administratives, Faculté de droit, université de Telemcen, n° 04, 2006, p. 18.

⁴⁶ - تنص المادة 136 من قانون 11-90 على: [يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون].

⁴⁷ - تنص المادة 137 من قانون 11-90 على: [يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية].
⁴⁸ - أنظر:

BUGADA Alexis, op.cit, p. 155.

⁴⁹ - إن المزايا التي منحت للعمال بموجب الاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية للعمل لا يمكن التنازل عنها إلا بموجب اتفاق جماعي، إذ حوّل المشرع الجزائري الشركاء الاجتماعيين سلطات واسعة في طريقة تنظيم العلاقات المهنية والاجتماعية داخل المؤسسة، فيمكن أن يتفقوا على إفادة العامل بمزية ما ثم يمكنهم الاتفاق عن التخلي عنها مجددا إن دعت الضرورة ذلك. إذ نص المشرع في المادة 2/133 من قانون رقم 11-90، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، على: [ولا يمكن، في أي حال من الأحوال، أن يؤثر نقض الاتفاقية على عقود العمل المبرمة في السابق والتي تبقى خاضعة للأحكام المعمول بها إلى غاية إبرام اتفاقية جماعية جديدة]، يعني أنه بمجرد إبرام اتفاقية جماعية جديدة تطبق على عقود العمل السابقة.

⁵⁰ - انظر المادة 77 من قانون رقم 11-90، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، مرجع سالف الذكر.

⁵¹ - أنظر:

BUGADA Alexis, op.cit, p. 170.

⁵² - تنص المادة 106 من أمر رقم 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975. المعدل والمتمم. على: ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون)).

⁵³ - محمود جمال الدين زكي، الوجيز في عقد العمل، د د ن، القاهرة، 1960، ص 55.

⁵⁴ - أنظر:

BUGADA Alexis, op.cit, p. 170.

⁵⁵ - اهاب حسن إسماعيل، «مراعاة مصلحة العامل في قانون العمل»، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، 1965، ص 119؛ إسماعيل غانم، قانون العمل، د د ن، القاهرة، 1961، ص 84.

⁵⁶ - أنظر:

BUGADA Alexis, op.cit, p. 156.

⁵⁷ - حتى أنّ مسألة تدخل الدولة في تنظيم العلاقات الخاصة أصبح أمرا مألوفا، بما انذه ضروري لإقامة التوازن وحماية الطرف الضعيف خاصة من الناحية الاقتصادية. انظر في ذلك حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 37.

⁵⁸- السيد عيد نايل، قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999-2000، ص 56.

⁵⁹- أنظر:

LAULOM Sylvaine; MERLEY Nathalie, Op.cit.

⁶⁰- أنظر:

Ord. n° 82-41, du 16 janvier 1982, *relative à la durée du travail et aux congé payés*, JORF, du 17 janvier 1982, p. 295.

⁶¹- أنظر:

Loi n° 2003-06 du 3 janv. 2003 *portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques*, JORF, du 4 janvier 2003, p. 255.

⁶²- أنظر:

Loi n° 2004-391, du 4 mai 2004, *relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, JORF n°105, du 5 mai 2004, p. 7983.

⁶³- أوردت هذا التعريف معاشو نبالي فطة، إزالة التنظيم في قانون العمل وحماية العمال المسرحين لأسباب اقتصادية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 360.

⁶⁴- مرسوم تشريعي 09-94، مؤرخ في 26 ماي 1994، يتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية، ج ر عدد 34، صادرة في 1994.

⁶⁵- خاصة لما نعلم أنّ المزايا الفردية المكتسبة تكون عادة في شكل تعويضات يستفيد منها العامل.

⁶⁶- ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 221.

⁶⁷- أنظر:

BUGADA Alexis, op.cit, p. 61.

⁶⁸- وهو ما سارت عليه الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في العديد من قراراتها، انظر مثلا القرار الصادر تحت رقم 490426 المؤرخ في 06 ماي 2009، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009، ص 417.

الإتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي*

BELLACHE Lynda
Département Droit des Affaires
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –
Algérie

بلاش ليندة
قسم قانون الأعمال
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

عرف التبادل التجاري الدولي تطورا ملحوظا جراء العولمة الاقتصادية، الأمر الذي رافقه ظهور منازعات حول القانون الواجب التطبيق على العلاقات المرتبطة به، فإذا كانت أحكام القانون الدولي الخاص في هذا المجال تهدف إلى وضع قاعدة إسناد عند تنازع القوانين التي تحكم علاقة معينة، فإن قانون التجارة الدولية يشتمل على مجموعة الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التجارة الدولية، وعلى ذلك نرى أنه بينما يعنى القانون الدولي الخاص بتعيين القانون الوطني الواجب التطبيق في مجال تنازع القوانين، فإنّ قانون التجارة الدولية يهدف إلى إيجاد قواعد موضوعية في شأن هذه العلاقة تحلّ محلّ القواعد الوطنية وتقضى بالتالي على التنازع بينها.

و تعدّ الإتفاقيات الدولية من بين الأساليب المعتمدة بين الدول، إمّا للقضاء على ظاهرة تنازع القوانين أو على الأقلّ التخفيف منها ما دام أنّ التوحيد التجاري العالمي للقوانين أمر مستعص لاختلاف المدارس القانونية ولعدم شمولية هذه الإتفاقيات.

الكلمات الدالة

القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، توحيد قواعد التجارة الدولية، الإتفاقيات الدولية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/10/01 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/11/10 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

The international conventions from the material private international law perspective

Abstract

The internationalization of trade induced by economic globalization has led to the growth of international business development. This was accompanied by the emergence of a significant conflictuality about the applicable law in disputes related to international trade. While the provisions of private international law tend to establish the rules of conflict of laws that could theoretically determine the law applicable to disputes without specifying materially the rhetorics in their settlement, the law of trade, however, includes a set of conventions and international treaties in order to establish substantial rules that take over the state rules and give globally direct solutions to international commercial disputes.

These international conventions agree with the methods adopted by the States in order to eliminate conflicts in the international trade laws, or at least reduce the incidence, knowing however that the unification of the rules in conflicting laws is not easy, given their lack of completeness and divergence in legal doctrines in this area.

Keywords

private international law, international trade, conflict of laws, the substantive rules of international trade law, international conventions on international trade, unification of international trade law.

Résumé

L'internationalisation des échanges induite par la mondialisation économique a conduit l'essor du développement du commerce international. Cette situation s'est accompagnée de l'émergence d'une conflictualité importante au sujet de la loi applicable sur les différends liés aux relations du commerce international. Alors que les dispositions du droit international privé tendent à instaurer les règles des conflits de lois susceptibles de déterminer théoriquement le droit applicable aux litiges, sans préciser matériellement les rhétoriques de leur dénouement, le droit du commerce international, en revanche, englobe un ensemble de conventions et de traités internationaux conclus dans le but d'asseoir des règles substantielles qui prennent le relais des règles étatiques et qui donnent de façon globale des solutions directes aux litiges du commerce international.

Ces conventions internationales rejoignent les méthodes adoptées par les Etats dans le but d'éliminer les conflits de lois en matière du commerce international, ou du moins, en réduire l'incidence, étant précisé cependant que l'unification des règles des conflits de lois n'est pas chose aisée, compte tenu de leur manque d'intégralité et de la divergence des doctrines juridiques dans ce domaine.

Mots-clés

Droit international privé, commerce international, conflits de lois, règles matérielles du droit du commerce international, conventions internationales en matière de commerce international, unification du droit du commerce international.

مقدمة

استدعى توسع التجارة الدولية نشاطا مرافقا لها يتعلق بتوحيد قواعدها، فقد اتجه التفكير إلى فكرة التوحيد منذ القرن التاسع عشر ابتغاء القضاء على حالات تنازع القوانين وتهيئة جو من الثقة والطمأنينة للمعاملات التجارية الدولية، وقد وُحِدَت هذه القواعد بوسائل وأساليب مختلفة كان للفقهاء والأكاديميين دور مهم فيه، إذ اقترحوا عددا من الأفكار القانونية والعملية التي تحوّلت إلى اتفاقيات دولية وإقليمية أو قواعد وأعراف ونماذج تعاقدية صدرت عن منظمات دولية¹.

من الناحية التاريخية، يعتبر الرومان أوّل من أسّسوا لقواعد موضوعية تحكم الروابط القانونية المشتمة على عنصر أجنبي من خلال قانون الشعوب الذي كان نواة القانون التجاري المشترك بين الأمم، مدركين منذ زمنهم حتى قبل ظهور اشكالية تنازع القوانين عدم ملاءمة قواعد القانون الروماني للعلاقات الناشئة بين التجار الرومان وغيرهم، ومع التطورات المتلاحقة وظهور عصر التقنيات، بدأت الدّول تتجه نحو التمسك بتطبيق قوانينها الوطنية على المنازعات المطروحة أمام محاكمها، ممّا أدى إلى نشأة حلول التنازع عند تزامن عدّة قوانين لحكم الروابط الخاصة الدولية، وأمام الهجوم العنيف الذي شَنّ على المنهج التنازعي ظهرت الحاجة إلى العودة لإخضاع العقود الدولية لقواعد موضوعية خاصة يستجيب مضمونها إلى الطابع الدولي لهذه العقود، هذه القواعد الموضوعية لا تنطبق بحسب الأصل إلّا على هذه العلاقات، على الأقل ما لم ينص المشرع على غير ذلك صراحة².

وتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المادي تطبيقا مباشرا على العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في نطاق سريانها بصورة لا تحتاج لمنهج التنازع بما يتضمنه من حلول لإشكالية اختيار القانون الواجب التطبيق، فتطبّق تلك القواعد بغض النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين، وعليه فلا يعود القاضي لتطبيق المنهج التنازعي إلّا

في الفروض التي لا يجد فيها قاعدة موضوعية تقدّم له حلاً مباشراً للمسألة المعروضة عليه.

فقد يحاول المشرّع في دولة القاضي الذي ينظر النزاع أن يتجنّب أوجه النقد الموجهة لمنهج التنازع بذلك يتصدّى بنفسه لوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدولية بمقتضى تشريع داخلي يتضمن قواعد موضوعية تتلاءم وطبيعة هذه العقود حتى وإن كان فقهاء قانون التجارة الدولية يرون أنّ بروز هذا القانون هو دليل على إخفاق مشرعي القانون الوضعي في السيطرة على عقود التجارة الدولية، ليس لأنهم قد لا يرغبون في ذلك بل لأنهم غير قادرين على ملاحقة التحولات السريعة لهذه العقود وكذا يفعل القضاء في بعض البلدان حينما يتصدى لوضع حل مباشر للنزاع عندما يغفل المشرع فعل ذلك، فتستقر تلك القواعد ذات الطابع القضائي التي يقتصر تطبيقها على العلاقات الخاصة بالتجارة الدولية.

أصبح القانون الوطني قاصراً بعد أن انقطعت صلته بالعمل وبالحياة التجارية الدولية الفعلية نتيجة عدّة تغييرات طرأت على التنظيم القانوني للتجارة الدولية، وأمام تعدد مصادر القانون الدولي الخاص يقتضي الأمر ممّا حصر نطاق دراستنا في إطار الاتفاقيات الدولية. فتعدّد مصادر هذا القانون يتجسد تارة في النّظام القانوني الدّولي وتارة أخرى في النّظام القانوني الوطني إلّا أنّها تستهدف كلها وضع حلول موضوعية خاصة للعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي خاصة ممّا يتعلق الأمر بعقود التجارة الدولية وبالتالي توحيد القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية في اتفاقيات دولية لذا ستمحور إشكالية الدراسة حول: دور الاتفاقيات الدولية في مشكلة تنازع القوانين وبناء قانون دولي خاص مادي؟ سنتولى الإجابة على هذه الإشكالية وفق الخطة التالية:

أولاً - الاتفاقيات الدولية ومشكلة تنازع القوانين.

ثانياً- مدى التلازم بين القواعد الاتفاقية الموحدّة وشرط استبعاد قواعد التنازع.

ثالثاً- مدى فعالية أنواع الاتفاقيات الدّولية في القضاء على تنازع القوانين.

أولا / الاتفاقيات الدولية و مشكلة تنازع القوانين

تتميز غالبا الاتفاقيات الفاعلة في نطاق القانون الدولي الخاص بكونها تركّز على توحيد قواعد التنازع ذلك أنّ هذه القواعد هي الوسيلة الفنية المميزة لهذا القانون، ولهذا تعتبر الاتفاقيات الدولية من الوسائل الأكثر ملاءمة لعلاج ما ينشأ من مشكلة تنازع القوانين، بل تبدو الوسيلة الطبيعية في هذا الخصوص، فهي تضع قواعد ذات طابع دولي لتنظيم علاقات قانونية هي الأخرى ذات طابع دولي، رغم وجود الاعتقاد بأنّ فعالية الاتفاقيات الدولية وتقبّلها في النظم الداخلية للدول الأطراف، يقضي أن يكون هناك درجة من التقارب أو الاشتراك القانوني بين تلك النظم، والتوجه في تنظيم اشكاليات تنازع القوانين، ومن أهم المزايا التي تقدمها الاتفاقيات الدولية، من ناحية تجميع أو تقنين قواعد التنازع بما يوفّر التوقّع والتبصير بالقواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية ويعمل على استقرارها، ومن ناحية ثانية توحيد القواعد الموضوعية وتلافي التباين في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما تلعب الاتفاقيات الدولية دورا في الحدّ من الروح الوطنية في صناعة القواعد التي تحكم العقود التجارية الدولية، والتوجه نحو تدويل تلك القواعد بما يكفل التناسق الدولي بين الحلول.

وهذا المعنى تعدّ الاتفاقيات الدولية من أهم الأمثلة للقواعد الموضوعية ذات الأصل الاتفاقي وهي تلك التي يتمّ الاتفاق عليها بين الدول بمقتضى معاهدة أو اتفاقية بخصوص أحد جوانب علاقات التجارة الدولية والتي تطبّق مباشرة على العلاقات التي وضعت من أجلها، الأمر الذي حدا بالفقه الغالب إلى اعتبار هذا النوع من المعاهدات مصدرا للقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص³، وهذا المفهوم للاتفاقية هي عمل قانوني بحسب طبيعتها وهي عمل قانوني دولي، بحسب أطرافه وموضوعه يولّد حقوقا والتزامات متبادلة يتعيّن احترامها.

1/ أنواع اتفاقيات التجارة الدولية من حيث طبيعتها

تتسم اتفاقيات التجارة الدولية بكونها ذات علاقة مباشرة بمفهوم قطاع الأعمال والتجارة الدولية، وبعدم شموليتها وضيق نطاق تطبيقها وتنقسم إلى اتفاقيات شارعة وأخرى عقدية.

أ/ الإتفاقيات الشارعة

يقصد بها تلك التي تهدف إلى تنظيم العلاقة بين الأطراف عن طريق انشاء قواعد قانونية، فهي معاهدات قانون، و تبرم بين عدد غير محدد من الدول بغرض وضع قواعد عامة لتحكم العلاقات التجارية الدولية، ولا يقتصر تطبيقها على عدد محدد من الدول، ومن ثم تضع هذه الاتفاقيات قواعد عامة التطبيق، فتعدّ بذلك مصدرا رئيسيا من مصادر القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، من أمثلتها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980⁴.

وقد ميّز الفقه بين نوعين من الاتفاقيات الشارعة، فهناك الاتفاقيات ذاتية التنفيذ والاتفاقيات غير ذاتية التنفيذ، ويقصد بالأولى تلك التي تنتقل إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص دساتيرها على أنّ مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية يدمجها في القوانين الوطنية، وهذه هي وحدة الصلة بين هذين النظامين، وهي وحدة مقتضاها أنّ تنفيذ المعاهدة في النطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قانون خاص أو مرسوم يردّد أحكامها أو يعيد صياغة نصوصها ليدمجها في الأنظمة الوطنية ويلحقها بها⁵، إذ تسري أحكام الاتفاقيات ذاتية التنفيذ في الدول التي تنضم إليها وتطبقها المحاكم كجزء من القانون الداخلي، ويستمد الكافة حقوقا من نصوص الاتفاقية مباشرة، كما يجوز التمسك بأحكامها أمام القضاء الوطني في كل دولة من الدول التي تنضم إليها، ومن الأمثلة عليها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980، اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة عام 1883 وتعديلاتها، وكذلك شأن اتفاقية برن لحماية المصنّفات الأدبية والفنية المبرمة 1886 وتعديلاتها، وتلتزم الدول التي تنضم إليها بإيداع وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام بحسب الأحوال وفقا لما يقرره نظام كل دولة، لدى الأمين العام للأمم المتحدة⁶.

أما الاتفاقيات غير ذاتية التنفيذ، فهي لا تنشئ حقوقا ولا تفرض التزامات إلا قبل الدول المتعاقدة لأنها لا تخاطب سواها، فلا يجوز للأفراد التمسك بأحكامها أمام المحاكم الوطنية، ولا تنشئ نصوص الاتفاقية ذاتها حقوقا مباشرة لهم، ويتعيّن لإنفاذها إصدار

تشريعات خاصة لوضع أحكامها موضع التنفيذ في القانون الداخلي، وبغير هذا تظلّ جامدة غير قابلة للتطبيق⁷، ومن أمثلتها اتفاقية تريبس المتعلقة بالجوانب المتصلة بالتجارة وحقوق الملكية الفكرية.

ومن الجدير بالذكر أنّ التفرقة بين الاتفاقيات الدولية ذاتية التنفيذ والاتفاقيات الدولية غير ذاتية التنفيذ لها أهمية خاصة فيما يتعلق بمسألة التفسير، فالاتفاقيات الدولية ذاتية التنفيذ تخضع كقاعدة عامة في تفسيرها لقواعد تفسير المعاهدات الدولية، وقد تختلف هذه القواعد من بعض الوجوه عن قواعد تفسير القوانين الداخلية. أمّا الاتفاقيات الدولية غير ذاتية التنفيذ فإنّ سريان أحكامها في الدول المتعاقدة يتطلب إصدار تشريع أو مرسوم خاص يردّد أحكامها، ولذلك فإنّ القضاء الوطني لا يطبّق نصوص الاتفاقية ذاتها، بل يطبّق نصوص القانون الصادر لإنفاذ أحكامها في الدولة المتعاقدة، ويفسّر نصوص هذا التشريع وفقا للقواعد المقررة لتفسير القوانين الداخلية ما لم يوجد نص خاص في القانون الصادر بإنفاذ الاتفاقية يقضي بغير ذلك⁸.

ب/ الاتفاقيات العقدية

يقصد بها تلك التي تبرم بين دولتين أو عدد محدّد من الدول في المجال التجاري، ولا يتعدّى أثرها الدول التي أبرمتها على نقيض الاتفاقيات الشارعة⁹، وتغطي الاتفاقيات العقدية القواعد المنظمة لتحرير التجارة الدولية والسلع والخدمات إلى جانب نظام تسوية منازعات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي والجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية، ومن بين هذه الاتفاقيات اتفاقيات منظمة التجارة العالمية.

2/ أنواع الاتفاقيات الدوليّة في مجال تنازع القوانين

تجد الدول في الكثير من الأحيان في إبرام الاتفاقيات الدولية وسيلة فضلى لحل إشكاليات القانون الدولي الخاص، خاصة منها المعاهدات الجماعية ذات أثر محمود بالنسبة لتوحيد القوانين، وهو أثر يتم إمّا بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، حيث تختلف الأغراض التي تبرم الاتفاقيات لتحقيقها، فقد يكون المقصود منها مجرد توحيد قواعد تنازع القوانين، وقد يكون الغرض هو وضع قواعد موضوعية موحّدة تسري على المعاملات الدوليّة فقط¹⁰، ومن أمثلة الأولى اتفاقية روما لعام 1980 في شأن القانون

الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، ومن أمثلة الأخيرة اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، والتي حظيت بقبول واسع إذ صادق عليها حتى نهاية 1998 ثلاثة وخمسون دولة مما جعلها من أكثر الاتفاقيات الدولية لتوحيد قواعد التجارة الدولية نجاحا حتى الوقت الحاضر، حتى قيل أنّها يمكن أن تعدّ القانون الجديد للتجار .The new Lexmercatoria

تجدر الإشارة هنا أنّه في حالة وجود معاهدة كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية تحكم النزاع التجاري الدولي، وسواء قدّمت حلاً موضوعياً، أو كانت تهدف إلى توحيد قواعد التنازع، فإنّ المعاهدة في كلتا الحالتين تقضي على مشكلة تنازع القوانين، ولقد اهتم مؤتمر لاهاي بتوحيد قواعد التنازع دون القواعد الموضوعية منذ دورة انعقاده الأولى عام 1893، وقد جاء هذا الاهتمام بتوحيد قواعد الإسناد في حينها لسببين، الأول أنّ توحيد هذه القواعد لا يمسّ القواعد الموضوعية الداخلية ومن ثم يقلّل من تحفظ الدول إزاء الانضمام إلى هذه الاتفاقيات، أمّا السبب الثاني فقد تمثّل في الإيمان أنّ التوحيد المكاني للقواعد الموضوعية سيكون عندئذ نتيجة طبيعية لتوحيد قواعد الإسناد¹².

بهذا كانت اعتبارات التعاون وتنشيط التجارة الدولية فضلا عن عدم ملاءمة القوانين الداخلية دوافع الدول إلى إبرام الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية، فضلا عن جهود المنظمات والهيئات الدولية بهدف تنظيم العلاقات والروابط الدولية على أساس موضوعي وليس على أساس تنازعي، لأنّ توحيد حلول تنازع القوانين يعدّ هدفا متواضعا لإنهاء مشكلة تنازع القوانين إذا ما قارناه بتوحيد القواعد الموضوعية في القوانين الداخلية، وقد ساعد على هذا تأثير آراء الأستاذ PASQUALEMANCINI الذي كان دائما مع فكرة الأخذ بالاتفاقيات سبيلا لتوحيد القوانين وتحقيقا للتقنين الدولي، رغم العقبات التي تقف سدّا في تحقيق مآربه.

وفي سنة 1874 تبنت مجمع أو معهد القانون الدولي الخاص قرارا يدعّم فيه اتفاقيات توحيد قواعد القانون الدولي الخاص¹³ رغم أنّ بعض الفقه يرى من التوحيد الكامل للقانون الموضوعي عائقا أمام تطور الفكر القانوني، ولكن هل مسألة التوحيد وحدها كافية لإضفاء صفة القواعد الموضوعية على القواعد الاتفاقية الموحدة؟

قبل الإجابة على التساؤل الذي طرحناه في البداية يمكن أن نميّز بين ثلاثة أنواع من الاتفاقيات الدولية التي عنت بتنازع القوانين.

أ/ الإتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية

يرمي هذا النوع من الاتفاقيات إلى القضاء على ظاهرة تنازع القوانين من مهدها عن طريق تقديم الحلول الموضوعية مباشرة في موضوع خلافي، حيث تتبني الاتفاقية حلاً معيّناً وتلزم الدول الأطراف بتوحيد الأحكام الموضوعية المتعلقة به في قوانينها الداخلية¹⁴، فيترتب على ذلك توحيد القواعد الموضوعية في قوانين الدول الأطراف فيها¹⁵.

و الملاحظ إذن أنّ هذا النوع من القواعد الاتفاقية يمكن أن يظهر تطبيقها في النظم القانونية بعدة طرق ممّا يجعلنا بصدد عدّة أنواع نشير إليها ثم نحاول تحديد العلاقة بين القواعد الموضوعية بتنازع القوانين.

1/ طرق تطبيق الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية

يكون ذلك عبر ثلاثة طرق وهي:

الطريقة الأولى: وهي الاتفاق على تشريع واحد ينظّم موضوع معيّن من موضوعات القانون، بحيث يعدّ ذلك قانوناً موحداً أو مشتركاً بين الدول الأطراف يسري داخلها ويحلّ محلّ تشريعها الوطني بالنسبة لذلك الموضوع، ويحكم هذا القانون العلاقات المتصلة به سواء كانت وطنية داخلية أم دولية وسواء تعلّقت بإحدى الدول المتعاقدة أو غير المتعاقدة، لذلك يصدق عليها تعبير قانون موحّد، حيث يطبّق هذا النوع من القواعد بغض النظر عن الأنظمة القانونية الأجنبية التي قد تكون على صلة بالقضية، سواء كانت هذه الأنظمة تعود لدول متعاهدة أم غير متعاهدة¹⁶، والمثال البارز على هذا النوع من القواعد الموحدة اتفاقيات جنيف المتعلقة بالشيكات والسندات الإذنية لعام 1930، وكذلك بشأن الشيكات لعام 1931، وتطبيق هذه الاتفاقيات بهذه الطريقة يشكّل لنا النوع الأوّل¹⁷.

إلا أنّ العمل بهذه الطريقة لحلّ تنازع القوانين منتقد على أساس وجود استحالة مادية في أنّ قانوناً واحداً يكون واجب التطبيق بواسطة القاضي المختص أياً كان أطراف الدعوى ولو كانت الرابطة القانونية تهمّ مقيمين أو وطنيين لبلدان لا تملك هذا القانون

الموحد¹⁸، وكأنّ هذا النقد يرفض أن يحكم القانون الموحد جميع العلاقات القانونية المتصلة به، إذ يمكن أن يحكم على أقل تقدير العلاقات التي ينتهي أطرافها إلى الدول الأطراف في الاتفاقية الحاملة للقانون الموحد، أما الانتقاد الثاني فينطلق من الأول ويتعلق بالاختصاص الكامل للقانون الموحد ورفض تطبيقه على جميع أطراف العلاقة¹⁹، حيث أنّ استبدال قواعد التنازع بقواعد القانون الدولي الخاص المادي واجب التطبيق ليست وسيلة مقبولة لحلّ تنازع القوانين وتنازع المناهج، لأنّ من شأن هذا المنهج أن يحرم عدالة المناهج القانونية الأخرى من الظهور، ويضيف البعض بالقول أنّ القواعد الموضوعية التي تقرّها معاهدة دولية ليست إلاّ محصّلة التوفيق بين مصالح أطراف تلك المعاهدة وهي مصالح قد تتباين بطريقة جوهرية، بحيث يصعب إن لم يكن من المستحيل التوفيق فيها من خلال القواعد الموضوعية²⁰.

الطريقة الثانية: تتمثل في الاتفاق على قواعد موضوعية موحّدة تحكم موضوع معيّن من موضوعات القانون وتنظمه تنظيمًا مباشرًا بما يفي حاجات العلاقات الخاصة الدولية، فتهدف إلى استبعاد قواعد الإسناد في هذا النوع من العلاقات عندما تظهر بين الدول المتعاقدة، فهي تستجيب في مضمونها وأهدافها لطبيعة المراكز القانونية المعنية المتضمنة لعنصر أجنبي، ولا تنطبق إلاّ بشأنها فهي قواعد تضاف إلى القواعد الوطنية الموجودة سابقًا، ولكنها تختلف عن القواعد الأولى لأنّها تخضع لقيدين الأول يكمن في أنّها لا تطبق إلاّ على القضايا الدولية دون الداخلية، بمعنى أنّ المراكز القانونية الداخلية تبقى محكومة بالقانون الداخلي²¹، أما القيد الثاني فيتعلق بالطبيعة الدولية للقضايا التي يحكمها القانون الموحد التي تستنبط من ارتباطها بنظام قانوني لدولة متعاقدة، بمعنى أنّ المراكز القانونية الخاصة الدولية التي تنشأ مع الدول غير المتعاقدة تبقى مجالًا لقواعد الإسناد.

الطريقة الثالثة: تتمثل في وضع قواعد موحّدة تحكم فقط القضايا ذات الطبيعة الدولية، ولكنها بخلاف النوع الثاني تطبّق على القضايا الدولية سواء كانت متركّزة أو مرتبطة بنظام قانوني لدولة متعاقدة أو غير متعاقدة، إذ يشير الفقه في هذا الصدد إلى اتفاقيتي لاهاي للبيع الدولي 1964، وهو ما يمكن أن نستشفه من تعريف الاتفاقية لعقد

البيع الدولي مقررة بأنه عقد يتم بين طرفين يقيمان على أقاليم دول مختلفة، وأردفت أنّ ذلك لا يكفي لإضفاء الطبيعة الدولية على العقد ما لم تتضافر معه إحدى الحالات الآتية: عندما ينتقل الشيء محلّ العقد وقت إبرامه من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى عندما يتم التعبير عن الإيجاب والقبول في أقاليم دول مختلفة²².

كما نجد المادة الأولى الفقرة الثالثة منها تقضي بأنّ: "تطبيق القانون الحالي لا يعتمد على جنسية الأطراف"، ولهذا فقد وصفها الفقيه الفرنسي Loussouan بالإمبريالية القانونية، لأنّ أثرها يلغي أي تنازع للقوانين ويزيد من فعالية الاتفاقية على مستوى التوحيد، وتجعل من قواعد قانون ماديا مفروضا أو ذا نطاق عالمي²³، وكل الاتفاقيات التي تطبّق بهذا الشكل تدخل في النوع الثالث.

2 / علاقة الاتفاقيات الموحّدة للقواعد الموضوعية بالقانون الدولي الخاص

ذكرنا سابقا أنّه يطلق على هذه القواعد قواعد القانون الدولي الخاص المادي، وتحليل هذا العنوان يرمي إلى تحديد الصفة المادية للقواعد الاتفاقية، فقد ثار خلاف فقهي حول مدى اعتبارها من قبيل قواعد القانون الدولي الخاص، فمنهم من يشكّك في اعتبار الاتفاقيات الدولية مصدرا من مصادره، رغم أنه يقرّ بدورها في حل مسائل تنازع القوانين، وإنّما هذا الفقه يذهب إلى أنّها من قواعد القانون الخاص الدولي ويستند في ذلك إلى:

- أنّ هذه الاتفاقيات تضم قواعد موضوعية وليس قواعد إسناد، وهذه القواعد تشكّل القانون الخاص الدولي وليس القانون الدولي الخاص، فهي لا تنظّم القانون الواجب التطبيق، وإنّما تعدّت ذلك إلى إعطاء الحكم الواجب التطبيق، وبالتالي فهي تستأصل ظاهرة التنازع قبل ظهورها.

- أنّ القواعد القانونية التي تنظّمها تلك الاتفاقيات تشكّل جزءا من القانون الداخلي لكل الدّول الأطراف فهي تحكم مباشرة جميع العلاقات القانونية سواء داخلية أو دولية، حيث أنّ أهم ما يميّز هذه القواعد استجابتها للطبيعة الخاصة للعلاقات الدولية، ولكن هل الأمر حقيقة كذلك؟ بدليل أنّ القواعد ذاتها ستحكم العلاقات الداخلية مما يعني أنّها

تفتقر إلى أهم الخصائص المادية لقواعد القانون الدولي الخاص، حيث لا يمكن تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية إلا من خلال المنهج القائم على التنازع.²⁴ إلا أن مؤيدي هذه القواعد يؤكدون أن القواعد الموحدّة بمقتضى الاتفاقيات الدولية تعدّ قواعد دولية بطبيعتها، تتمثل في نص موحد يجب إعماله فيما يتعلق بالمسائل موضوع التوحيد في الدول الأطراف بشكل مباشر بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق وفق منهج قواعد، ويستندون إلى أن دساتير أغلب الدول تقرّر سمو أحكام الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي الإسناد²⁵، الذي يفيد بأن المصدر الدولي للقواعد الموحدّة بمقتضى الاتفاقيات ينفي عن هذه القواعد صفتها الداخلية، ويؤكد اعتبارها من القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص²⁶، كما أن النظرة الحديثة ترمي إلى وجوب التوسّع في مفهوم القانون الدولي الخاص ليشمل القواعد الموضوعية التي تتولّى مباشرة تنظيم المراكز القانونية الخاصة المتضمّنة عنصراً أجنبياً إلى جانب قواعد الإسناد، فكل من النوعين من القواعد الموضوعية لا يفلت من نطاق تنازع القوانين، وتبقى من مصادر القانون الدولي الخاص وتمثّل الجزء المادي منه، ما دام أنّها تحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

وعلى أساس الواقع الدولي نقول أنّ عمليات التوحيد القانوني للقواعد الموضوعية تعدّ وسيلة ممكنة ومفضّلة لتحقيق الوضوح واليقين القانوني، وإن كانت تحدّد من نطاق تطبيق منهج التنازع، غير أنّها لم تستبعد نهائياً هذا المنهج الذي يظلّ يحتفظ بدوره سواء بالنسبة لتحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعية، حيث تقضي مثلاً المادة 02 من معاهدة لاهاي لعام 1964 بأنّ "استبعاد قواعد التنازع يتم بقصد تطبيق تلك المعاهدة ما لم تنص هذه القواعد على خلاف ذلك"، مما يفهم منه عدم تطبيق هذا النصّ إلا إذا كان النزاع خاصاً بإبرام أو تنفيذ عقد تنظره محكمة دولة متعاقدة، وفي حالة تعدد المعاهدات الموحدّة دون تحديد نطاق تطبيقها نعود لمنهج التنازع لإعمال عملية التكييف وفقاً لقانون القاضي، وقد نلجأ للمنهج التقليدي كذلك بمناسبة تفسير قاعدة موضوعية موحدة²⁷.

أمّا بالنسبة لاتفاقيات النوع الثاني والتي تقرّر قواعد موضوعية يقتصر تطبيقها على الروابط القانونية المبرمة بين أطراف الدول المتعاقدة والتي تتعلق فقط بالروابط

الدولية دون الداخلية، فلا شك أنّ هذه هي التي تؤدي فعلا إلى إلغاء تنازع القوانين، لأنّها تنشئ فعلا قانونا خاصا دوليا يطبق على الروابط الدولية المتصلة بالدول المتعاقدة، وبالتالي يتم استبعاد القوانين الداخليّة لتطبّق على الروابط الداخلية، أو الدولية عندما تشير إليها قاعدة الإسناد الموجودة في أنظمة الدول غير المتعاقدة، وهكذا نستنتج أنّ قواعد النوع الأول تهدف إلى توحيد القانون الموضوعي الداخلي، أمّا قواعد اتفاقيات النوع الثاني هدفها توحيد القواعد الخاصة بالعلاقات الدولية بين الدول المتعاقدة عكس الأولى التي يمتد أثرها حتى للدول غير المتعاقدة.

أمّا اتفاقيات النوع الثالث فهي تضع قواعد موضوعية في القانون الدولي الخاص كما هو الأمر بالنسبة لاتفاقيتي لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للبضائع وإبرام عقود البيع والتي تطبق أحكامها من قبل محاكم الدول الأعضاء دون أن يكون هناك مجال لتنازع القوانين، وهي قواعد تطبق على نزاع قائم بين أطراف من دول حتى ولو كانت غير متعاقدة، لأنه يكفي أن تكون دولة القاضي متعاقدة، ما لم ينص على خلاف ذلك، وهذا استثناء يتعلق لا محالة بمحاكم الدول غير المتعاقدة التي تطبق قانونها بما في ذلك قواعد التنازع ما دام أنها لم تنضم للاتفاقية وأنّ النزاع معروض على محاكمه، ومن أهم الانتقادات الموجهة لهذا النوع هو بقاء قانون القاضي واجب التطبيق دائما متى كانت دولته منضمة للاتفاقية.

ب/ القواعد الدوليّة الاتفاقيّة الموحدّة لقواعد الإسناد

يطلق أحيانا على هذه الاتفاقيات "اتفاقيات القانون الدولي الخاص" باعتبار أنّ تنازع القوانين هو صلب هذا الأخير، ولأنّها تقتصر على تقديم حلول غير مباشرة تسنّ قواعد إسناد من شأنها أن تبيّن القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية موضوع التنظيم²⁸، دون أن ترقى إلى تحديد الأحكام الموضوعية لتلك المسألة، تاركة ذلك للقوانين الداخلية التي تقوم قواعد الإسناد الاتفاقيّة بالإسناد إليها.

تعدّ هذه المعاهدات من مصادر القانون الدولي الخاص وبالتالي مصادرا لحلّ تنازع القوانين، ولقد وجهت الجهود الدولية لتوحيد مثل هذه القواعد من خلال عقد مؤتمرات كمؤتمر مونتيفيديو 18/02/1889، الذي كانت ثمرة جهود فقهاء أمثال Gonzalo Ramirez

في أمريكا الجنوبية الذي لعب دوراً يشبه دور "مانشيني" في أوروبا، وانتهى هذا المؤتمر إلى إبرام سبع معاهدات بشأن توحيد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتجارية والملكية الأدبية والصناعية والمهن الحرة المبرمة بين دول أمريكا الجنوبية²⁹، على أنّ توحيد قواعد الإسناد بهذا الشكل تقابله معوقات جمة، خاصة بالنسبة للدول التي تتعارض مصالحها بشكل واضح وتختلف نظمها القانونية قد يصعب التقاؤها.

ومن المعاهدات التي تدخل في هذا النوع نجد اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتوحيد في هذه الاتفاقية لا ينصبّ كذلك على قواعد موضوعية تتصدى للتنظيم المباشر للمسائل التي كانت محللاً للتنظيم الاتفاقي، وإنّما على المعايير المتبعة في شأن اختيار القانون الذي سيسري في شأن هذه المسائل.

ج/ القواعد الدولية الإتفاقية المتضمنة قواعد مختلطة

قد تتضمن المعاهدة الدولية مزيجاً من القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، ويجري ذلك غالباً إثر عدم اتفاق المتفاوضين على مضمون هذه القواعد الموضوعية، وهو ما تمّ بالنسبة لمعاهدتي جنيف الخاصتين بالشيك والسند الاذني، وهذه الثنائية في المنهج تبدو واضحة في نطاق السوق الأوروبية المشتركة، ففي مشروع المعاهدة الذي أعدته السوق للتطبيق على مسائل الاندماج الدولي للشركات، تحتل قواعد التنازع مكاناً إلى جانب القواعد الموضوعية³⁰.

ووجود مثل هذه الاتفاقيات قد يرتبط بعدم كفاية القواعد الموضوعية في حماية أو تنظيم الحقوق المتعلقة بها، ونلتمس هذا المنهج في اتفاقية بيرن التي تضمّنت عدداً من قواعد الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق ببعض المسائل، والقانون الذي اعتمده بشكل رئيسي هو قانون بلد طلب الحماية، وبخصوص اتفاقية باريس فقد نصّت على قواعد إسناد تؤدي إلى تطبيق قانون بلد طلب الحماية وفي حالات معينة تؤدي إلى تطبيق قانون دولة المنشأ حسب المادة 4 من نفس الاتفاقية، وقانون بلد الدولة

المستوردة حسب المادة 14 من اتفاقية بيرن، والأمر كذلك بالنسبة لاتفاقية روما التي جاءت ببعض قواعد الإسناد التي تستند إلى قانون بلد طلب الحماية³¹.

وبذلك فإنّ هذه الاتفاقيات اعتمدت على منهج القواعد الموضوعية و منهج قواعد التنازع في تنظيم حقوق الملكية الفكرية، وهو ما يستجيب للاتجاه الذي يرى أنّ العلاقة القائمة بين المنهجين هي علاقة تعايش وتكامل، والمزج بين المنهجين يعني أنّ هناك توزيعاً ولو ضمناً للاختصاص بينهما.

ثانياً/ مدى التلازم بين القواعد الاتفاقية الموحدة وشرط استبعاد قواعد التنازع غالباً ما يرد نص صريح في الاتفاقيات الموحدة يتعلّق باستبعاد قاعدة التنازع، وهو ما ورد في المادة 02 من اتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، والمادة 1/و من اتفاقية إبرام العقود الدولية للبيع بتأكيد الصريح بوجود استبعاد قواعد القانون الدولي الخاص لغرض تطبيق القانون الحالي ما لم تقضي هذه القواعد بخلاف ذلك، وعند غياب مثل هذا النص الصريح فيمكن أن يتمّ استبعاد قواعد التنازع بطريقة غير مباشرة، وذلك بأن تحكم الاتفاقية بقواعد موضوعية بعض المسائل المرتبطة بالعلاقة، وتترك أخرى لقواعد الإسناد، ويتم تحديد نطاق القواعد الموضوعية الاتفاقية من خلال مجموعة من القواعد تسمى بقواعد التطبيق التي تهتم بمسألة تحديد متى تطبق أحكام الاتفاقية، من خلال استخدام معايير وضوابط تماثل تلك المستخدمة في قواعد التنازع، كمحل الإبرام أو التنفيذ، أو ضابط الجنسية أو الموطن كما ورد في المادة 1 من اتفاقية فينا للبيع الدولي وغيرها من الضوابط³².

من هذا المنطلق، هل يجوز حقيقة أن يطبّق القاضي الأحكام الموضوعية التي تضمنتها الاتفاقية على العقد الدولي رغم عدم تحقق شروط تطبيقها لتخلف المعيار المتطلب لتركيز الرابطة العقدية في إحدى الدّول المتعاقدة ؟

اتخذت مثلاً اتفاقية وارسو المبرمة عام 1929 المتعلقة بالنقل الجوي، واتفاقية بروكسل لعام 1924 المتعلقة بتوحيد بعض قواعد سندات الشحن من اختلاف الدولتين اللّتين يتم بينهما تنفيذ النقل معياراً لدولية العقد، بغض النّظر عن جنسية السفينة أو الناقل أو الشاحن، على أنّ دولية العقد وفقاً للمعيار الذي تتبناه مثل هذه الاتفاقيات

التي تتضمن قواعد موضوعية لا تكفي لتطبيق أحكامها، وإتّما يجب توفر شروط إضافية مكّملة تنصّ عليها المعاهدة وتصل الرابطة بدول متعاقدة أو أكثر³³.

وتأسيسا على ما ذكر يجب التفرقة بين عناصر التدويل وعناصر التركيز في العلاقة العقدية التي تتضمنها الاتفاقية، فبينما تكون وظيفة العناصر الأولى تدويل العلاقة أي تحديد متى تكون العلاقة دولية بارتباطها بعدة دول، سواء كانت هذه الدول أطراف في الاتفاقية أم لا، فإنّ وظيفة عناصر التركيز تحدّد متى تتركّز العلاقة أعلاه في دولة متعاهدة بأن تحوز نقاط ارتباط محدّدة مع الدول المتعاهدة، والربط بين المعاهدة ومعايير تركيزها في إحدى الدول المتعاهدة على هذا النحو هي مسألة لا شأن لها بالضرورة بمعيار دولية العقد كشرط جوهري من شروط تطبيق المعاهدة.

بمعنى آخر أنّه قد ترتبط عناصر تدويل العلاقة بعناصر تركيزها، وليس ذلك ضروريا، فيكفي مثلا لتطبيق معاهدة هامبورغ أن يكون سند الشحن صادرا من إحدى الدول المتعاهدة ما دام عقد النقل قد اتّسم بالصفة الدولية، بأن تمّ بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين حتى لو كانتا غير متعاهدتين.

أمّا بالنسبة مثلا لاتفاقية وارسو للنقل الجوي لعام 1929 فقد اشترطت لانطباق أحكامها تركيز العلاقة في الدول المتعاهدة بأن تكون محطة القيام ومحطة الوصول كائنتين في دولتين متعاهدتين، واشترط لدولية العقد الخاضع لها أيضا أن يتم النقل بين نقطتين واقعتين على إقليم دولتين أطراف في الاتفاقية، أو على الأقل أن تقع نقطتا قيام الطائرة أو وصولها على إقليم دولة متعاقدة واحدة، ولكن لا يشترط أن يتمّ تركيز العلاقة باستعمال ذات العناصر التي يتحقّق بها تدويلها، لأنّ شرط دولية العلاقة لا غنى عنه مع ضرورة تركيز العلاقة في دولة متعاهدة³⁴.

غير أنّ التوسع في مجال تطبيق بعض الاتفاقيات الدولية التي تنطوي على قواعد موضوعية ومنحها طابعا عالميا يجعل تركيز العلاقة في دولة متعاهدة غير لازم، وهو مسلك استثنائي في تشريع المعاهدات، ويظهر هذا الطابع العالمي في اتفاقية لاهاي لسنة 1964 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، فتطبّق أحكامها حتى ولو لم تكن هناك رابطة بين العقد وأيّ من الدول المتعاهدة، فيكفي أن

يكون عقدا دوليا بالمعيار الذي تبنته بأن يكون أطراف العقد يقيمان في دولتين مختلفتين مع اشتراط أن يتم نقل المبيع من دولة لأخرى أو صدور تعبير الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين، فيكون العقد دوليا ولكنه غير متركّز في إقليم دولة متعاقدة³⁵.

غير أنّ التوسع في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية مشروط بدهاءة بأن يكون النزاع مطروحا أمام قضاء إحدى الدول المتعاقدة³⁶، وفي هذا الفرض وحده يتم تطبيق القواعد الموضوعية التي قرّرتها المعاهدة تطبيقا مباشرا باعتبارها جزءا من النظام القانوني لدولة القاضي، بل أنّ الرجوع إلى منهج تنازع القوانين في هذا الفرض هو بمثابة إنكار لأهداف المعاهدة بشكل يناهض مساعي التوحيد³⁷، أمّا لو طرح النزاع على قضاء دولة غير متعاقدة، فليس للقاضي تطبيق أحكام الإتفاقية الموضوعية الموّحدة لأنّها لا تشكّل جزءا من نظامه القانوني، وإنّما تخضع الرابطة العقدية للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في الدولة التي طرح النزاع على محاكمها، الذي يمكن أن يكون قانون دولة منضمة للمعاهدة، الأمر الذي يؤدّي إلى تطبيق أحكام المعاهدة أمام قضاء دولة غير متعاقدة.

ثالثا/ مدى فعالية أنواع الاتفاقيات الدولية في القضاء على تنازع القوانين

بالنظر إلى تعدد أنواع الاتفاقيات الدولية التي تعمل في مجال تنازع القوانين كما أوردناه سابقا، فإنّه من المنطق بمكان أن نحدّد مدى فعاليتها في القضاء على ظاهرة تنازع القوانين، أم أنّ دورها يقتصر فقط على التخفيف من حدتها؟

1/ أثر الإتفاقيات الموّحدة للقواعد الموضوعية في تنازع القوانين

سواء تضمّنت هذه الاتفاقيات قوانين موّحدة أو قواعد موّحدة، فإنّ هذه الاتفاقيات خصوصا قواعد النوع الأوّل منها لن تنقضي ظاهرة التنازع، حيث أنّ قيامها يبقى دائما محتملا وذلك لأسباب عديدة تحول عائقا أمام استبعاد الظاهرة من هذه الأسباب ما يلي:

أ/ العائق المادي للتوحيد³⁸: ويرتبط هذا العائق بمدى شمولية ونطاق تطبيق القواعد الموّحدة ويتلخّص هذا العائق فيما يلي:

(1)- مبدأ نسبية أثر الاتفاقيات: نلتمس هذه النسبية في أنّ التوحيد الذي تحقّقه هذه الاتفاقيات يظل محدود النطاق فيكون إقليميا مرتبطا فقط بالدول الأطراف فيها، فتفطت

الدول غير المتعاقدة من ذلك التوحيد، وحينها يكون المجال لإعمال منهج قواعد الإسناد، لأنّ استبعاد اللجوء إلى قواعد التنازع يتوجب أن تأتي تلك الاتفاقيات عالمية بشكل مطلق، وهو ما يصعب تحقيقه.

2- تحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعية الموحّدة: يثير مجال تطبيق هذه القواعد الموحدة إشكالية تحديد ما إذا كانت علاقة ما تعدّ داخلية أو دولية؟ أي هل تخضع لحكم الاتفاقيات الدولية الموحّدة أو لا، وبالتالي يثور البحث عن ضابط تلك التفرقة، وتحديد معيار ذلك يحتاج العودة إلى منهج التنازع لتكييف العلاقات عندما لا تقوم الاتفاقيات بتكييف تلك التي تطبّق عليها، وتثور هذه الصعوبة حتى بالنسبة للاتفاقيات حاملة القوانين³⁹.

ب/ العائق الموضوعي للتوحيد: يكمن العائق الموضوعي للتوحيد في عدة جوانب تجعل اللجوء لقواعد التنازع قائما وتمثل فيما يلي:

1) عدم كفاية مواضيع التنظيم الدولي: الملاحظ عمليا أنّ هذه الاتفاقيات لا تنظّم كافة الأمور المتعلقة بموضوع التوحيد، فترك بذلك المجال قائما للتنازع في الجوانب التي تفلت من التوحيد⁴⁰، ففيما يخص حقوق الملكية الفكرية هناك حالات لا تنطبق عليها الاتفاقيات الدولية، مثل غياب نص قانوني في اتفاقية تريبس حول الحقوق المعنوية لمالك الرسم والنموذج الصناعي، وأيضا سكوت اتفاقية بيرن عن النص على حق المؤلف في سحب مصنّفه وعدم تمتعه بحق التأجير التجاري⁴¹.

فتوحيد القواعد الموضوعية للتجارة الدولية يعد مطلباً تجارياً عالمياً، ولكن الوصول إليه في الوقت نفسه مستعص لاختلاف الثقافات والمدارس القانونية، ورغم الجهود الدولية المصنّية إلا أنّ عدد الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية يبقى محدوداً لعدم شمولية هذه الاتفاقيات على كلّ المواضيع في التجارة الدولية⁴².

2) اختلاف التفسيرات القضائية الوطنية: إنّ توحيد القواعد الموضوعية لن يقضي على ظاهرة تنازع القوانين بل أنّ ذلك التنازع يبقى قائماً أمام ظهور تنازع آخر من نوع خاص هو تنازع التفسيرات القضائية المختلفة، بالنظر إلى اختلاف قضاء كل دولة من الدول المتعاقدة حول تفسير النص الموحد، فتقضي المادة 4/31 من معاهدة جنيف المتعلقة

بالكمبيالة والسند الاذني بأنه " يتعين على ضامن الكمبيالة أن يحدّد المستفيد من هذا الضمان وفي غيبة هذا التحديد، يفترض أنّ الضمان تمّ لمصلحة الساحب"، بذلك يضع النصّ قرينة قانونية وإن كان لم يحدّد قوتها، و بإدماج هذه المعاهدة في القانون الداخلي للدول المتعاقدة، فقد استوجب ذلك قيام كل دولة متعاهدة بتفسير هذا النص مع اختلاف في ذلك، حيث نجد القضاء الألماني في حكم صادر عن المحكمة العليا عام 1956 جعل هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بينما توجه القضاء الفرنسي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1960/03/08 باعتبار تلك القرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها⁴³.

وحلّا لمثل هذا التنازع في التفسير يدعو البعض إلى إنشاء محاكم دولية لتوحيد تطبيق الاتفاقيات الدولية وتفسيرها في بعض المجالات⁴⁴، وأخذت بعض اتفاقيات الملكية الفكرية بذلك لتخفّف من حدّة تباين التفسيرات القضائية فنصت المادة 33 من اتفاقية بيرن على أنّ: " كل نزاع بين اثنين أو أكثر من دول الاتحاد بشأن تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية، والذي لا تتم تسويته بالمفاوضات يمكن لأي من الدول المعنية عرضه أمام محكمة العدل الدولية بعريضة تقدّم وفقا لنظام المحكمة، وذلك ما لم تتفق الدول المعنية على طريقة أخرى للتسوية، وتقوم الدولة التي تعرض النزاع أمام المحكمة بإخطار المكتب الدولي الذي يتولى إحاطة دول الاتحاد الأخرى بالموضوع"⁴⁵.

3) اختلاف نصوص الاتفاقية الواحدة: بالرغم من انضمام الدول إلى اتفاقية واحدة، إلا أنّ احتمالية اختلاف النصوص التي تلتزم بها الدول تبقى قائمة ويحدث ذلك عن طريق:
- التحقّظ: قد لا تمنع اتفاقية ما، أو لا تضع قيودا على التحقّظ، حينها يمكن للدول الأطراف أن تتحقّظ على نص أو نصوص قد تعدّ أحكامها جوهرية في الاتفاقية لا تريد الالتزام بها شريطة عدم مخالفتها لموضوع الاتفاقية والغرض منها⁴⁶، وهو ما يؤدّي إلى التزام بعض الدول بها دون الدول الأخرى وهو ما ود في نص المادة 06 من اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي للبضائع لعام 1980 في إمكانية استبعاد نص أو عدة نصوص من التطبيق، كما يجوز للأطراف، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره⁴⁷، وقد سمحت اتفاقية بيرن لحماية الملكية الأدبية إبداء التحقّظ على

أحكامها في المادة 30 و2/33 وغيرها من الاتفاقيات، ولكن بالنظر إلى خطورة التحفظ نصت المادة 72 من اتفاقية تريبس بأنه " لا يجوز التقدّم بتحفظات فيما يتعلق بأي من أحكام الاتفاقية دون موافقة البلدان الأعضاء الأخرى ."

- التعديل: قد تعقد مؤتمرات بشأن إجراء تعديلات على اتفاقيات دولية معينة بما يتفق مع التطور الذي يستجدّ في موضوعها، وهو ما أجازته اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 في المادة 39 و المادتين 40 و41 بموافقة الدول المتعاقدة في الأساس⁴⁸، ولكن ما يحدث عملاً أن ترفض بعض الدول الأطراف التصديق على التعديلات التي تطرأ على نصوص الاتفاقية، ممّا يبقها ملتزمة بالنصوص الأصلية للاتفاقية، في حين تلتزم الدول الأخرى بالتعديل، وهو ما يؤدي إلى ظهور التباين في النصوص التي تلتزم بها الدول الأطراف، وبالتالي مهما بلغ مستوى التنظيم الدولي فلا بدّ من وجود بعض المسائل التي تخرج منه، وبالتالي تجد قواعد الإسناد الشرعية من تطبيقها.

2/ أثارالقواعد الاتفاقيات الموحدّة لقواعد الإسناد في تنازع القوانين

وجود هذا النوع من الاتفاقيات لا يؤدي إلى القضاء على ظاهرة تنازع القوانين، على أساس أنّ هذه الاتفاقيات ستقوم فقط بتعيين ضابط إسناد موحد يحدّد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإنّ توحيد ضابط الإسناد يؤدي إلى تطبيق قانون واحد إلاّ أنّه ليس من شأنه أن يوحد الحل واجب التطبيق، كقاعدة الإسناد الواردة في اتفاقية برن الخاصة بمدّة الحماية، بالأخذ بقانون بلد الحماية، ولكن مدة الحماية هذه قد تتفاوت من دولة لأخرى، لذلك فالقوانين الوطنية مختلفة في تنظيم الحقوق محل النزاع، بالإضافة إلى مشكلة التكييف التي تخضع دائماً لقانون القاضي، فتبقى وظيفة هذه الإتفاقيات إذن هو توحيد وتعميم ضابط الإسناد على الدول الأطراف، وهو ما سيؤدي فقط إلى التخفيف من حدّة الظاهرة وليس القضاء عليها، ومن هذا المنطلق هناك من هاجم اعتبار الاتفاقيات الدولية وسيلة لتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص، لأنّ من شأن هذا التوحيد أن يضيف إلى التنازع بين قوانين الدول المختلفة تنازعا جديدا من نوع آخر ينشأ في محيط كل دولة بين قانونها الداخلي والقواعد الاتفاقية ذاتها.

الخاتمة

لقد كشفت هذه الدراسة عن أهمية الدور الذي تلعبه الاتفاقيات الدولية في مجال توحيد القواعد القانونية المتعلقة بالتجارة الدولية أو بتنازع القوانين، بهدف تسهيل المعاملات الدولية من خلال تقليص الهوة القائمة بين الأنظمة القانونية الرسمية والاعتراف بالمبادئ القائمة والمعترف بها على صعيد القانون الدولي وتطبيقاته، حيث تقوم الاتفاقيات الدولية بأداء عمل قانوني فاعل، ولعظمة هذا الأداء وما ينعكس نتيجة ذلك على الأفراد نلاحظ أنّ دورها تعدّى ساحة القانون الدولي العام وانتقل إلى القانون الدولي الخاص.

وإن كان الطريق إلى توحيد قانون التجارة الدولية طويل وشاق ومع ذلك فقد كانت جزءاً من حركات النشاط العالمية، فهو وسيلة قادرة على إزالة المعوّقات التي تعرقل التجارة الدولية وحلّ المنازعات، ورفع أوجه الخلاف بين الأنظمة القانونية المتباينة. وقد أصبح المجتمع الدولي المعاصر واعياً بذلك فأصبح من سماته البارزة قيامه على فكرة التعاون في مختلف المجالات، وهذا التعاون ليس وليد الصدفة وإنما وجد إذن نتيجة للتناقض بين الواقع والقانون، وحمية التطور السريع في عدد أعضاء المجتمع الدولي وتعدد حاجاته خاصة لما يتعلق الأمر بمجال كمجال التجارة الدولية.

وإذا كانت للاتفاقيات الدولية أهمية أكّدها أساتذة القانون التجاري من حيث أنّها تتولّى التنظيم المباشر لروابط التجارة الدولية، وهو السبب الذي يدعّم انتقاد منهج التنازع الذي يؤديّ إلى إخضاع هذه الروابط لقواعد وضعت لتنظيم التجارة الداخلية، وفي هذا المعنى يقول الدكتور "محسن شفيق" أنّه: "إذا كان من الجائز أن تسري في شأن التجارة الداخلية تقنينات التجارة الوطنية التي وضعت خصيصاً لها مراعية حاجاتها وظروفها فمن غير المقبول أن تطبّق هذه التقنينات نفسها على التجارة الخارجية التي تجرى في مجال دولي فتواجه ظروف مختلفة".⁴⁹ ولكن لما تكاثرت هذه الاتفاقيات أصبح الأمر يثير تنازعا بينها، ويكون ذلك من جانبين، الأول بين الاتفاقيات المتتالية تجاه بعضها عندما يتم عقد أكثر من اتفاقية دولية في الموضوع ذاته، ويتحد كل أطرافها أو بعضهم، وقد يرتّب ذلك على كاهل الدولة التزامات متضادة لا تستطيع الوفاء أو التوفيق بينها، لذا

تظهر ضرورة تحديد أي من الاتفاقيات تكون واجبة التطبيق، ولحلّ هذا التنازع، اتجه الرأي إلى تفضيل الاتفاقية الأكثر حداثة، أو الأكثر خصوصية، أو تطبيق قاعدة الفعالية القصوى L'effectivité Maximale وذلك بتفضيل الاتفاقية الأكثر صلاحية التي تؤدي صحة التحكيم وتنفيذ الحكم، ومع ذلك كثيرا ما تنظم الاتفاقيات ذاتها هذا التعارض المحتمل بوضع شرط الملاءمة Clause dite de Compatibilité.⁵⁰

الهوامش

¹- M. Georges A.L. Droz : La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modelés/in revue international de droit comparé, vol.13.N°3, juillet-septembre, 1961, pp 507-521. Voir sur le site:

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1961_num_13_3_13178 Consulté le:02/02/2015 à 14 : 56.

3337_1961_num_13_3_13178

²- د/ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 702.

³- د/ محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 304.

4-PIERE Mayer, L'application par l'arbitre des conventions international de droit privé/ in l'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de YVON LOUSSOUARN, Dalloz, paris, 1994, p 285.

⁵- خير الدين كاظم عبيد أمين. "تصنيف القضاء للمعاهدات الدولية"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 6، 2008. تم الاطلاع عليه بتاريخ 13/11/2013 على 14:26 على الموقع:

<http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=35070>

⁶- د/ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2007، ص ص 48-49.

⁷- وفقا لحكم المادة 132 من دستور الجزائري لعام 1996 فإنّ « المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون.» فمن المعلوم أنّ المعاهدة أو الاتفاقيات الدولية لكي تصبح لها قوة القانون أو أسى منه في القيمة القانونية، يتعيّن خضوعها للتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة في القانون خاصة منها المادة الرابعة من القانون المدني الجزائري، وهذه الإجراءات ضرورية سواء كانت الاتفاقية ذاتية=التنفيذ أو غير ذاتية التنفيذ، وإذا كانت المادة المذكورة لا تميّز بين المعاهدات أو الاتفاقيات ذاتية أو غير ذاتية التنفيذ في الإجراءات التي تعطيها قوة القانون، إلّا أنّ نصوص الاتفاقيات الدولية غير ذاتية التنفيذ لا تخاطب سوى الدول المتعاهدة دون رعاياها، وتلزمها بتعديل قوانينها الداخلية بما يتوافق مع أحكام الاتفاقية ومن ثم فإنّ التصديق على الاتفاقيات الدولية غير ذاتية التنفيذ ونشرها لا يعني عن إصدار التشريعات اللازمة لإنفاذ أحكام الاتفاقية في القانون الداخلي.

- أنظر: د/ عمر سعد الله، المرجع نفسه، ص50.
- ⁸ - راجع في ذلك/ حسام الدين عبد الغاني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، صص16-18.
- ⁹ - بلمديوني محمد، انهاء المعاهدات الدولية وايقافها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2009/2008، ص 17.
- ¹⁰ - د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 11.
- ¹¹ - أحمد خالد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام 1980، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2000، ص 5.
- ¹² - M. Georges A.L. Droz, Op. Cit , p 508.
- ¹³ - د/ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص ص 637-638.
- أنظر: د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، الهامش رقم 2، ص 2.
- ¹⁴ - د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 79.
- ¹⁵ - إلا أنّ هذا النوع من الاتفاقيات لم تحل في الأحيان دون قيام الخلاف في كل من هذه الدول حول تفسير النصّ الموحد ، وهو ما يؤدي إلى ظهور التنازع بين التفسيرات القضائية المختلفة ، ولهذا لم يتردد البعض من الشراح في القول بأن السبيل الوحيد إلى حل هذا التنازع هو الرجوع مرة أخرى إلى قواعد الإسناد في الدولة التي طرح النزاع على محاكمها
- لتحديد التفسير الواجب الإتياع.(د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص729).
- فقد جاءت اتفاهيه فينا مثلا بما مؤداه أنه يراعى في تفسير هذه الاتفاقية ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية ، وقد اختلف الفقه في تحديد دور حسن النية في ذلك، فيرى جانب ممن أيدهه أحكام القضاء أنّ الاتفاقية لم تنص على حسن النية إلا بوصفه قاعدة من قواعد التفسير، بينما ذهب فريق آخر إلى أنّ حسن النية لا يقتصر على تفسير نصوص الاتفاقية بل يعدّ قاعدة أصولية تقوم عليها فلسفة الاتفاقية، فيقع على الأطراف حسن السلوك في المعاملة سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه (أنظر في استعراض هذا الخلاف الفقهي د/ حسام الدين عبد الغاني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع مرجع سابق، ص 114).
- ويعترف الأستاذ محسن شفيق بخطرورة التفسير حيث يقول إنه قد تكلفت الجهود لوضع قانون موحد في مسألة معينة بالنجاح، ثم لا تلبث الاختلافات تتسرّب إليه ، بسبب اختلاف المحاكم في تفسير نصوصه، الأمر الذي يفسد التوحيد ويضيق نفعه، دون أن يجد محكمة دولية عليا تقطع فيما اختلف فيه وتعيد إلى النصوص

وحدثها، وإنشاء مثل هذه المحكمة أمر مرغوب فيه ولكنه عسير المنال (د/ محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع مرجع سابق ، ص ص 48-49).

¹⁶ - **PIERE Mayer**, L'application par l'arbitre des conventions international de droit privé, op, cit, p 280.

¹⁷ - **HUBER Bauer**, les traités et les règles de droit international privé matériel, Revue critique de droit international privé, N4, octobre- décembre, 1966, p 533

¹⁸ - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 337.

¹⁹ - المرجع نفسه، ص 338.

²⁰ - علاء الدين محمد ذيب عبابنة، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية، 2004، ص 148.

²¹ - د/ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق ص 26.

²² - **HUBER Bauer**, les traités et les règles de droit international privé matériel, op, cit, p 550.

²³ - **LOUSSOUARN Yvon**, « la règle de conflit est-elle une règle nature ? », TCFDIP, CNRS, Dalloz, Paris, 1981-1983, p297.

²⁴ - عبد الكريم محسن عواد أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2002، ص 100.

²⁵ - د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 732.

²⁶ - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 347.

²⁷ - د/ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين مرجع سابق، ص 30.

- كذلك: د/ عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 371.

²⁸ - د/ هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، مرجع سابق، ص 15.

²⁹ - د/ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 639.

³⁰ - د/ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 28.

³¹ - عبد الكريم محسن عواد أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 104.

³² - محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص ص 150-151.

³³ - د/ محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 306.

³⁴ - د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 741.

- ³⁵ - د/ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 26.
- ³⁶ - DEBY-Gérard Françoise, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, Paris, 1973, P177.
- ³⁷ - د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 744.
- ³⁸ - محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 343.
- أنظر كذلك: د/ هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، مرجع سابق، ص 8.
- ³⁹ - د/ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 26.
- ⁴⁰ - د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، مرجع سابق، ص 43.
- ⁴¹ - عبد الكريم محسن عواد أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 106.
- ⁴² - موسى خليل متری، "توحيد قانون التجارة الدولية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد 2، 2012، ص
- ⁴³ - نقلا عن: د/ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 29-30.
- ⁴⁴ - د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، مرجع سابق، ص 43.
- ⁴⁵ - أنظر في مسألة التفسير: د/ عادل أحمد الطائي، "قواعد التفسير القضائي الدولي دراسة في قانون المعاهدات الدولية"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 46، أبريل 2011، ص 450.
- تضمّنت اتفاقية تريبس على النص ذاته تقريبا في المادة 28، عندما أنشأت مجلس الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية الذي يتولّى متابعة الأمور التي تتعلق باحترام الاتفاقية وتنفيذها، ولكن ذلك لن يؤدي إلى عدم احتمالية إثارة تفسير النصوص الاتفاقية أمام القضاء الوطني، فعقد الاختصاص بالتفسير للمحكمة أو المجلس يكون عند إثارة النزاع حول النص بين الدولتين، ولكن إذا تعلّق النزاع بأحد الأفراد أو احتجّ بنصوص الاتفاقية لحماية حقوقه، وعرض الأمر على القضاء الوطني فإنه سيقوم بتفسير النص إذا تطلّب الأمر ذلك.
- ⁴⁶ - عرّفت المادة 1/2/د من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة في 1969/05/23 التحفظ على أنه "إعلان من جانب واحد أيّا كانت صيغته أو تسميته الذي يصدر عن الدولة عند توقيعها أو تصديقها على المعاهدة أو عند قبولها أو موافقتها عليها، أو عند انضمامها إليها الذي يستهدف به استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة من حيث سريانها على هذه الدولة".

⁴⁷ - في دراسة أهم الآثار التي تترتب من إمكانية الأخذ بجزء من الاتفاقية دون الآخر، كما ورد في المادة 92 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع التي تعطي للدول الموقعة أو المنظمة إليها إمكانية الالتزام بأحد أجزاءها المتعلق بتكوين العقد أو بتنفيذه دون الجزء الآخر. أنظر

- **AUDIT Bernard** : la vente internationale de marchandises (convention des Nations Unies du 11 avril 1980), droit des affaires, édition juridique associées, L.G.D.J, Paris 1990, P 141

-VINCENT Heuzé: la Vente internationale de marchandises- Droit uniforme, S/Dir de Jacques Ghestin, Traité des contrats, LGDJ, Delta, p145.

⁴⁸ - عبد الكريم محسن عواد أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية مرجع سابق، ص 104.

⁴⁹ - د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 05.

⁵⁰ - د/ منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص ص 49-50.

تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية*

BAHLOULI Fatah
Département Droit Privé
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –
Algérie

بهلولي فاتح
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

يمكن أن يتم تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية كلية عبر شبكة الإنترنت طالما كانت طبيعة الخدمة أو السلعة محل التعاقد تسمح بذلك مثل شراء برامج الحاسوب أو مصنوعات موسيقية. كما يمكن أن يكون التنفيذ كذلك خارج الشبكة إذا كانت طبيعة السلعة ذات كيان مادي محسوس كأجهزة كهربائية ولا يمكن تصور تمام التنفيذ عبر شبكة الإنترنت. في الواقع تتم عملية تنفيذ العقود الإلكترونية وفقا ما تمليه القواعد العامة و التي تقرر ضرورة قيام كل طرف بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات ناتجة عن عملية التعاقد.

فيما يخص الدفع الإلكتروني فهناك عدة طرق للوفاء كانت معروفة من قبل تم تطويرها إلكترونيا، كما ظهرت طرق جديدة استحدثتها التكنولوجيا المتطورة لوسائل الإتصال.

الكلمات الدالة

عقود، التجارة الإلكترونية، شبكة الإنترنت، برامج الحاسوب، التنفيذ عبر الشبكة، العقد الإلكتروني، الدفع الإلكتروني، التكنولوجيا المتطورة

Electronic commerce agreement execution

summary

Electronic commerce agreement may be executed in two ways. It can be run in the first place on the internet, such as the purchase by downloading a software or a musical work. Second, it can be run off-grid as the purchase of a product to be delivered or a journey that will be consumed later. The implementation of electronic contracts, they carry on one thing or a service, not a break with the contracts of sale or ordinary business. The electronic payment exists in the digital world various means and instruments of electronic payment, on line or not connected to the internet. New ways appear from year over the technological developments.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/05/15 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/07/13 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Keywords

Contrats, electronic commerce, internet, software, executed by internet, electronic contract, electronic payment, technological developments.

Résumé

Le contrat de commerce électronique peut être exécuté de deux façons.

Il peut être exécuté en premier lieu, sur le réseau internet, tel l'achat par téléchargement d'un logiciel ou d'une œuvre musicale. En second lieu, il peut être exécuté hors réseau comme l'achat d'un produit qui doit être livré ou d'un voyage qui va être consommé ultérieurement. L'exécution des contrats électroniques, qu'ils portent sur une chose ou sur une prestation de service, ne marque pas une rupture avec les contrats de vente ou d'entreprise de droit commun. S'agissant du paiement électronique, il existe dans le monde numérique divers moyens et instruments de paiement électronique, en ligne ou sans connexion au réseau internet. De nouveaux moyens apparaissent d'année en année au fil des évolutions technologiques.

Mots-clé

Les contrats, commerce électronique, réseau internet, logiciel, exécution sur le réseau, contrat électronique, paiement électronique, évolutions technologiques.

مقدمة

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية من العقود الملزمة للجانبين بحيث ترتب التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، ويعتبر التزام كل من البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن، من أهم الالتزامات التي تترتب على انعقاد العقد.

يختلف تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية المبرمة على شبكة الإنترنت عن تنفيذ العقود التقليدية، إذ أن عقود الشبكة تثير بعض الصعوبات الناتجة عن الخصوصية التي تتميز بها هذه العقود، كونها تتم عن بعد باستعمال الوسائل الحديثة للاتصال، وبالتالي فإن تنفيذها كذلك قد يتم عن بعد باستعمال نفس الوسائل.

في الواقع تنقسم عقود التجارة الإلكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، منها ما يبرم عبر شبكة الإنترنت ويتم تنفيذه خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية، ولا يمكن تصور تسليمها على الشبكة وإنما يتم ذلك في بيئة مادية. والنوع الآخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الاتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي محلها الأشياء غير المادية كتقديم الخدمات، ومنها عقد تقديم خدمات متخصصة كخدمة الاستشارات القانونية أو الطبية أو عقد بيع برامج الحاسب الآلي. كما يتم غالباً دفع مقابل السلع و الخدمات من خلال شبكة الإنترنت كذلك. بالرجوع إلى التنظيمات التشريعية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، نجد أنها لم تعالج بصفة كافية

للجوانب المتعلقة بتنفيذ العقود المبرمة عن بعد¹ (à distance)، رغم أهمية هذه المرحلة في حياة العقود بصفة عامة، وتلك المبرمة عن بعد بصفة خاصة.

لا شك أن مرحلة التنفيذ تعد أكثر المراحل تأثراً بطبيعة عقود التجارة الإلكترونية والأصل أن يتم التنفيذ حسب اتفاق طرفي العقد بصفة ودية، ولكن من الممكن ألا يتم هذا التنفيذ - سواء بصفة كلية أو بصفة جزئية - لأي سبب من الأسباب وهنا يكون للطرف الآخر أعمال قواعد القوة الملزمة للعقد لإكراه الطرف المتقاعس على تنفيذ التزاماته. لكن أعمال القواعد التقليدية في تنفيذ العقد المبرم عن بعد يثير عدة تساؤلات، تدور حول مدى إمكانية تطبيقها على مثل هذا النوع من العقود التي تعتمد أساساً لإبرامها على شبكة الإنترنت. فالإشكالية المطروحة: كيف يمكن تنفيذ الالتزامات التي ترتبها عقود التجارة الإلكترونية على طرفيه؟

للإجابة على هذه الإشكالية نتعرض فيما يلي لالتزام المورد (البائع) بالتسليم ثم نتبعه بدراسة وفاء العميل (المشتري) بالثمن.

أولاً / التزام المورد بالتسليم

يعتبر التزام المورد بتسليم السلع أو الخدمات من أهم الالتزامات لدرجة أنه يعد محور كل عقد، بما فيها عقود التجارة الإلكترونية التي تدور حوله كافة الالتزامات وبالتالي سنتعرض بالدراسة لأنواع التسليم في عقود التجارة الإلكترونية، ثم نقوم بدراسة جزاء عدم قيام المورد بالتسليم.

1 / أنواع التسليم في عقود التجارة الإلكترونية

يفترض تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية وجود نوعين من التنفيذ في حالة إبرام العقد عبر الإنترنت، فيمكن أن يكون موضوعه إما أشياء مادية كالسلع أو أشياء معنوية كالخدمات²، ومن ثم فالالتزام بالتسليم في العقد المبرم عن بعد يشمل تسليم الأشياء المادية، وكذا تسليم الأشياء المعنوية.

أ / الإلتزام بتسليم الأشياء المادية

قد يكون محل عقود التجارة الإلكترونية سلعة لها واقع مادي ملموس، فلا يتصور إمكانية تسليمها عن طريق الإنترنت مباشرة، إنما تتم عملية التسليم وفقاً للقواعد العامة ويكون ذلك في البيئة المادية خارج المواقع الإلكترونية³. فالتسليم هو وضع المبيع تحت

تصرف المشتري، بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به بالكيفية المقصودة دون عائق⁴، ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلا إلى المشتري وإنما يكفي أنه يمكن الحصول على هذه الحيازة.

هذا التفسير يتجاوب مع نص المادة 1/367 من القانون المدني الجزائري والتي تنص " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع"⁵.

لكي يتم التسليم يجب على البائع وضع المبيع تحت تصرف المشتري، وقد يتحقق ذلك حتى لو لم تنتقل حيازة المبيع إلى المشتري، إذ العبرة بكون المبيع موضوعا تحت تصرف المشتري، وليس شرط أن يقترن التسليم على هذا النحو بالحيازة. إذ المقصود بالتسليم في مفهوم هذا النص أعم من التسليم المادي، فيتحقق بوضع المبيع تحت تصرف المشتري مع تمكينه من الانتفاع به بدون أي عائق. إلى جانب وضع المبيع تحت تصرف المشتري اشترط المشرع الجزائري وجوب علم المشتري بأن المبيع موضوع تحت تصرفه، حيث يخطر البائع بذلك وليس لهذا الإخطار شكل خاص فيمكن أن يكون مثلا عن طريق البريد الإلكتروني ويقع على البائع عبء إثباته.

لاشك أن غياب الدعامة المادية لعقود التجارة الإلكترونية قد يثير بعض الصعوبات في تحديد زمان و مكان التسليم. فيما يخص زمان التسليم تقتضي القواعد العامة أن التسليم يجب أن يتم فور انشاء عقد البيع فعلى المدين بالتسليم - وهو البائع - أن ينفذ التزامه فور نشوئه في ذمته، ولكن هذه القاعدة غير متعلقة بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها وذلك بإعمال الاتفاق الموجود بين البائع والمشتري والذي يحدد زمان التسليم⁶.

قد جاء بالبند الحادي عشر من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بأنه "يتم التسليم خلال ثلاثين يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ التي تم الوفاء بها"⁷ ومن هنا تظهر أهمية زمان التسليم، كون أن التأخر في التنفيذ قد يؤدي إلى فسخ العقد إذا كان موعد التسليم أمرا جوهريا في التعاقد، كما أن بعض التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك تجيز لهذا الأخير طلب فسخ العقد إذا تجاوز التأخير أجلا معينا⁸.

في ما يخص مكان التسليم فإن نص المادة 368 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك". يفهم من ذلك أنه إذا تم إرسال المبيع من مكان إلى آخر فالتسليم لا يتم إلا في اللحظة التي يصل فيها المبيع للمشتري، وبالتالي لا يتم التسليم في عقود التجارة الإلكترونية إلا إذا وصل المبيع إلى مكان تواجد المشتري، ويستثنى من ذلك حالة وجد اتفاق بين المتعاقدين على مكان معين فالعبارة تكون باتفاقهما⁹ و يجب التسليم في المكان المتفق عليه، وهذا ما جاء مثلا في البند 12 من عقد المركز التجاري (Infonie) الذي ينص على أنه " يتم تسليم السلع في موطنك أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي وتذكره في طلبك، ولن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم إلا نفقات التصدير المذكورة سابقا¹⁰".

وفقا لما تقدم فإن البائع هو الطرف المدين بالتسليم وبالتالي تقع نفقات التسليم على عاتقه إلا إذا وجد اتفاق على انتقال تبعة تحمل نفقات التسليم للمشتري. يجب الإشارة أن الرسوم الجمركية و الضرائب يتحملها غالبا المشتري في عقد التجارة الإلكترونية، ولكن يجب على البائع أن يبين للمشتري ثمن السلعة بشكل منفصل ويبين له أيضا ما يترتب عليها من رسوم أو ضرائب وكذلك رسوم الشحن، وذلك كي لا يتفاجأ المشتري بالثمن المطلوب منه دفعه¹¹.

ب / الإلتزام بتسليم الأشياء المعنوية

قد يتم تنفيذ العقد المبرم عن بعد بمجرد تسليم المنتج أو الخدمة عن طريق شبكة الإنترنت مباشرة، بأن يتلقاها المتعاقد الآخر على برنامجه الإلكتروني بالموقع الخاص به على شبكة الإنترنت، وذلك بوضعها تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولى عليها إستلاء ماديا ما دام البائع أعلمه بذلك¹²، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 367 فقرة 01 من القانون المدني.

يتم التنفيذ في هذه الحالة بصورة كاملة عبر الوسائط الإلكترونية (multimédia)، ومثال ذلك اللجوء إلى أحد المختصين لتصميم موقع (site) على شبكة الإنترنت أو برامج الحاسب الألى أو المعلومات فإنه يتم تسليمها عبر الخط (on-line) وذلك من خلال تمكين المستخدم من الحصول على المعلومات بتنزيلها أو تحميلها أو نسخها من الموقع مباشرة¹³.

يجب الإشارة أن الأشياء المعنوية التي يتم تسليمها عبر شبكة الإنترنت، يمكن أن يتم التسليم فيها ماديا خارج شبكة الإنترنت وذلك بأن يتم تحميل تلك المعلومات أو البرامج على دعامة مادية¹⁴ مثل القرص الصلب، ذاكرة الحاسوب وغيرها من الحوامل الإلكترونية.

كما يمكن أن يتم تنفيذ العقد سواء بتسليم البضاعة أو دفع الثمن من خلال الهاتف النقال وذلك بتحميل الأغاني أو الأخبار المهمة¹⁵. ويرى بعض الفقهاء أنه يمكن استخدام الرسائل القصيرة لتنفيذ العقد أو تعديله على أن لا يكون هذا التعديل جذري في العقد، ذلك بالنظر إلى طبيعة الرسائل القصيرة التي لا تسمح بإجراء تعديل يمس المسائل الجوهرية في العقد¹⁶.

على كل فإن تنفيذ العقد من خلال الهاتف النقال¹⁷ لا يمكن استعماله إلا في بعض العقود البسيطة كتحميل الأغاني مثلا، أما بالنسبة إلى تقديم بعض الخدمات الأخرى كحجز تذاكر السفر أو غرف الفندق نرى أنه يمكن أن تتم عبر الهاتف النقال لكن يستوجب الأمر هنا إرسال رسالة قصيرة من مقدم الخدمة للتأكيد على أنه تم الحجز وفقا للعرض المقدم¹⁸، وهذا ما يسمح بإعداد الدليل مقدما كون أن الرسائل القصيرة المرسلة من هاتف النقال وإليه كذلك تسجل تلقائيا في ذاكرته ويتم تقديمها عند الحاجة كوسيلة لإثبات عدم تنفيذ الالتزام.

2- جزاء إخلال المورد بتنفيذ التزاماته

يتبين من التشريعات الخاصة بتنظيم العقود المبرمة عن بعد أنها لم تضع إلا القليل من القواعد المتعلقة بتنفيذ هذه الفئة من العقود، وكذا الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزامه بالتسليم¹⁹، وذلك كأن يرفض تسليم المبيع إلى المشتري أو أنه تأخر في تسليمه أو أنه سلمه في غير الحالة التي كان عليه وقت التعاقد أو لغير ذلك من الأسباب، ويمكن استخلاص هذا الجزاء من القواعد العامة التي منحت للمشتري عدة وسائل يمكن إتباعها إذا لم يرقم البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم. نشير في هذا الصدد إلى إمكانية رجوع المشتري على البائع الذي أخل بالتزامه بدعوى المسؤولية العقدية، وكذلك بدعوى ضمان العيوب الخفية في حالة اكتشاف المشتري للعيوب الذي لحق بالمبيع، بعد انقضاء الفترة

التي يمكنه خلالها مباشرة حقه في العدول. يجب الذكر أن هذه الدعاوى وغيرها مما نصت عليه القواعد العامة تفترض بطبيعة الحال توافر شروط ممارستها²⁰.

من خلال تتبع نصوص التنظيم التشريعي الخاص بالتعاقد عن بعد يمكن ملاحظة أن هذا التنظيم لم يتضمن إلا بعض الأحكام الخاصة بتنفيذ البائع للالتزامات الواقعة على عاتقه. يمكن أن نذكر في هذا الصدد ما تضمنته المادة 121-20-3 من قانون الاستهلاك الفرنسي²¹ التي تنص " في حالة عدم وجود اتفاق المخالف يجب على المورد تنفيذ الطلبية خلال ثلاثين يوماً تحسب من اليوم التالي لذلك الذي نقل فيه المستهلك طلبه لمورد المنتج أو مؤدي الخدمة"²².

يلاحظ من هذا النص أنه لم يتضمن أي جزاء خاص يمكن إعماله في حالة عدم إتمام التنفيذ خلال ثلاثين يوماً. ولهذا وضع المشرع الفرنسي نص المادة 15 من القانون رقم 575²³ الصادر في 21 - 06 - 2004 المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي لوضع مسؤولية تنفيذ العقد على عاتق البائع بقوة القانون²⁴.

وفقاً لنص المادة المذكورة أعلاه ادخل المشرع الفرنسي نظاماً جديداً²⁵ للمسؤولية المتعلقة بالإخلال في تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، والتي جاء مضمونها على أنه " يقع على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاط المنصوص عليه في المادة 14 مسؤولية تنفيذ الإلتزامات الواردة بالعقد بقوة القانون وذلك أياً كانت صفة البائع سواء كان شخص طبيعياً أو معنوياً تاجراً أو غير تاجر وأي كان من يجب عليه التنفيذ سواء كان الشخص نفسه أو مقدم خدمة فيكون مسؤولاً عن أعمال كل منهم في مواجهة المشتري مع حفظ حقه في الرجوع عليهم ويكون الخطأ مفترضا في حالة عدم التنفيذ. في حين أن البائع لا يتحمل من كل المسؤولية أو جزء منها إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي أو فعل المشتري أو الغير أثناء تسليم الخدمات المتعلقة بالعقد أو بسبب القوة القاهرة"²⁶.

وقد جاء القانون رقم 575 الصادر في 21 - 06 - 2004 والمتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي لوضع نظام للمسؤولية من أجل تعزيز تطوير التجارة الإلكترونية، وذلك بخلق الثقة في التعامل. حيث جعل هذا القانون البائع عبر الخط مسؤول عن عدم تنفيذ العقد، وهذا ما يشجع المتعاملين بشبكة الإنترنت في الإقدام على التعاقد.

بالنظر إلى طبيعة الالتزامات في عقود التجارة الإلكترونية نجد أن معظمها يتسم بتحقيق نتيجة، وبالتالي يتعين على المدين بالتسليم تحقيق نتيجة معينة وهي تنفيذ التزامه بالتسليم، وفي غير ذلك تقوم مسؤوليته العقدية ولا يستطيع التخلص منها إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير أو بسبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة.²⁷

وقد تعرضت المادة 15 المذكورة أعلاه للانتقاد من طرف التجار ومؤسسات البيع عن بعد حيث اعتبرت جمعية مؤسسات البيع عن بعد (FEVAD)²⁸ أن نظام المسؤولية بقوة القانون في تنفيذ العقد المبرم عن بعد تثقل كاهل المؤسسات والتجار عبر الشبكة مقارنة بالالتزامات المشتري، كما أن هذه الالتزامات الموضوعة على عاتقهم لا تتناسب مع تلك التي يتحملها محترف التجارة التقليدية²⁹. وتجدر الإشارة إلى أن عدم تنفيذ البائع لالتزاماته التعاقدية بمقتضى العقد المبرم عن بعد لم تعالجه التنظيمات التشريعية الخاصة بهذا العقد إلا في أضيق الحدود وعلى نحو لا يسمح بمواجهة كل ما قد يثار بشأن عدم التنفيذ بخصوص هذا العقد، بالتالي اقتضى الأمر الرجوع للقواعد العامة لسد فراغ التنظيم التشريعي الخاص بعدم التنفيذ، هذا مع ضرورة مراعاة ما قد تقتضيه العقود المبرمة عن بعد خاصة عند اتصافها بالصفة الدولية من أعمال لقواعد القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية المعمول بها.

ثانيا/ إلزام العميل بدفع الثمن

ظهر إلى جانب وسائل الدفع الشائعة الاستخدام من نقود وشيكات المستعملة في التسويات المالية، وسائل أخرى حديثة نتجت عن التطور التقني الهائل في ثورة المعلومات والاتصالات، تستخدم في تسوية المعاملات المالية إلكترونيا ومتوافقة مع متطلبات التجارة الإلكترونية. في الواقع أن ما يجب التوقف عنده فيما يتعلق بتنفيذ المشتري للعقد المبرم عن بعد هو التزامه بدفع الثمن، ولا توجد كيفية معينة للدفع عبر شبكة الإنترنت والتي يمكن أن تتم بأية وسيلة يقبلها البائع وهناك عدة طرق لدفع الثمن³⁰، من أهمها بطاقات الائتمان والشيكات الإلكترونية، والنقود الإلكترونية.

وفقا لما تقدم سنتعرض بالدراسة لتعريف وسائل الدفع الإلكتروني، ثم نعرض لدراسة صور وسائل الدفع الإلكتروني.

1/ تعريف الدفع الإلكتروني

عرف الدفع الإلكتروني بأنه تصرف قانوني يكون الهدف من ورائه تسوية دين في ذمة شخص ما لصالح شخص آخر كنتيجة لوجود معاملة تجارية تجري بينهما عبر شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، وذلك إما باستخدام وسائل دفع موجودة أو معروفة من قبل وتم تطويرها لتتوافق وحاجات التجارة الإلكترونية وإما بالرجوع إلى وسائل الدفع المستحدثة³¹.

كما عرف المجلس الاقتصادي الفرنسي الدفع الإلكتروني أنه "مجموعة التقنيات الإعلامية، المغناطيسية أو الإلكترونية... الخ. تسمح تحويل الأموال دون دعامة ورقية و التي ينتج عنها علاقة ثلاثية من بين البنك البائع والمستهلك"³².

على الصعيد التشريعي فقد عرف المشرع الجزائري وسائل الدفع في المادة 69 من الأمر 11-03 المتعلق بالنقد و القرض على الشكل التالي "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"³³.

ووسائل الدفع وفقا لنص المادة 3-311 L من قانون المالية والنقد الفرنسي "هي كل الوسائل التي تتيح لأي شخص نقل الأموال أيا كانت الدعامة أو التقنية المستخدمة"³⁴. أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي فقد عرف وسيلة الدفع الإلكتروني كما يلي "هي الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشرة عن بعد عبر الشبكات العمومية لاتصالات"³⁵.

يلاحظ من هذه التعاريف التشريعية المقدمة أعلاه أنها لم تذكر صور وسائل الدفع الإلكتروني المتعددة بل ركزت على التقنية المستعملة في نقل الأموال، وربما يرجع سبب ذلك إلى فتح المجال ليشمل أية وسيلة أخرى تستحدث للوفاء الإلكتروني.

2/ صور الدفع الإلكتروني

تتعدد طرق الدفع الإلكتروني³⁶، فهناك طرق للوفاء كانت معروفة من قبل وتم تطويرها إلكترونيا، كما ظهرت طرق جديدة لم تكن معروفة من قبل. وتعتبر بطاقات الائتمان و الشيكات الإلكترونية من الوسائل المألوفة التي تم تطويرها بما يتلاءم مع

أنظمة الدفع الإلكترونية، أما النقود الإلكترونية فإنها تعتبر من الوسائل الحديثة التي أفرزتها التكنولوجيا المتقدمة للعمليات المصرفية.

أ/ بطاقات الائتمان

اختلف الفقه في تسمية هذا النوع من البطاقات فأطلق عليها الفقهاء عدة مسميات منها بطاقة الائتمان، بطاقة الاعتماد، بطاقة الدفع البلاستيكية، بطاقة الوفاء، بطاقات السحب الألي، والحقيقة أن مصطلح بطاقات الائتمان هو الأكثر شيوعاً لهذه البطاقات.³⁷

• تعريف بطاقة الائتمان

أطلق فقهاء القانون تعريفات متعددة على بطاقات الائتمان تشترك جميعاً في بيان الوصف المصرفي القانوني الملائم لها منها مثلاً "هي عقد بمقتضاه يتعهد مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر بطاقة بعقد تتعهد فيه بقبولها الوفاء بمشترياته حاملي البطاقة الصادرة عن الطرف الأول على أن تتم التسوية النهائية بعد كل مدة محددة"³⁸.

وعرفها المجمع الفقهي الإسلامي "بأنها مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو إعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن نقداً - حالاً - لتضمنه التزام المصدر بالدفع، و من أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف المختلفة"³⁹.

وقد قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكام بطاقة الدفع من خلال تعديله الأخير للقانون التجاري في سنة 2005، في الفصل الثالث من الباب الرابع من القانون التجاري، تحت عنوان "في بطاقات الدفع والسحب". حيث تنص المادة 543 مكرر 23 على تعريف بطاقة الدفع⁴⁰ كما يلي "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانوناً وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال. وتعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانوناً وتسمح لصاحبها فقط بسحب أو تحويل أموال". وهكذا يكون المشرع الجزائري قد عرف بطاقة الائتمان على أساس الوظيفة التي تؤديها، فبطاقات الدفع تستعمل في تحويل وسحب الأموال، أما بطاقات

السحب فلا يمكن تحويل بواسطتها الأموال بل يستطيع حاملها فقط سحب الأموال. وقد سار في ذلك مسار المشرع الفرنسي الذي عرف بطاقة الائتمان في نص المادة 02 من القانون المالية و النقد الذي صدر في 1991/12/30 على أنها "أداة تصدر من إحدى مؤسسات الائتمان وتسمح لحاملها بسحب أو تحويل نقود من حسابه"⁴¹.

• أنواع بطاقات الائتمان

لما كانت بطاقة الائتمان وثيقة تحمل بيانات خاصة بحامله⁴² تخوله شراء ما يحتاجه من سلع وخدمات وسحب نقدي، بناء على الثقة والقدرة المالية له مع تأجيل الدفع إلى زمن معلوم يتفق عليه المصدر وحامل البطاقة في العقد المبرم بينهما. وعليه تنقسم بطاقة الائتمان بين المصدر وحامل البطاقة إلى ثلاثة أنواع هي:

النوع الأول/ بطاقة الخصم الفوري

يتطلب لإصدار هذه البطاقة من حاملها أن يفتح حساب جاري لدى البنك المصدر للبطاقة، ويودع فيه مبلغا يساوي الحد الأقصى للائتمان المسموح له بالشراء أو سحب النقود من آلات السحب أو من البنوك في حدوده شهريا، دون أن يدفع ما قام بشرائه أو سحبه لقيام البنك بالدفع بدلا عنه، إذ تخصص بعد ذلك قيمة مشتريات أو خدمات العميل فورا من حسابه الجاري المفتوح لديه. وفي نهاية كل شهر يرسل البنك كشف حساب إلى حامل البطاقة مطالبا إياه بإيداع مبلغ مماثل في الحساب الجاري⁴³ حتى يعود الرصيد المطلوب الاحتفاظ به لدى البنك إلى كامل المبلغ.

النوع الثاني/ بطاقة الخصم الشهري

تستخدم هذه البطاقة كأداة وفاء وائتمان في نفس الوقت، حيث لا يتطلب إصدار هذه البطاقة وجود حساب جاري لحاملها لدى البنك المصدر لها، وإنما يلزم على العميل أن يكون له رصيد شهري يغطي استخداماته⁴⁴، وتتم المحاسبة شهريا طبقا للحد الأقصى للبطاقة عن طريق إرسال البنك مصدر البطاقة لحامل هذه البطاقة كشف الحساب كل شهر، يحتوي على تفاصيل المبالغ المستحقة عليه نتيجة حصوله على السلع و الخدمات من التجار وكذلك ما حصل عليه من النقود من آلات السحب النقدي أو البنوك، ويجب أن يكون كل ذلك غير متجاوز للحد الأقصى للبطاقة، وعلى العميل تسديد هذه المبالغ

خلال مدة تتراوح بين 25 و40 يوما وإلا سيحمله البنك فوائد تتراوح بين 1,5%-1,75% شهريا⁴⁵.

تمتاز هذه البطاقة بأنها تتيح لحاملها أن يستخدمها في عمليات الشراء المختلفة والحصول على الخدمات، وكذا استعمالها في عمليات السحب النقدي في كافة أنحاء العالم.

النوع الثالث/ بطاقة الائتمان المتجدد أو بطاقة الائتمان القرضية

في هذا النوع من بطاقات الائتمان تقوم الجهة المصدرة للبطاقة - البنك - بمنح حاملها الحق في استخدام البطاقة في شراء السلع و الحصول على الخدمات، و كذا استخدامها لسحب النقود في حدود مبلغ معين، ولا يشترط أن يكون له حساب عند البنك المصدر للبطاقة، وإن كان له حساب لدى البنك المصدر لها فإنه ليس من الشروط أن يتوافر له الرصيد عند البنك لخصم ما عليه من مبالغ الاستخدام. ولا يتم تسديد المبالغ المستحقة على حامل البطاقة كل شهر، وإنما على أقساط - في شكل دفعات - دورية تتناسب مع دخله ويعتبر باقي المبلغ المستحق عليه بمئبقت قرضاً، يتم احتساب فوائد على رصيده⁽⁴⁶⁾ إلى الجهة المصدرة للبطاقة التي تقوم بسداد قيمة السلع والخدمات إلى التاجر.

ب/ الشيك الإلكتروني

الشيكات الإلكترونية هي المكافئ الإلكتروني للشيكات الورقية التقليدية التي اعتدنا التعامل بها، كون أن فكرة الشيكات الإلكترونية تقوم على استخدام الوسائل الإلكترونية لتحويل الشيكات الورقية إلى شيكات رقمية.

عرف الشيك الإلكتروني بأنه محرر ثلاثي الأطراف، معالج إلكتروني بشكل كلي أو جزئي، يتضمن أمراً من شخص يسمي الساحب إلى البنك المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغاً من النقود لإذن شخص ثالث يسمي المستفيد⁴⁷.

كما عرف كذلك على أنه التزام قانوني بسداد مبلغ معين في تاريخ محدد لصالح شخص أو جهة معينة، ويتم تحريره بواسطة أداة الكترونية ويتم تذييله بتوقيع الكتروني ويتمتع بقوة الشيك الورقي في الدول التي تعترف بصحة التوقيع الإلكتروني⁴⁸.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن مشرعنا لم يقدم تعريفا للشيك بل اكتفى بالنص على بياناته في المادة 472 من القانون التجاري، و لم يذكر ما إذا أمكن إصداره إلكترونيا وإنما يظهر ذلك ضمنا في قانون النقد والقرض وكذلك التنظيم 97-03 المتعلق بغرف المقاصة في المادة 3 فقرة 2 من هذا الأخير⁴⁹، كما أشر بصفة صريحة في المادة 03 من الأمر 05-06 المؤرخ في 23 غشت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب⁵⁰ إلى وسائل الدفع الإلكترونية ليشمل بذلك الشيك الإلكتروني الذي تعتبر من بين هذه الوسائل.

كما تجدر الإشارة كذلك أن المشرع الجزائري قد اعترف بحجية التوقيع الإلكتروني وذلك في نص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني⁵¹. منه نستنتج وفقا للتعريف المقدم أعلاه أنه يمكن إصدار الشيك الإلكتروني والتعامل به حتى وإن كان المشرع لم ينظم أحكامه.

في الواقع تعتمد الشيكات الإلكترونية على وجود وسيط بين المتعاملين يقوم بعملية التحقق والدفع الإلكتروني للشيك، ويطلق عليه جهة التخليص (House Clearing)، وغالبا ما يكون هذا الوسيط أحد البنوك الإلكترونية التي تعمل من خلال شبكة الإنترنت، حيث يتم من خلاله فتح حساب وكذلك تحديد التوقيع الإلكتروني⁵². فالشيك الإلكتروني هو رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها العميل الذي حصل على شيك إلكتروني افتراضي من البنك الذي لديه حساب عادي بواسطة الموقع الإلكتروني للبنك، بإدخال رقم حسابه لدى البنك فيرسل له على الموقع نموذج إلكتروني لهذا الشيك يحمل رقم سري وحين يحول العميل الشيك الإلكتروني للبائع أو التاجر على موقعه الإلكتروني - عنوانه الإلكتروني- يرسله للبنك الذي يتعامل معه العميل - المشتري - للتأكد من شخصية العميل محرر الشيك بدلالة الرقم السري الذي يحمله، فيقبله البنك الذي يتولى مراجعته ويخطر كل من الطرفين ويخصم قيمته في الحساب العادي للعميل لدى هذا البنك وإضافته لحساب البائع⁵³.

نستنتج من ذلك أن الشيكات الإلكترونية تخضع لنفس طرق التدقيق المعتمدة بالنسبة للشيكات الورقية، ما عدا التي يمس الطابع المادي الذي يعتبر جوهر الاختلاف في عمليات التداول بين الشيكات الورقية والشيكات الإلكترونية، التي تعتمد أساسا على شبكة الانترنت لإتمام العمليات التي تخضع لها الأوراق التجارية بصفة عامة.

ج/ النقود الإلكترونية

لقد أفرزت بيئة التجارة الإلكترونية وسائل تعد مبتكرة في الأداء المالي والوفاء الإلكتروني، لتتلاءم مع ما تتطلبه هذه البيئة من السرعة وأمان في الأداء وتعتبر النقود الإلكترونية من الوسائل الحديثة التي أفرزتها التكنولوجيا المتقدمة للعمليات المصرفية.

استخدم الفقهاء مصطلحات مختلفة للتعبير عن مفهوم النقود الإلكترونية، كما اختلفوا كذلك في تحديد مفهوم النقود الإلكترونية فعرّفها البعض منهم بأنها " سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعها، ويحصل هؤلاء عليها في صور نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية وعلى الهارد درايف (rdHa-Drive) ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونياً"⁵⁴.

كما عرفها البعض الآخر من الفقهاء على أنها " قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما و غير مرتبطة بحساب بنكي، و تحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها، و تستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة"⁵⁵.

وقد عرفها التوجيه الأوروبي رقم CE/64/2007 الصادر في عام 2009 والخاص بإصدار النقود الإلكترونية بأنها " قيمة نقدية مخزنة بطريقة إلكترونية على وسيلة إلكترونية أو مغناطيسية وتمثل دينا على مصدرها، وتصدر في مقابل إيداع أصول وذلك في إطار عمليات الوفاء المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من التوجيه الأوروبي رقم CE/64/2007، ومقبول كوسيلة للوفاء بواسطة شخص طبيعي أو معنوي غير المؤسسة التي أصدرتها"⁵⁶.

وهناك العديد من أنظمة الدفع بواسطة النقود الإلكترونية، وتختلف هذه الأنظمة عن بعضها لبعض حيث إن بعض هذه الأنظمة تستعمل للدفع عبر شبكة الانترنت والبعض الآخر يستعمل داخل الشبكة وخارجها، وتتخذ النقود الإلكترونية أحد النظامين التاليين:

• النقود السائلة الرقمية

هي عبارة قيمة مفترضة ناتجة عن تسجيل القيمة الحقيقية لنقود حقيقية لدى مؤسسة مالية، وتستخدم في الأداء المالي للمقابل بعد تسجيلها وتخزينها على وسائط إلكترونية⁵⁷. حيث يقوم هذا النظام على آليات دفع مخزنة القيمة أو يكون الدفع فيها قد

سبق تسديد قيمته نقداً، ويمكن لحاملها إجراء عملية الدفع من خلال استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت (On-line). و يفترض أن يكون للعميل لدى البنك حسابين أحدهما بالعملة العادية والأخر بالعملة الإلكترونية، ويحق له أن يحول أية قيمة من حسابه بالنقود العادية إلى حسابه بالنقود الإلكترونية. ويتم برمجة الحساب المتضمن للعملة الإلكترونية تحت سيطرة ومراقبة العميل إلكترونياً فإذا ما أراد أداء أية قيمة أو الوفاء بمقابل أية سلعة أو الخدمة جاز له ذلك، عن طريق تحويل هذه القيمة من حسابه الإلكتروني إلى حساب التاجر المعني الذي يفترض فيه أن يكون هو الآخر إلكترونياً. ويكون للتاجر الخيار بين طلب تحويل النقود الرقمية إلى نقود عادية بقيمتها الحقيقية أو أن يضعها في حسابه الخاص بالوحدات الرقمية⁵⁸. ويلاحظ أن هذا النظام يسمح بانتقال النقود الإلكترونية من شخص لآخر، على أن كل عملية الوفاء بالتزامات العميل تجاه التاجر تقتضي توثيق البنك لصلاحيته حساب النقود الإلكترونية الخاص بالعميل.

• محفظة النقود الإلكترونية

يمكن تعريف محفظة النقود الإلكترونية بأنها "قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي، كما تحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة"⁵⁹. وتقوم فكرة محفظة النقود الإلكترونية على استخدام أجهزة الذاكرة الإلكترونية لتخزين القيمة، من أجل الاستخدام النهائي في المدفوعات المتكررة والمنخفضة القيمة، وأن عملية التخزين تتم على البطاقات البلاستيكية التي تحتوي على معالج صغير، تستخدم لتخزين مبلغا من النقود مدفوعا مسبقا ومتعددة الاستعمالات عبر شبكة الإنترنت أو في نقاط البيع التقليدية بشرط وجود قارئ إلكتروني مناسب للبطاقة. وتأخذ هذه البطاقات أشكال متعددة وأبسط هذه الأشكال هي البطاقات التي يسجل عليها القيمة النقدية الأصلية والمبلغ الذي تم إنفاقه ومن أمثلتها البطاقات الذكية⁶⁰. كما يمكن أن تكون عملية التخزين على القرص الصلب للحاسوب الشخصي، ليقوم العميل باستخدامها متى يريد من خلال شبكة الإنترنت. وعلى كل حال يقوم البنك العامل عبر شبكة الإنترنت بإصدار النقود الإلكترونية وذلك مقابل حساب بالنقود العادية.

في الحقيقة فإن القيمة المخزنة هي عبارة عن محفظة جيب إلكترونية وعلى غرار محفظة النقود التقليدية، كلما قام المشتري بعملية شراء يتم خصم الثمن من محفظة نقوده الإلكترونية لتضاف إلى محفظة نقود الإلكترونية للتاجر⁶¹. ثم يقوم هذا الأخير بعد ذلك بإيداع هذه القيمة لدى البنك الإلكتروني الذي يتعامل معه وعلى أساس الوحدات الإلكترونية التي تم استلامها، فإن بنك التاجر يقوم بتسجيل القيمة في الحساب الدائن للتاجر كما يمكن للتاجر أن يحتفظ بهذه الوحدات على محفظته على أن يقوم باستعمالها في تسوية معاملات أخرى.

خاتمة

إذا كان التعاقد عن بعد قد أثار التساؤلات والملاحظات فيما يتعلق بإبرامه، فإن تساؤلات وملاحظات أخرى، لا تقل أهمية يثيرها هذا التعاقد فيما يتعلق بمرحلة تنفيذه. فقد لاحظنا فيما يتعلق بتنفيذ المورد لأدائه ندرة الأحكام التي تضمنتها التشريعات الخاصة بهذا الصدد، الأمر الذي اقتضى ضرورة الاستعانة بالقواعد العامة بشأن تنفيذ العقد، سواء ما تعلق منها بدعوى المسؤولية العقدية أم بضمان العيوب الخفية. وقد تبين لنا أن البعض من هذه القواعد قد يلحقها تعديل أو تطوير قريب كي يتماشى مع العقود المبرمة في الشكل الإلكتروني.

ومن ناحية وفاء العميل بالثمن، وهو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتقه، فقد انصب الاهتمام على المخاوف والإشكالات التي يثيرها الوفاء عن بعد من خلال وسائل الدفع الإلكتروني سواء من ناحية المورد أو من ناحية العميل، والتي تعتبر في الواقع عائقا أساسيا في سبيل تطوير التجارة الإلكترونية، باعتبارها أبرز الصور المعاصرة للتعاقد عن بعد.

ولهذا كان يجب على التشريعات الدولية بصفة عامة، والتشريع الجزائري بصفة خاصة إدراك طبيعة عصر المعلومات ومتطلباته، وأن هناك حاجة ملحة إلى حزمة متكاملة من القوانين التي يتعين سنّها لمعالجة كافة الآثار المترتبة على اختلاف البيئة الإلكترونية.

الهوامش

- 1- عقد التجارة الإلكترونية يتميز عن باقي العقود بأنه عقد مبرم عن بعد أي أن هناك مسافة بين كل من المتعاقدين وذلك
- راجع إلى استعمال الوسيط الإلكتروني في التعاقد مما يجعل المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد حقيقي، لوجود تباعد مكاني بين البائع أو المنتج والمستهلك، إلا أن هناك في الغالب إتحاد زمني بين الطرفين وهذا ما يجعل العقد الإلكتروني يعد عقد بين حاضرين حكماً.
- 2- صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2007، ص 88 – 89.
- 3- إلياس ناصف، العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 156.
- 4- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع: العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 2000، ص 586.
- 5- أنظر المادة 367 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 17 لسنة 1975، المعدل و المتمم.
- 6- مصطفى موسي العجارمة، التنظيم القانوني للعقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتاب القانونية، مصر، 2010، ص 367.
- 7- نقلا عن: عمرو عبد الفتاح على يونس، جوانب قانونية لتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2009، ص 430.
- 8- نذكر على سبيل المثال المادة L114-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي تعطي الحق في طلب الفسخ للمستهلك إذا تجاوز التأخر سبعة أيام و كانت قيمة التعاقد لا تقل عن 3000 فرنك، وقد أصبحت تلك القيمة بعد توحيد العملة في أوروبا 800 يورو. راجع في ذلك:
- Code de la consommation – article L 114 - www.legifrance.gouv.fr
- 9- عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 600. 9
- 10- نقلا عن: أسامة أبو الحسين مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 101.
- 11- محمد أمين الرومي التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2004، ص 123.
- 12- عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية لتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، 2009، ص 425.
- 13- صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 89.
- 14- إلياس ناصف، العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 157.
- 15- هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 217.
- 16- إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 178-179.

17- THIBAUT Verbiest et ETIENNE Wéry, commerce électronique par téléphonie mobile (m-commerce) ; un cadre juridique mal défini, Recueil Dalloz , 2004, n°41, p 5-6.

18- THIBAUT Verbiest et Etienne Wéry, Op Cit, p 7-8.

19- JUDITH Rochfeld, ELISE Poillot , l'acquis communautaire ,l'exécution du contrat électronique, éd , étude juridique, p 202.

²⁰ - نقتصر في هذا الموضوع من البحث على تناول مرحلة تنفيذ العقد المبرم عن بعد دون تناول لتلك التي يخضع فيها هذا العقد للقواعد العامة، وإلا أصبح الأمر ترديدا لهذه الأخيرة دون فائدة حقيقية في مجال ما نحن بصدد بحثه.

²¹ -code de la consommation, article L 121-20-3, wwwlegifrance.gouv.fr.

²² -Art.L 121-20 -3 « sauf si les parties en sont convenues autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou du service ».

²³ -Loi n 2004-575 du 21 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n°143 du 22 juin 2004.

²⁴ -La loi pour la confiance dans l'économie numérique a été adoptée et datée du 21 juin 2004. Ce texte a pour objectif de poser un corps de règles adaptées à l'économie numérique et de transposer principalement la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique mais aussi d'autres dispositions issues de la directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire sur les signatures électroniques et de la directive du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

²⁵ - ERIC A , Capriol , PASCAL Agosti , la confiance dans l'économie numérique, petites affiches,03juin2005,n°110,P4

²⁶ - Art 15 sur la confiance dans l'économie numérique « toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure».

²⁷ - محمد حسني منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 86.

²⁸ - FEVAD, la fédération des entreprises de la vente à distance, www.fevad.com.

²⁹ - CHIHEB Ghazouani, Le contrat de commerce électronique international, Thèse pour le doctorat en droit, l'université panthéon-Assas (Paris II), 16 mai 2008, p 188.

³⁰ - ALAIN Bensoussan, le commerce électronique, aspects juridiques, éd, HERMES , 1998, p 70.

³¹ - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية

الحقوق، جامعة بنها، 2009-2010، ص 551.

³² - واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود

معمري تيزي وزو، 2010-2011، ص 20.

³³ - أنظر المادة 69 من الأمر رقم 11-03 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد و القرض، الجريدة الرسمية عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 04-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية عدد 50، صادر في سبتمبر 2010.

34 - Article L. 311-33

«Sont considérés comme moyens de paiement tous les instrument qui permettent à toute personne de transférer des fonds, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé»

³⁵ عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 377.

³⁶ - يجب الإشارة أن مخاطر استخدام وسائل الدفع الإلكتروني لتنفيذ عقود التجارة الإلكترونية يعتبر من أهم

المشاكل المتعلقة بتنفيذ هذه العقود، والتي تعيق تطور مثل هذا النوع من التجارة. ولعل التغلب على هذه

المخاطر يأتي من الحلول التقنية التي تحقق الأمان القانوني المنتظر من طرفي العقد.

³⁷ - تشمل بطاقة الائتمان عنصرين هما: البطاقة، و هي الورقة - أو المستند - التي تحمل بيانات ضرورية عن

حاملها، و الائتمان و هو الثقة و الأطمئنا.

³⁸ - أيمن عبد الحفيظ، حماية بطاقات الدفع الإلكترونية، مطابع الشرطة، 2007، ص 10.

³⁹ - أحمد محمد السعد، أحكام التعامل ببطاقة الائتمان في الشريعة الإسلامية، مؤنة للبحوث و الدراسات، المجلد

العشرون، العدد الخامس، 2005، ص 36.

⁴⁰ - أنظر المادة 543 مكرر 23 من الأمر 59-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد

79 لسنة 1975. معدل و متمم

⁴¹ - DEEN Gibirila carte de paiement, Rép , Com, Dalloz, mais 2008, p 3.

⁴² - علي عدنان الفيل، المسؤولية الجزائية عن إساءة استخدام بطاقة الائتمان الإلكترونية، دراسة مقارنة،

المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص 15.

⁴³ - محمد عبد الحليم عمر، بطاقة الائتمان: ماهيتها و العلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة و القانون،

بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، دولة الإمارات العربية

المتحدة، في الفترة من 10-12 مايو 2002، الجزء الثاني، ص 665.

⁴⁴ - محمد رأفت عثمان، ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها، وطبيعتها القانونية، وتمييزها عن غيرها، بحث مقدم إلى

مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، دولة الإمارات العربية المتحدة، في

الفترة 10-12 مايو 2002، الجزء الثاني، ص 622-623.

⁴⁵ - صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الإحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2013، ص 249.

⁴⁶ - أيمن عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 33.

⁴⁷ - ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع،

عمان، 2009، ص 183.

⁴⁸ - محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،

منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 322.

⁴⁹ - أنظر المادة 03 فقرة 02 من التنظيم رقم 97-03 المؤرخ في 16 رجب 1418 الموافق ل 17 نوفمبر 1997 المتعلق

بغرفة المقاصة، ج ر، رقم 17 المؤرخة في 25 مارس 1998.

⁵⁰- أنظر المادة 3 من الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق 23 غشت سنة 2005 و المتعلق بمكافحة التهريب.

⁵¹- أنظر المادة 323 مكرر 01، من القانون المدني، المرجع السابق.

⁵²- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 145.

⁵³- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر،

2010، ص 426-427، و محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 128-129.

⁵⁴- محمد إبراهيم الشافعي، النقود الإلكترونية. (ماهيتها، مخاطرها، تنظيمها القانوني)، مجلة الأمن و القانون،

العدد الأول، يناير 2004، 54

⁵⁵- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 330.

⁵⁶-JUDIT Rochfeld, ELISE Poillot, Op Cit, p 211.

⁵⁷- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية،

مصر، ص 381.

⁵⁸- محمد سعيد أحمد إسماعيل المرجع السابق، ص 332-333، وعمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق،

ص 404-405.

⁵⁹- محمد إبراهيم محمود الشافعي، المرجع السابق، ص 6.

⁶⁰- شريف محمد غنام، محفظة النقود الإلكترونية (رؤية مستقبلية)، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين

الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 10-12 مايو 2002

الجزء الأول، ص 110.

⁶¹- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 335.

دور الإستعلام عن المركز القانوني والمالي لطالب القرض والجدوى الاقتصادية* في تجنب البنك أو المؤسسة المالية المنازعة حول استرداد مبلغ القرض

BELLOUL Amar
Département Droit des Affaires
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –
Algérie

بلول اعمر
قسم قانون الأعمال
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

إنّ منح القروض البنكية يعتبر أساسا تصرف في أموال المودعين وهي عملية محفوفة بمجموعة من المخاطر تتلخّص أساسا في عدم الوفاء، لذلك فإنّ هاته المؤسسات المانحة تتخذ مجموعة من الأدوات والوسائل لمجابهة هذا الخطر أولها انتقاء أحسن طالبي القروض لقبول طلباتهم، وذلك من أجل الاطمئنان من أنّ هؤلاء سيردّون الأموال المسلمة لهم عند أجل استحقاقها، وتعتمد البنوك والمؤسسات المالية عند انتقاءها لهؤلاء على مجموعة من المعلومات منها سمعة وأخلاق طالبي القروض، كفاءتهم وقدرتهم على توليد الدخل، ثم الجدوى الإقتصادية للمشروع، وقد تحصل المؤسسات المانحة للقروض على هذه المعلومات إما من طالبي القروض أنفسهم أو من مصادر معلومات مرصودة خصيصا لذلك.

الكلمات الدالة

البنوك، المؤسسات المالية، القروض البنكية، طالبي القروض(العملاء)، المنازعة البنكية، السمعة، الكفاءة، توليد الدخل، عدم الوفاء، الجدوى الإقتصادية، المركزيات الوطنية للمعلومات، التقارير المالية، سجلات البنوك.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/03/06 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/03/15 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

The role of information on the legal and financial situation and the economic useful in avoiding litigation on the repayment of bank loans

Summary

The risk of default is a major risk that banks and financial institutions face when granting credit. For this reason, they take precautions to better select borrowers to avoid litigation, and they take into consideration some criteria like information about credit applicant's reputation, their past, their capabilities in managing projects, and, finally, the economic benefit of the project to be funded by the credit.

The information collected is given by the credit applicant himself, or through consultation of national balance sheets files, checks, payment incidents and others.

Key words

Banks, financial institutions, default, granting credit, precautions, borrowers, litigation, capabilities, economic benefit, project, information collected, credits, applicant, payment incidents.

Résumé

Le risque de non remboursement est un risque majeur dont les banques et les établissements financiers rencontrent lors de l'octroi des crédits. Pour cette raison, ils prennent les précautions nécessaires pour mieux sélectionner les emprunteurs afin d'éviter le contentieux et ce a partir d'un certain nombre d'informations concernant la réputation du demandeur de crédit, son passé, ses capacités dans la gestion de ses projets et enfin, l'utilité économique du projet financé par le crédit objet de la demande.

Les informations recueillies sont données par le demandeur de crédits lui même ou à travers les consultations des fichiers nationaux des bilans, des chèques, des incidents de paiement et autres.

Mots clés

Banques, institutions financières, crédits bancaires, demandeurs de crédit, contentieux bancaires, réputation, capacités, production de rente, non remboursement, utilité économique, centrales nationales des informations, bilans financiers, registres des banques.

مقدمة

تعتبر البنوك والمؤسسات المالية القلب النابض للمجتمعات المعاصرة¹ ولكون قطاع البنوك بهذه الأهمية فهو يضم في تنظيمه فروع قانونية عديدة منها القانون المدني، التجاري، قانون التامين، الميراث، الضرائب... إلخ .

تبرز أهمية هذه البنوك والمؤسسات المالية في حياة المجتمع انطلاقا من النشاطات التي تقوم بها، إذ نجد اتصال الفرد بالبنك تقريبا شبه حتي وذلك إما كمودع للأموال أو كصاحب حساب بنكي يستلم عبره أجرته أو كمقرض يكون في حاجة ماسة لسيولة نقدية آنية.

ضمن هذا النشاط المصرفي تبرز أكثر عمليات القرض أو الإئتمان² وهي العمليات التي لها جذور لدى حضارات غابرة، حيث عرف الائتمان أو القرض في اللغة اللاتينية بمصطلح crédits وهو مشتق من الفعل crédit الذي يعني يعتقد واستعملت هذه الكلمة اللاتينية في اللغة الفرنسية بمصطلح "CREDIT"³.

يرتبط هذا المعنى ائتمان (قرض) بعمليات بنكية عن طريقها يتم تقديم أموال من بنك أو مؤسسة مالية لمستفيد (زبون) وأصبح لهذا المصطلح معنى قانوني يشمل عناصر عدة تفيد تسليم الغير مالا وبصفة مؤقتة على أن تتم استعادته بعد مدة معينة.

في هذا السياق يعرّف الفقيه GAVALDA عملية القرض أو الائتمان بأنها تقديم مال نقدي أو عيني، أجرة المقرض ثم استرداد المال محل القرض⁴ وهناك آخرون يؤسسون عملية القرض على عناصر ثلاثة وهي عامل الوقت، عامل الثقة وعامل المضاربة، و تجدر الإشارة إلى أنّ الصعوبة التي تكتنف تعريف القرض أو الائتمان راجعة إلى تنوع أسباب وكذا الأهداف المنتظرة من كل قرض، فهي عمليات تظهر في مناخ اقتصادي شديد التنوع والحركية.

وقد اكتفت معظم التشريعات بتعريف القرض المصرفي (الائتمان) من خلال عناصره فالمشعر الفرنسي يعرّف العملية على أنّها التزام شخص بوضع أو يعد بوضع تحت تصرف شخص آخر لأموال بعوض مع تعهد هذا الأخير بتقديم ضمان أو كفالة⁵ وقد عرف المشعر الجزائري عملية القرض بموجب نص المادة 86 من قانون النقد والقرض⁶ وذلك

كما يلي " تشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".

من خلال التعريفين التشريعيين الجزائري والفرنسي لعملية القرض يتضح جليا أنها تشمل على عناصر تتمثل في التزام شخص المقترض بتقديم أو الوعد بتقديم مبلغ مالي لشخص آخر وهو المقترض أو المستفيد على أن يلتزم هذا الأخير برد المبلغ محل القرض حين حلول الأجل المتفق عليه ومقابل فائدة، وسدًا لخطر عدم الوفاء يلتزم المستفيد بتقديم ضمان ككفالة أو رهن.

وللقرض البنكي خصائص أهمها أنّ محل الالتزام فيه مبلغ مالي⁷ وهو التزام مضاف لأجل بمعنى أن يكون هناك فارق زمني بين تاريخ نشوء علاقة الائتمان و تاريخ رد قيمتها وهو ما أورده المادة 451 من التقنين المدني الجزائري⁸ التي تنص على أنه " يجب على المقرض أن يسلم إلى المقترض الشيء الذي يشتمل عليه العقد ولا يجوز له أن يطالبه برد نظيره إلا عند انتهاء القرض " ويرافق عملية القرض دائما خطر عدم الوفاء وذلك إما لسوء نية المقترض أو حالة إعساره مما لا يمكنه من رد المبلغ عند حلول آجال استحقاقه.

إنّ وجود خطر عدم الوفاء يجعل البنوك والمؤسسات المالية تحتاط خوفا من ضياع أموالها ولهذا فهي تتخذ مجموعة من الأسباب التي تجعل استرداد الدين مضمون دون حدوث أية منازعة، فهي- إذ تعتمد على أدوات لتجنيب المنازعة حول استرداد الديون الممنوحة كقروض- تبحث في مجموعة من المعلومات و المعطيات، الأولى تخص طالب القرض والثانية تخص القرض أو المشروع المراد تمويله بالقرض المطلوب، فإلى أي مدى تمكن هذه المعلومات من ضمان الوفاء في الأجل المتفق دون منازعة وبعبارة أخرى هل المعلومات المتحصل عليها تمكن البنك أو المؤسسة المالية من إتخاذ القرار الصائب في منح القرض من عدمه؟ وللإجابة على هذا التساؤل اعتمدنا في دراستنا الخطة التالية:

- المبحث الأول: المركز القانوني و المالي لطالب القرض (العميل)

- المبحث الثاني: الجدوى الاقتصادية من القرض والظروف الاقتصادية المتزامنة لطلب القرض.

المبحث الأول/ المركز القانوني و المالي لطالب القرض (العميل)

تقوم البنوك والمؤسسات المالية بالبحث والتحري في مجموعة من البيانات الخاصة بطالب القرض وهذا البحث يختلف وفقا لعدد من العوامل منها حجم ومدة القرض، القوائم والتقارير المالية الخاصة بالمقترض، الضمانات المقدمة والتعاملات السابقة مع طالب القرض⁹.

يهدف هذا البحث إلى جمع المعلومات التي تساعد في تقييم طالب القرض حول ما إذا كان جديرا بالثقة ومدى قدرته على تحقيق الدخل الذي يمكّن من استرداد الدين في آجاله، إذ أنّ القروض الممنوحة عادة ما تكون مضمونة، إلا أنّ هذه الضمانات ليست كفيلة وحدها بالحصول على الوفاء في آجاله وعليه فإن القروض غير مضمونة بحق أو شيء مادي هي الأخرى قد تتساوى مع القروض المضمونة من حيث خطر عدم الوفاء¹⁰، وبالتالي فإنّ الأهم هو التأكد من أنّ المتعاقد (طالب القرض) جدير بالثقة.

لذلك فإنّ بعض التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الفرنسي تقرّ سياسة الانتقاء أي حسن اختيار المتعاقد من أجل تجنب المنازعة أصلا¹¹ إذ نجد قانون "LAGARDE" المؤرخ في 2010/07/01 المتعلّق بانتقاء المقترضين والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2011/05/01 ينص في مادته 311 فقرة 09 على أنّ:

« Avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations ».

وهذا يعني أنّ انتقاء الذين تقبل طلباتهم في الحصول على قروض يكون تنفيذا لنص قانوني يلزم المؤسسة المالية أو البنكية بالبحث عن مجموعة من المعلومات التي تدل على مدى يسر طالب القرض، وقد نجد هذه التطبيقات لدى البنوك الجزائرية دون أن تكون مقننة، وعلى العموم فإنّ أهم المعلومات التي يتم البحث عنها تتمثل في السمعة، القدرة على توليد الدخل والمركز المالي وكذلك مدى ربحية المشروع والظروف الاقتصادية المحيطة به وبالبنك المانح للقرض.

المطلب الأول/ السمعة والكفاءة

أولا / السمعة

ومعنى ذلك البحث لمعرفة مدى حرص طالب القرض على الوفاء بالتزاماته أي رد الدين (القرض) بحلول آجال استحقاقه، و كذلك تمسكه التام بالشروط المبرمة باتفاقية القرض وهنا يكون البحث مركزا حول شخصية طالب القرض من حيث إخلاصه ووفائه⁽¹²⁾، وما إذا كان جديرا بائتمانته ولعلّ الوسيلة التي تمكّن من معرفة هل أنّ طالب القرض سيوفي بالتزاماته هي بالعودة إلى تصرفاته السابقة.

إنّ إدانة شخص بجريمة السرقة أو تبديد الأموال أو غيرها يدل على أنّه لا يمكن أن يكون محل ثقة كما أنّ التاجر الذي سبق وأن أفلس أو الذي عجز على تحقيق أهداف تجارته ليس جدير بالثقة، فالسمعة السيئة لطالب القرض دليل أمام البنك لرفض أو قبول الطلب والعكس إذا ما كانت سمعته جيدة.

ثانيا / طاقة طالب القرض وكفاءته

المقصود بطاقة طالب القرض هي قدرة هذا الأخير على شؤونه ومدى كفاءته في ذلك¹³ بحيث نجاح طالب القرض في إدارة شؤونه الحياتية العامة قبل طلب القرض يمكن البنك أو المؤسسة المالية من توقع نجاحه في المشروع ورد القرض من عدمه. تحدد قدرة طالب القرض على إدارة شؤونه بدراسة مجموعة من المتغيرات التي تعكس نتائجها الايجابية أو السلبية مدى هذه القدرة، وتتمثل هذه المتغيرات في الدخل الذي يحققه طالب القرض وكذلك حجم الاتفاق وعدد أفراد أسرته وفترة سداد القرض والصحة البدنية والعقلية لطالب القرض وكذلك مستوى تعليمه وعمره ودرجة استقراره وحالته الاقتصادية ومستواه المعيشي¹⁴.

المطلب الثاني/ الضمانات المقدمة من طرف طالب القرض

إن البنك يأتمن المستفيد من القرض على مبلغ القرض الذي يحصل عليه، ولكن إلى جانب ثقة البنك أو المؤسسة المالية في المتعامل (المستفيد) فهي تحتاط باشتراط مجموعة من الضمانات أهمها الرهن العقاري، الرهن الحيازي والكفالة، ولا يكتفي البنك في

الأساس بتملك طالب القرض لما يقدمه من ضمانات بل يجري بحثا للتأكد من كون المدين فعلا مالك، ثم من كون ملكيته ليست مثقلة بديون أو تخصيص سابقين¹⁵.

« IL s'agit tout d'abord de savoir si l'acte ou la décision par laquelle le débiteur est devenu propriétaire a été publié ; Il faut ensuite s'assurer qu'aucun droit réel publié ne vient empêcher les poursuites du créancier ou du moins en limiter l'effectivité »

ويشترط في هذه الضمانات ما يلي¹⁶:

أ – أن تكون من الأصول المتداولة لطالب القرض كالودائع البنكية والأوراق المالية أو البضاعة .

ب – إذا لم تكف الضمانات الواردة في الأصول المتداولة لطالب القرض فيمكن أن تكون من الأصول المتداولة للضامن.

ج – وإذا لم تكف الضمانات الواردة في الأصول المتداولة لطالب القرض أو الكفيل فيمكن أن تكون من الأصول الثابتة لطالب القرض أو الضامن أو كليهما.

هذه المعلومات التي رأيناها سابقا تمكن البنك أو المؤسسة المالية عند النظر في طلب القرض باتخاذ القرار بقبول أو رفض طلب القرض.

المبحث الثاني/الجدوى الاقتصادية من القرض والظروف الاقتصادية المتزامنة للطلب

المطلب الأول/ دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع المراد تمويله بالقرض

وهذه الدراسة هي دراسة الملائمة L'opportunité أي مدى نجاعة المشروع المراد تمويله بالقرض المطلوب من الناحية الاقتصادية¹⁷.

ويتم الاعتماد لمعرفة هل سينجح المشروع مستقبلا على طاقة المشروع وحجم نشاطه التجاري أو الصناعي مثل حجم المبيعات، ثمن بيع المنتجات، تكاليف الإنتاج، موقع المشروع وسياسته الإعلامية والتسويقية، تحليل هذه العوامل يظهر مدى قدرة المشروع على سداد القرض من عدمه.

يمتد البحث عن النشاط الذي يمول به القرض إلى سجلات الأداء المالي لطالب القرض ومركز العمل (المستفيد) التسويقي، المنتجات التي يقدمها، هل هي جديدة، مبتكرة أو تقليدية أسباب الزيادة في المبيعات و الأرباح ودرجة الاستقرار أو التقلب فيها، ثم

الأخذ بعين الاعتبار إدارة الأعمال بالنسبة للمنتج من حيث الكفاءة، الماضي وكذلك العلاقات فيها بين إدارة الأعمال والمتعاملين معها من موردين و عملاء. كذلك يبحث البنك في الظروف التنافسية للصناعة (المشروع) واتجاهات المبيعات والأرباح ومركز طالب القرض داخل هذه المعادلة. هذه المعطيات يجب دراستها دراسة تحليلية دقيقة قبل اتخاذ قرار قبول أو رفض منح القرض.

وفي هذا الإطار فإن دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع تتركز على ثلاثة جوانب أساسية¹⁸ وهي:

أولاً: الجانب المالي : Aspect financier

ويطلق على هذا الجانب Analyse crédit و يقوم على تحليل القوائم المالية¹⁹ لطالب القرض وهذه تشمل الميزانية العمومية وحساب الأرباح والخسائر، ويمكن التعرف بسهولة على الحجم التمويلي للمشروع من خلال تحليل هذه المعطيات.

ثانياً : الجانب الاقتصادي : Aspect économique

و هو ينصب حول دراسة سوق السلعة أو الخدمة التي يقدمها المشروع أو بالأحرى طالب القرض في الحاضر و في المستقبل و هذه الدراسة تهدف إلى تحديد موقع طالب القرض من حيث سوق السلعة أو الخدمة التي يقدمها .

ثالثاً / الجانب البيئي Aspect environnemental

هذا الجانب ظهر حديثاً و يتناول بالخصوص - مدى تخلص المشروع من بعض المنتجات الجانبية المؤثرة سلباً على البيئة لعملية التصنيع بمقابل أو بدون مقابل أو التحمل بتكلفة معينة من اجل هذا التخلص-مدى احترام طالب القرض لقوانين حماية البيئة-التعرف على خطط و برامج مكافحة التلوث الصناعي.

و عند الانتهاء من هذه الدراسة يقوم البنك أو المؤسسة المالية بإعداد تقرير أو مذكرة تفصيلية يعرض فيها شرحاً تفصيلياً للجوانب الثلاثة و منه قبول أو رفض منح القرض.

المطلب الثاني/ الظروف الاقتصادية أولا/ الظروف الاقتصادية الخارجية

المقصود بالظروف الاقتصادية تلك التي تسود خلال فترة طلب القرض، فقد تكون مواتية، وقد لا تكون كذلك هذه الظروف تدخل في عملية تسهيل القرض أو تعصبيه²⁰ إذ أن حالة الركود الاقتصادي التي تنخفض فيها القدرة الشرائية، وتقل كمية النقود المعروضة تؤدي إلى تسهيل عمليات القرض و ذلك لتشجيع الأفراد على طلب القرض لتمويل المشروعات، و العكس في حالة التضخم و ارتفاع الأسعار فإنه يتم عادة تقييد القروض، عن طريق أساليب مختلفة منها أساسا رفع سعر الفائدة و زيادة حجم و نوعية الضمانات المطلوبة و ذلك من اجل تخفيض كمية النقود المتداولة و بالتالي تقليل معدل التضخم و إعادة التوازن الاقتصادي.

و تجدر الإشارة إلى أن البنوك والمؤسسات المالية تنتهج بعض الأساليب التي تمكنها من التقليل من تأثير الأخطار المحتملة عند منح القروض لاسيما ما يتعلق بالقروض الطويلة المدى و بالتحديد الاعتمادات المصرفية²¹، ومن بين هذه الأساليب تقسيم المخاطر²² و يعتمد هذا التقسيم على ثلاثة جوانب، الجانب الأول يتمثل في تقسيم المخاطر بين أكبر عدد من العملاء (طالبين الاعتمادات) وهذا تفاديا لأية أثار ضارة قد تتم عن عدم انتهاء عملية الاعتماد نهاية طبيعته متوقعة أما الجانب الثاني فهو يتمثل في التوزيع الجغرافي للمخاطر حيث يقوم البنك في هذه الحالة بتوزيع المخاطر توزيعا جغرافيا يراعي فيه باهتمام ظروف كل دولة على حدا، اما التقسيم الثالث يخص طبيعة البضائع موضوع الصفقة المراد تمويلها، فكل بضاعة تخصها مخاطر خاصة بها، منها خطر التلف و نقص القيمة.

هذه الظروف الخارجية يأخذها البنك بعين الاعتبار عند دراسة طلب منح القرض وهي عادة تحدد قرار هذا الأخير بمنح القرض أو رفضه.

ثانيا / الظروف المرتبطة بالبنك أو المؤسسة المالية المانحة للقروض

هناك مجموعة من العوامل الاقتصادية الخاصة بالبنك في حد ذاته و هي داخلية قد تتحكم هي الأخرى إلى حدّ ما في قبول هذا الأخير منح أو رفض طلبات القروض المقدّمة وهذه العوامل تتمثل في:

- الأهداف التي يسعى البنك إلى تحقيقها.

- إمكانيات البنك البشرية والمادية.

- معدل تركيز البنك في السوق المصرفية.

- اعتبارات السيولة و الربحية.

- السياسية الائتمانية و المصرفية للبنك في إطار السياسة الائتمانية والمصرفية العامة .

وتجدر الإشارة إلى أنّ البنك يعتمد على أدوات متنوعة للحصول على المعلومات الصحيحة المتعلقة بما ذكرناه سابقا، فهو يحصل على المعلومات من خلال المقابلات التي يجريها مع طالب القرض في حد ذاته، كما قد يلجأ للتأكد من صحة المعلومات المقدّمة أو الحصول على معلومات جديدة إلى بنك معطيات مرصودة خصيصا لهذا الغرض.

أ / إجراء مقابلات مع طالب القرض

يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن تسأل طالب القرض عن مجموعة من المعلومات التي تخص سمعته وأخلاقه، قدرته على توليد الدخل، ربحية المعاملات السابقة وكذا مدى تسديد القروض السابقة إن حصل عليها إلى غير ذلك من المعلومات، وعلى ضوء الإجابات التي يقدمها صاحب القرض والتي عادة ما تكون مدعمة بوثائق ثبوتية²³ ينبني قرار منح القرض أو رفضه.

ب / السجلات الخاصة بالبنك

والمقصود بها أن يتوافر لدى البنك أو المؤسسة المالية مجموعة من السجلات والإحصائيات عن المودعين و المقترضين بحيث تحتوي هذه السجلات على كشوف عن التعاملات السابقة لطالبي القروض وكيفية استخدامهم لهذه القروض وأساليب سدادها ومدى التزامهم بالشروط المتفق عليها.

خاتمة

إن الأهم بالنسبة للبنك أو المؤسسة المالية عند منحها لقرض هو كيف تسترد المبالغ الممنوحة عند تاريخ الاستحقاق دون مشقة وعناء ودون أن تتكبّد مصاريف إضافية ودون أن تستغرق وقتاً في ذلك، فهي تسعى إلى أن تحصل على ديونها دون منازعة، لذلك فهي تقوم بانتقاء المتعاقدين معها أي إختيار من بين طالبي القروض من يبدو لها أنه جدير بالثقة.

إنّ الإلتقاء أو الإختيار الذي تلجأ إليه هذه البنوك عند اتخاذها لقرار منح القرض ينبغي ليس على شكل طالب القرض أو دينه أو عرقه أو جنسه وإتّما على المعلومات التي تخصّه والتي تتعلق كما ذكرنا بسمعته وكفاءته في توليد الدخل وتسيير شؤونه مما يعني أنّ البنك يتعامل مع شخص جدير بالثقة وأنه سوف يفي بالتزاماته التعاقدية ويرد مبلغ القرض في آجاله، كما أنّ النتائج التي يحصل عليها البنك من خلال الدراسة التحليلية للجدوى الاقتصادية من المشروع المراد تمويله بالقرض المطلوب وكذا الظروف الاقتصادية التي تزامن طلب القرض تمكّن من اتخاذ القرار الصحيح والصائب في منح القرض أو رفضه.

من هذا المنطلق، يتبيّن جلياً أنّه يجب الحصول على المعلومات الصحيحة إذ أنّ الغلط في هذه المعلومات سيؤدّي إلى اتخاذ قرار غير سليم وعليه فإن المعلومات الصحيحة تلعب دوراً أساسياً في تجنب البنك والمؤسسات المالية المنازعات في شأن استرداد أموالها الممنوحة على سبيل القرض.

هذه الأهمية جعلت بعض التشريعات تقرر نصوصاً قانونية استحدثت بموجبها بطاقات وطنية للمعلومات وذلك على مستوى البنوك المركزية، كما أن الإطلاع على هذه البطاقات الوطنية يعتبر التزام قانوني لدى بعض الدول، إذ أن قانون LAGARDE المشار إليه سابقاً ألزم المؤسسات البنكية ومؤسسات القروض في فرنسا²⁴ بالإطلاع على البطاقة الوطنية لعوارض الدفع وكذلك البطاقة الوطنية للشيكات غير القانونية، وكذلك البطاقة الوطنية للتقارير المالية²⁵، وهو التطبيق المعمول به في تونس، مصر، لبنان وغيرها، هذه المركزيات تعطي البنوك معلومات صحيحة تمكّنها من إتخاذ القرار الصحيح.

إن البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر تعتمد فقط على المعلومات التي يقدمها لها طالب القرض وليس لديها أية مصادر للتأكد من صحتها ولا للحصول على معلومات إضافية لتلك التي يقدمها طالب القرض، وفي كثير من الأحيان فإن هذا الأخير يتعمد في إعطاء معلومات خاطئة وإخفاء معلومات عن سمعته وأخلاقه وذلك لكي يتمكن من الحصول على موافقة على طلبه أو الحصول على قرض بحجم كبير، كما أن البنوك الجزائرية تعاني من سطحية الدراسات التقنية الاقتصادية مما يجعلها تمنح قروضا دون أن تتأكد من الجدوى الاقتصادية للمشروع المراد تمويله بالقرض، وهذا أدى إلى كثافة المنازعات البنكية في الجزائر لا سيما تلك المتعلقة باسترداد مبالغ القروض الممنوحة، لذلك من الأهمية بمكان استحداث مركزيات المعلومات عن التقارير المالية، الضرائب، الشيكات غير القانونية، وذلك على غرار ما هو معمول به دوليا لكي يتسنى للبنوك و المؤسسات المالية الجزائرية إتخاذ القرارات السليمة بشأن طلبات منح القروض.

الهوامش

¹ _ THIERRY BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, 7 éme éd, Paris, 2007, P 17.

² _ مصطفى رشيد شيحة، الإقتصاد النقدي والمصرفي، المكتبة الاقتصادية، الدار الجامعية، د س ن، د ب ن، ص 2013.

³ _ PAUL Robert, *Le petit robert 1*, PARIS, 1986 , p 419.

⁴ _ Jean Louis Rives, et Lange Monique Contamine Raynaud, *Droit bancaire*, 6éme éd, Dalloz, Paris, 1995, p 387.

⁵ _ « Constitue une opération de crédit pour l'application de la présente loi tout, acte par lequel une personne agissant a titre onéreux met ou promet des fonds a la disposition d'une autre personne ou prend dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie », voir Ancel Pascal, *Manuel de droit*, 4éme éd, Paris, 1995, p 05.

⁶ _ قانون رقم 15/03 المؤرخ في 2003/10/25 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 64، الصادرة في 2003/10/26.

⁷ _ Ancel Pascal, *Manuel de droit*, op. cit, p 06.

⁸ _ أمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، الصادرة في 1975/09/30، معدل ومتمم.

⁹ _ محمد سويلم، إدارة البنوك و بورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، د س ن، د ب ن، ص 161.

¹⁰ _ مصطفى رشيد شيحة، الإقتصاد النقدي والمصرفي، مرجع سابق، ص 214.

¹¹ _ ERIC NEMADEU DJUITECHOKO, *Le traitement du contentieux bancaire*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Faculté de droit, université Jean Monnet saint Etienne, 2011, p. 18

¹² _ عزة عبد الحميد البرعي، محاضرات في مبادئ إقتصاديات النقود والبنوك، دار الولاة - شبين الكرم-، القاهرة، 1994، ص 176.

¹³ _ محمد حافظ الرهوان، ضبط ورقابة الائتمان المصرفي، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد الثامن، أكاديمية مبارك للأمن، مصر، 2003، ص 34.

¹⁴ _ محمد كمال خليل الحمزاوي، اقتصاديات الائتمان المصرفي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 158.

¹⁵ _ Jean Claude Woog, Marie Christine Sari et Stephan Woog, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz, 2éme éd, Paris, 2006, P 99.

¹⁶ _ محمد حافظ الرهوان ، ضبط ورقابة الائتمان المصرفي، مرجع سابق، ص 36.

¹⁷ _ يتم إعداد دراسة تقنية إقتصادية من طرف مصالح البنوك، وهذا ضمن القروض الممنوحة في إطار دعم تشغيل الشباب في الجزائر (Etude technico-économique)

¹⁸ _ محمد حافظ الرهوان ، ضبط ورقابة الائتمان المصرفي، مرجع سابق ، ص 49.

¹⁹ _ تعتبر القوائم المالية من أهم المصادر للحصول على المعلومات عن طالبي القروض، وتهتم البنوك بتحليل القوائم التاريخية (الماضية)، وإعداد القوائم المالية المستقبلية وتحليلها، والميزانيات التقديرية وتفيد هذه القوائم في تقييم المركز المالي لطالب القرض الحالي والمستقبلي وربحيته ومدى قدرته على توليد تدفقات نقدية تكفي لتسيير عملياته.

²⁰ _ محمد حافظ الرهوان ، ضبط ورقابة الائتمان المصرفي، مرجع سابق ، ص 37.

²¹ _ الاعتماد المستندي Crédit documentaire هو نوع من أنواع القروض البنكية الطويلة المدى موجه أساسا لتمويل التجارة الخارجية.

²² _ بضراني نجاة، الائتمان المصرفي بطريق التوقيع، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص 172.

²³ _ إنَّ المعمول به لدى البنوك والمؤسسات المالية الجزائرية هو اشتراط من طالبي القروض تقديم التقارير المالية الحقيقية على الأقل لثلاث سنوات السابقة للطلب و تقارير مالية تقديرية للسنوات الثلاث المستقبلية، هذا إذا تعلق الأمر بطلب تمويل مشروع موجود مسبقا، أما إذا تعلق الأمر باستحداث مشروع جديد (نشاط جديد) فيطلب من طالب القرض تقديم تقارير مالية تقديرية لثلاث سنوات مستقبلية.

²⁴ _ ERIC NEMADEU DJUTECHOKO, *Le traitement du contentieux bancaire*, op cit , p.21

²⁵ _ Il existe également un fichier national des chèques irréguliers (FNCI), une centrale des incidents de paiement (CIP), il existe par ailleurs un système surveillance des transactions a risque (STAR), voir ERIC NEMADEU DJUTECHOKO, *Le traitement du contentieux bancaire*, op cit, p. 22

نظام الرقابة والتفتيش وفقا لاتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية (دراسة تحليلية تقييمية لاتفاقية الأسلحة الكيميائية)*

ZORGANE Oualid
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université de Setif

زرقان وليد
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة سطيف

ملخص

تهدف هذه الدراسة لتقييم نشاط إتفاقية الأسلحة الكيميائية منذ 20 سنة من إبرامها، والاطلاع على جوانب القوة والقصور في نظام الرقابة والتفتيش الذي تفرضه الإتفاقية، وقد خلصنا إلى جملة من الصعوبات التي تعيق نزع الأسلحة الكيميائية، منها التكاليف الباهظة لعمليات التحقيق والتدمير، ضعف تدابير بناء الثقة، تخوف وتماثل الدول عند تنفيذ التزاماتها خصوصا مع وجود الأسلحة النووية لدى دول أخرى، وجود نشاطات سرّية غير معلنة، وأخيرا ظهور تنظيمات غير حكومية تحوز أسلحة كيميائية لا تخضع للرقابة.

الكلمات الدالة

أسلحة كيميائية، نزع السلاح، نظام الرقابة، مواد كيميائية.

The control and inspection imposed by the regime of the Convention of Chemical Weapons

Abstract

This study aims to evaluate the activity of the Convention of Chemical Weapons in 20 years of its establishment, and look at the strengths and shortcomings of the rules of control and inspection imposed by the regime of the Convention.

We have concluded that there is a number of difficulties that hinder the disarmament of chemical weapons, including the high costs of the investigation and destruction, lack of confidence-building measures, the fear and the stalling when countries implement

* تمّ استلام المقال بتاريخ 05/01/2014 وتمّ تحكيمه بتاريخ 13/03/2014 وقُبل للنشر بتاريخ 03/05/2015.

their commitments, especially with the existence of nuclear weapons with other countries, the existence of secret undeclared activities, and finally the emergence of non-governmental organizations possess chemical weapons are not subject to censorship.

keywords

Chemical Weapons / disarmament/ control/ chimiques agents.

Résumé

Cet article a pour objet l'étude de la convention sur les armes chimiques. Une évaluation de la convention s'impose, 20 ans après sa signature. Il s'agit d'évoquer les points forts de la convention après sa mise en application ainsi que les lacunes liées au système de contrôle et d'inspection imposé par les stipulations de la convention ; on, cite entre autre, le coût des contrôles et l'existence d'activités non déclarées.

Mots-clés

Armes chimiques, convention, contrôles, déclaration, inspection, activités secrètes.

مقدمة

فتح باب التوقيع على اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية و تدمير تلك الأسلحة (المعروفة باسم إتفاقية الأسلحة الكيميائية) في 13 جانفي 1993، فوقعت عليها 130 دولة خلال اليومين الأولين¹، وبعد ذلك بأربع سنوات – 29 أبريل 1997 – بدأ نفاذ الإتفاقية و أصبحت تضم اليوم 188 دولة عضو بينما وقّعت ولم تصادق كل من إسرائيل و ميانمار².

وقد جاءت الإتفاقية ثمرة مفاوضات استمرت زهاء 20 عاما في نطاق مؤتمر نزع السلاح بجنيف³، وكان هدف الدول المشاركة منذ البداية يتمثل في إبرام معاهدة دولية نموذجية تضمن القضاء على الأسلحة الكيميائية في جميع أنحاء العالم، وهو ما تم بالفعل، غير أنّ وجود هذا النوع من الأسلحة بعد 20 سنة من إبرام الاتفاقية يطرح لا محالة تساؤلات عميقة، فهل تكمن المشكلة في النصوص القانونية أم في مدى فعالية نظام الرقابة والتفتيش على أرض الواقع؟

وعلى هذا الأساس ارتأينا أن نتطرق أولا لمضمون أحكام هذه الاتفاقية حتى يتسنى لنا فهم نظام الرقابة الذي تفرضه الإتفاقية، لنحاول في الأخير تقييم نظام العمل بهذه الإتفاقية.

أولا/ إلتزامات الدول الأطراف في الإتفاقية

تتألف إتفاقية الأسلحة الكيميائية من ديباجة، و24 مادة، و ثلاث مرفقات، ويمكن إيجاز أحكام الاتفاقية كما يلي:

1/ أهداف الاتفاقية

بيّنت ديباجة هذه الاتفاقية الأهداف المشتركة التي تسعى إلى تحقيقها، حيث أشارت إلى عدة أهداف يمكن إجمالها فيما يلي:

- العمل على نزع السلاح العام والكامل في ظلّ رقابة دولية صارمة وفعّالة، لا سيما أسلحة الدمار الشامل، التي منها الأسلحة الكيميائية.
- التأكيد على أهمية التقيّد بأحكام بروتوكول جنيف لعام 1925، الخاص بحظر الغازات السامة أو الخانقة وما شابهها.
- تحقيق الأهداف التي حثّت عليها إتفاقية حظر الأسلحة البيولوجية لعام 1972، التي تحظر إنتاج أو تخزين أو تطوير أو استحداث الأسلحة البيولوجية أو السّامة.
- تعزيز التعاون الدولي في مجال الاتجار الحر في المواد الكيميائية، وتبادل المعلومات العلمية والتقنية في ميدان الأنشطة الكيميائية للأغراض السلمية.
- تحقيق التنمية الاقتصادية و التكنولوجيا لجميع الدول الأطراف في الاتفاقية في المجال الكيميائي، من أجل صالح البشرية جمعاء.

2/ إلتزامات الدول الأطراف في الاتفاقية

تضمّنت المادة الأولى من الإتفاقية الإلتزامات التي تقع على عاتق جميع الدول الأطراف بها، بحيث تنص على أنّ:

- تتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية بالأّ تقوم تحت أي ظرف :
- باستخدام أو إنتاج الأسلحة الكيميائية، أو حيازتها بطريقة أخرى، أو تخزينها أو الاحتفاظ بها، أو نقلها بصورة مباشرة أو غير مباشرة على أي مكان.
- باستعمال الأسلحة الكيميائية.
- بالقيام بأية استعدادات عسكرية لاستعمال الأسلحة الكيميائية.

- بمساعدة أو تشجيع أو حتّى أيا كان بأي طريقة على القيام بأنشطة محظورة على الدول الأطراف بموجب الاتفاقية.

ب- تتعهد كل دولة طرف بأن تدمّر الأسلحة الكيميائية التي تملكها أو في حوزتها أو تكون قائمة في أي مكان يخضع لولايتها أو سيطرتها، وفقا لأحكام هذه الاتفاقية.

ج- تتعهد كل دولة طرف بأن تدمّر جميع الأسلحة الكيميائية التي خلفتها في أراضي أي دولة طرف أخرى، وفقا لأحكام هذه الاتفاقية⁵.

د- تتعهد كل دولة طرف بأن تدمّر أي مرفق لإنتاج الأسلحة الكيميائية تمتلكها أو تكون في حيازتها أو تكون قائمة في أي مكان يخضع لولايتها أو سيطرتها، وفقا لأحكام هذه الاتفاقية.

هـ- تتعهد كل دولة طرف بعدم استعمال عوامل مكافحة الشغب " كوسيلة حرب".

3/ مدة سريان الاتفاقية و الإنسحاب منها

هذه الاتفاقية غير محدّدة المدة، أي أنّ الاتفاقية تسري إلى أجل غير مسمى، على خلاف معاهدة حظر الانتشار النووي التي حدّدت مدة سريانها بخمسة وعشرين عاما، ثم امتدت لأجل غير محدّد خلال مؤتمر الدول الأطراف عام 1995.

أما الانسحاب من الاتفاقية، فهو حق مكفول لكافة الدول الأطراف بها، دون أي استثناء، وذلك ممارسة لحقها السيادي وحفاظا على مصالحها العليا، وقد أصبح الإنسحاب من معاهدات نزع السلاح مبدأ ثابتا، غير أنّ الاتفاقية اشترطت أن تكون هناك أحداث استثنائية تتصل بالاتفاقية ، وتعرض الأمن القومي للدولة المنسحبة للخطر، حتى يبرر الانسحاب⁶.

كما يجب على الدولة المنسحبة ، إخطار مجلس الأمن وجميع الدول الأطراف الأخرى في الاتفاقية، والمجلس التنفيذي لمنظمة حظر الأسلحة الكيميائية بهذا الانسحاب قبل 90 يوما على الأقل، مع بيان الأسباب التي أدّت إلى ذلك⁷.

بيد أنّ الإنسحاب من الاتفاقية، لا يؤثّر بأي حال من الأحوال، على تقيّد الدول الأطراف بأي التزامات أخرى ترتبط بالاتفاقية، لاسيما بروتوكول جنيف لعام 1925.

ثانيا/ نظام الرقابة و التفتيش الذي تفرضه الإتفاقية

يعتبر نظام الرقابة و التفتيش الذي وضعته الاتفاقية، علامة مميزة لهذه الإتفاقية مقارنة بالمعاهدات الدولية الأخرى الخاصة بنزع السلاح، لاسيما معاهدة حظر الانتشار النووي لعام 1968.

وحتى يتسنى لنا الإلمام الكامل بنظام الرقابة و التفتيش الدولي طبقا لأحكام هذه الاتفاقية لابد من بيان آلية الرقابة الخاصة بها وهي: منظمة حظر الأسلحة الكيميائية، ثم تحديد آلية عمل نظام الرقابة الدولي طبقا لأحكام هذه الاتفاقية.

1/ منظمة حظر الأسلحة الكيميائية

أنشأت الدول الأطراف في الإتفاقية، منظمة حظر الأسلحة الكيميائية، بغية العمل على تحقيق الأهداف التي حثت عليها، وتأمين امتثال الدول الأطراف لأحكام الاتفاقية، من خلال نظام التحقق الذي وضعته الإتفاقية للحكم على مدى تقيد الدول الأطراف بالإتفاقية.⁸

ويقع مقر هذه المنظمة في لاهاي بهولندا⁹، وتعدّ جميع الدول الأطراف في هذه الإتفاقية أعضاء في هذه المنظمة، ويترتب على ذلك، أنّ انسحاب دولة ما من الاتفاقية، يؤدّي إلى انسحابها من عضوية هذه المنظمة.

و الأمر على خلاف ذلك، بالنسبة لمعاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية، إذ أنّ الوكالة ليست طرفا في المعاهدة.

وتتكوّن منظمة حظر الأسلحة الكيميائية من ثلاثة أجهزة رئيسية هي:

أ/ مؤتمر الدول الأطراف

يعدّ مؤتمر الدول الأطراف في الإتفاقية، بمثابة الجهاز العام للمنظمة، ويضم في عضويته ممثلين عن جميع الدول الأطراف في الإتفاقية، ويعقد دوراته في شكل دورة عادية سنوية، وله أن يعقد دورات أخرى غير عادية كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

ويختص المؤتمر العام للمنظمة، بأي مسألة تقع ضمن نطاق الموضوعات التي تنظّمها أحكام الإتفاقية، بما في ذلك السلطات و الاختصاصات المنوطة بالجهازين الآخرين، وهما المجلس التنفيذي و الأمانة الفنية¹⁰.

ب/ المجلس التنفيذي

يتكوّن المجلس التنفيذي للمنظمة من 41 عضواً، يتم اختيارهم من خلال المؤتمر العام للدول الأطراف لمدة سنتين، وفقاً لاعتبارات علمية و جغرافية، إذ لا بد أن يضمّ المجلس في عضويته الدول من العالم، بحيث يعكس التوازن بين الدول في دخول المجلس التنفيذي.

يعقد المجلس التنفيذي دوراته بصفة عادية كل سنة، ودورات أخرى استثنائية، عندما يقتضي الأمر ذلك، وله أن يعقد هذه الدورات في مقر المنظمة أو خارجها إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

يعدّ المجلس التنفيذي بمثابة الجهاز التنفيذي للمنظمة إذ تقع على عاتقه جميع المسائل التي تتعلّق بتنفيذ أحكام الاتفاقية، كما أنه يسأل عن أعماله اتجاه المؤتمر العام الذي يمثّل غالبية الدول الأطراف في الإتفاقية¹¹.

ج/ الأمانة الفنية

تعدّ الأمانة الفنية للمنظمة بمثابة الجهاز الإداري لها، ويرأس الأمانة مدير عام (الأمين العام) الذي يعيّنه المؤتمر لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة فقط، على خلاف من ذلك، فإنّ الوكالة الدولية للطاقة الذرية يعيّن مديرها العام لعهدات قابلة للتجديد مرات عدة.

تضم الأمانة العامة -الفنية- للمنظمة بجانب الأمين العام لها، موظفين آخرين على درجة علمية من الكفاءة و النزاهة، ويراعى التوزيع الجغرافي العادل أثناء التعيين من جانب الأمين العام، بالإضافة إلى تعيين قدر كاف من المفتشين الدوليين للاضطلاع بالمهام المنوطة بهم على أقاليم الدول الأطراف في الاتفاقية¹². تقوم الأمانة الفنية، بمساعدة كلا من المؤتمر العام و المجلس التنفيذي في الاضطلاع بالمهام الموكلة لهم، وتحت إشرافهم.

2/ آلية نظام الرقابة الدولي طبقاً لأحكام الاتفاقية

بغية التحقق من امتثال الدول لإحكام الاتفاقية تعتمد الاتفاقية على:

أ/ الإعلانات: Les declarations

تقدّم كل دولة طرف إلى منظمة حظر الأسلحة الكيميائية في موعد لا يتجاوز 30 يوما من بدأ نفاذ الاتفاقية إعلانات بخصوص ما تملك أو تحوز من أسلحة أو مرافق إنتاج كيميائية منذ 1 جانفي 1946 و بيان مواقعها بدقة، و تقديم خطتها العامة من أجل تدمير أو إغلاق مرافق إنتاج هذه الأسلحة، و التبليغ عن عوامل مكافحة الشغب التي تحتفظ بها في نفس الأجل¹³، و تعتبر هذه الإعلانات الأساس الذي تبنى عليه عملية الرقابة فكثيرا ما تطلب الأمانة الفنية توضيحات بخصوص نشاط الدولة في مجال تدمير مخزونها من الأسلحة ليتم اكتشاف التجاوزات عبر الثغرات و المعطيات المتباينة في الإعلانات، وقد تسلمت المنظمة إلى غاية فيفري 2013 ما يقارب 180 إعلانا ابتداء من دخول الاتفاقية حيز النفاذ وهو ما مكن المنظمة من إرساء قاعدة بيانات هامة يجري تحديثها بواسطة خبراء بصفة مستمرة¹⁴.

ب/ التفتيش في الموقع

جاءت الاتفاقية بثلاث أنواع من التفتيش، للتحقق من التزامات الدول الأطراف بها، و ذلك على النحو التالي:

1/ التفتيش الروتيني: Les inspections de routine

يتم اللجوء للتفتيش الروتيني، بغية التأكد من صحة البيانات و الإعلانات التي تقدمها الدول الأطراف في الاتفاقية، والتي تحتوي على قوائم بجداول المواد الكيميائية في منشآتها، ومدى اتفاق هذه المواد مع الأغراض الواردة بالاتفاقية من عدمه.

حتى يكفل تنفيذ التفتيش الروتيني، تقوم منظمة حظر الأسلحة الكيميائية بإيفاد فريق من التفتيش التابع لها إلى الدولة التي تخضع لأنشطة التفتيش، في المواقع التي تم تحديدها من جانب المنظمة و الدولة التي تستقبل المفتشين.

يقع على عاتق الدول التي تخضع للتفتيش بذل كل السبل لتسهيل عمل المفتشين على أراضيها، سواء أكان ذلك بمنحهم التراخيص و التأشيرات الخاصة بالدخول إلى هذه الدول، أو الحصانات الخاصة بأفراد المفتشين الدوليين على أراضي الدول الخاضعة لأنشطة التفتيش¹⁵.

2/ التفتيش بالتحدي: Les inspections par mise en demeure

تقوم منظمة حظر الأسلحة الكيميائية بالتفتيش بالتحدي أو المفاجئ في حالة الشك من عدم امتثال دولة ما من لالتزاماتها بموجب الاتفاقية، من خلال الزيارات الخاصة بالمفتشين الدوليين للمنشآت التي تخضع للرقابة. ويتم طلب التفتيش بالتحدي، عن طريق دولة طرف في الاتفاقية لديها شكوك حول ما إذا كانت دولة أخرى تنتهك الالتزامات المتعلقة بالاتفاقية وتقدم طلبها إلى المجلس التنفيذي و المدير العام في نفس الوقت، حيث يتولى هذا الأخير التأكد من أن الطلب قد استوفى الشروط القانونية، ليقرر المجلس بعد التصويت على قبول أو رفض التفتيش¹⁶.

3/ التفتيش في حالة الاستخدام المزعوم للأسلحة الكيميائية

في حالة ما إذا كانت دولة طرف في الاتفاقية تدعي بان أسلحة كيميائية تم استخدامها من جانب دولة ما طرف في الاتفاقية على أراضيها، فيمكنها القيام بتقديم طلب لمنظمة الأسلحة الكيميائية بغية التحقق من ذلك، ويتم تقديم الطلب بإجراء التفتيش في حالة الاستخدام المزعوم للأسلحة الكيميائية على إلى المدير العام للمنظمة الذي يخطر به المؤتمر العام و الجهاز التنفيذي و الدولة التي يجري على أراضيها التفتيش للتأكد من صحة الادعاءات المقدمة.

عند التحقق من جدية الطلب بالتفتيش، على المدير العام أن يقوم بتعيين فريق التفتيش يتم إيفاده على الدولة التي استخدمت على أراضيها الأسلحة الكيميائية، ويحرر تقريرا يقدم إلى المجلس التنفيذي و الدولة التي تطلب التفتيش¹⁷.

ج/ حماية المعلومات السرية أثناء التفتيش

تعد حماية المعلومات التي توصف بأنها سرية، من الأمور التي أخذت طابعا جديا داخل نطاق الاتفاقية، وذلك حفاظا على مصلحة الدولة الطرف في المعلومات السرية الخاصة بها، والتي تمس بأمنها الوطني، وكذلك المعلومات السرية للأعمال، سواء كانت أعمال مدنية أو عسكرية، ويوازن ذلك مع مصلحة الاتفاقية في الوصول لكافة المعلومات والشفافية في التحقيق وفقا لأحكام الاتفاقية¹⁸.

يقع العبء الكامل فيما يتعلق بحماية المعلومات السرية، لدى الدول التي تخضع للتفتيش على مفتشي المنظمة، إذ عليهم الواجب الكامل في عدم إفشاء المعلومات التي يصلون إليها من خلال أنشطة التفتيش على أراضي الدول الأطراف.

وتكفل الاتفاقية الحماية اللازمة و الكاملة للمعلومات السرية، بغية انفتاح الدول على المفتشين و مدهم بكافة الوسائل و المعلومات للقيام بمهامهم على أكمل وجه، في الأماكن و المرافق التي تخضع لعملية التفتيش¹⁹.

ويقع على المدير العام للمنظمة مهمة وضع إجراءات واجبة الإتباع في حالة انتهاك أو الادعاء بانتهاك السرية إذا رأى أن هناك مبرر لذلك، بغية التحقيق في الشكوى التي تقدم للمنظمة من جراء عدم التزام المفتشين بكل ما عليهم من التزامات نحو وظيفتهم.

وتقع المسؤولية الكاملة على المنظمة في حالة ما إذا قام أحد المفتشين الدوليين بإفشاء الأسرار التي تتعلق بالأعمال المدنية والصناعية و التجارية للدول الأطراف في الاتفاقية التي تخضع لعمليات التفتيش، التي لها أن تحاكم المفتش أيضا، من جراء الإفشاء لهذه الأسرار، على اعتبار أنه تابع لها.

ثالثا/ تقييم العمل باتفاقية الأسلحة الكيميائية

يقتضي تقييم الجهود المبذولة منذ 20 سنة من إبرام هذه الاتفاقية في مجال نزع الأسلحة الكيميائية، النظر من جانبين: الجانب الايجابي أي النجاحات المحققة من جهة، والجانب السلبي من جهة أخرى أي جوانب القصور والصعوبات العملية التي تحول دون التخلص من هذه الأسلحة.

1/ انجازات منظمة حظر الأسلحة الكيميائية

تشير آخر الإحصائيات إلى نتائج مهمة ومحفزة للغاية يمكن تلخيصها فيما يلي:

- أصبحت الاتفاقية عالمية النطاق²⁰ حيث تضم اليوم 189 دولة عضو أي حوالي 98% من سكان المعمورة.²¹

- تم تدمير 55539 طنا من العوامل الكيميائية أي مايعادل 78% من المخزونات المعلن عنها و البالغة 71196 طنا (بحلول 23 جانفي 2013).

- تم تعطيل عمل جميع مرافق الإنتاج المعلن عنها (عددها 70 مرفقا و تم تحويل 20 منها لأغراض سلمية)، كما تخضع جميع هذه المرافق لرقابة صارمة لم يسبق لها مثيل في اتفاقيات نزع السلاح.
- تم جرد جميع مخزونات الأسلحة الكيميائية المعلن عنها (عددها 35 مرفقا) والتحقق منها.
- أجرت منظمة حظر الأسلحة الكيميائية(منذ 1997 إلى غاية فبراير 2013) 5035 عملية تفتيش في أراضي 86 دولة عضو منها 2666 عملية تفتيش أجريت في مواقع ذات صلة بالأسلحة الكيميائية، وتم تفتيش 223 موقعا من مجموع 223 موقعا معلنا عنه.
- تم استلام 180 إعلانا أوليا.
- تم تعيين أو إنشاء أكثر من 162 هيئة وطنية معنية بتنفيذ اتفاقية الأسلحة الكيميائية.
- تم تعيين 20 مختبرا .
- ثمة أكثر من 13 دولة أعلنت صراحة عن مرافق لإنتاج الأسلحة الكيميائية.
- وضعت المنظمة قاعدة بيانات تحاليل معتمدة فريدة من نوعها على الصعيد الدولي، تضم معلومات عما يزيد على 3400 مركب و هي بيانات متاحة للدول الأعضاء لإضفاء المزيد من الشفافية على عمل المنظمة²².
- مؤخرا أصدر المجلس التنفيذي لمنظمة حظر الأسلحة الكيميائية قراراً بتاريخ 2013/9/27 وبنفس التاريخ صدر قرار مجلس الأمن رقم 2118 بتاريخ 2013/9/27 وقد حدد القرار مهلاً زمنية لتنفيذ سوريا لالتزاماتها في إطار تطبيق الاتفاقية. وزارت بعثة مشتركة من الأمم المتحدة و منظمة حظر الأسلحة الكيميائية سوريا بتاريخ 2013/10/1 حيث تم الاتفاق مع الحكومة السورية على برامج وطرائق العمل المطلوب تنفيذها وبدأت البعثة بعملها مباشرة.
- قامت فرق التفتيش بزيارة المواقع والبالغ عددها 22 موقعاً من أجل التحقق وتعطيل معدات الإنتاج والخلط والتعبئة، وعلى مدار الفترة الممتدة ما بين 4-

2013/10/27 أنهت فرق التفتيش زيارتها إلى 20 موقعاً باستثناء موقعين فارغين لا يوجد فيهما معدات أو تجهيزات أو مواد كيميائية، أحدهما تحت سيطرة المعارضة.

2 / الصعوبات التي تواجه عمل منظمة حظر الأسلحة الكيميائية

نلاحظ منذ سنوات عديدة على إبرام اتفاقية الأسلحة الكيميائية، و دخولها حيز النفاذ إلا أن التطبيق أو بالأحرى التنفيذ الفعلي للاتفاقية لا يزال دون المستوى المطلوب، مما يضعف إلى حد ما الاتفاقية و جهود نزع الأسلحة الكيميائية عموماً، و يمكن أن نجمل هذه النقائص و الصعوبات كالتالي:

- لم تصادق بعض من الدول على الاتفاقية خاصة إسرائيل مما يشكل عقبة حقيقية في إقناع دول مجاورة لها بالتخلي عن أسلحتها الكيميائية، والتي ترى نفسها مهددة مما يضعف الاتفاقية²³.

- لا يزال من الصعب القضاء على الأسلحة الكيميائية في ظل وجود ترسانات هائلة من الأسلحة النووية، إذ ترى الدول غير النووية في الأسلحة الكيميائية الرادع في ظل غياب قوة دولية فعالة تحميها.

- لم تواكب الاتفاقية التطور العلمي و التداخل بين علوم الأحياء و الكيمياء²⁴، على الرغم من المؤتمرات التي عقدت منذ إبرام الاتفاقية مما جعل هامش المناورة ممكناً بين ما هو سلمي و عسكري.

- بحلول عام 2012 فقط 88 دولة من أصل 188 دولة عضو التي أصدرت تشريعات وطنية وفقاً لمتطلبات الاتفاقية مما يعكس محدودية النجاح على المستوى الوطني²⁵.

- تعاني المنظمة من الضغوط السياسية لاسيما من الدول الكبرى وبخاصة الولايات المتحدة الأمريكية²⁶.

- نقص عدد المفتشين وذلك راجع إلى المشاكل في الميزانية و التسير داخل المنظمة حيث قدرت ميزانية عام 2011 ما يقرب 95 مليون دولار، بينما انخفضت إلى 94 مليون دولار عام 2012.²⁷

- التكلفة الباهظة لعملية تدمير المخزونات و المرافق الإنتاجية للأسلحة الكيميائية مما عطل العملية، فقد أنفقت الولايات المتحدة ما يفوق 23 مليون دولار بحلول عام 2011²⁸، و ليس بالإمكان تحمل تكلفت عملية التدمير من قبل دول أخرى أقل نموا.

- أما بخصوص سوريا حاليا فإن أهم العوائق التي تقف في طريق تنفيذ سورية للالتزامات المترتبة عليها في الاتفاقية تكمن في عدم توفير التمويل اللازم لإنجاز هذه المهمة، وكذلك عدم توفر المعدات والتجهيزات المطلوبة لعملية التدمير بسبب الحصار والعقوبات الاقتصادية بالإضافة إلى تدهور الوضع الأمني وصعوبة توفير الحماية اللازمة للمفتشين.

خاتمة

يتضح من خلال العرض العام لنظام الرقابة و التفتيش الذي تفرضه اتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية أنه الأكثر تكاملا بالمقارنة مع غيره من أنظمة الرقابة الأخرى على مستوى اتفاقيات نزع السلاح، غير أن الفعالية ناقصة على مستوى التنفيذ و هي مسألة غاية في الأهمية، كما أنها ليست سهلة في ظل الظروف الدولية الراهنة لذا خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج و التوصيات التالية :

- يتعين على الدول الأطراف في الاتفاقية توفير الموارد المناسبة لضمان عدم حصول تأخير لا داعي له في التدمير المتفق عليه و التقيد بأحكام الاتفاقية وتنفيذها بحسن نية.
- ينبغي على الدول الأطراف و المنظمة مواصلة الجهود لضمان انضمام العالمي للاتفاقية عن طريق تحفيزات ايجابية بما في ذلك المساعدة الفنية، و تطوير تشريعاتها الداخلية بما يوافق أحكام الاتفاقية و يواكب التطورات العلمية الحديثة.
- تمكين منظمة حظر الأسلحة الكيميائية من الموارد والخبرات الفنية، و الحقوق القانونية اللازمة لتنفيذ عمليات التفتيش بالتحدي بطريقة فاعلة و في الوقت المناسب بما في ذلك اخذ العينات و نقلها من أجل الاختبار.
- يجب على الدول الأطراف استخدام منظمة حظر الأسلحة الكيميائية كمركز تنسيق في تطوير المعايير العالمية لثقافة أمن صناعي كيميائي، و ينبغي على الدول الأطراف تعزيز

قدرة المنظمة على تقديم المساعدة العملية لمكافحة الأسلحة الكيميائية مثل المعدات الكشف أجهزة الإنذار و مضادات السموم الطبية.

- تعزيز تدابير بناء الثقة على نطاق عالمي وعدم التهديد باستخدام القوة خاصة باستعمال أسلحة الدمار الشامل لا سيما الأسلحة النووية ، إذ لا يعقل نزع الأسلحة الكيميائية في ظل تنامي الترسنة النووية للدول الحائزة لها.

- ضرورة العمل على نزع السلاح المتوازن أي نزع الأسلحة الكيميائية بالموازاة مع باقي الأسلحة الأخرى خاصة النووية و البيولوجية منها.

ومن هنا نرى أن دول العالم مدعوة اليوم أكثر من أي وقت مضى للتخلص من المخزونات الكبيرة للأسلحة الكيميائية سواء تلك المعلنة أو غير المعلنة التي ربما تفوق كثيرا من تلك المخزونات المعلنة، ناهيك عن الأسلحة الكيميائية المهجورة خاصة في الصين ،إيران، إيطاليا، و بنما، و الأسلحة الكيميائية القديمة التي تحتاج لمساعدات مادية و تقنية، ورغم التأخر الواضح في إتمام عملية الإزالة الكاملة للأسلحة الكيميائية إلا أن اتفاقية الأسلحة الكيميائية و نظام الرقابة و التفتيش الذي تفرضه هذه الاتفاقية يبقى هو النموذج الأكثر فعالية و الأمثل حتى الآن بالمقارنة مع بقية المعاهدات المتعلقة بأسلحة الدمار الشامل الأخرى خاصة الأسلحة النووية.

الهوامش

¹ - يوسف المصري، نزع السلاح الكيميائي في القانون الدولي ، دار العدالة، القاهرة، 2011، ص.4.

² - نين بوديل، اتفاقيات مراقبة الأسلحة و نزع السلاح، في كتاب التسلح و نزع السلاح و الأمن الدولي، (معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي-sipri-)، تعريب ونشر مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2011، ص.663.

³ -Paul DAHAN, La conférence de désarmement: Fin de l'histoire ou histoire d'une fin, AFDI, 2000, p: 200.

استعملت الاتفاقية تعريفا موسعا للأسلحة الكيميائية، راجع المادة الثانية من الاتفاقية.⁴

⁵ - يقصد بالأسلحة المخلفة: الأسلحة الكيميائية القديمة التي خلفها دولة ما بعد 1 جانفي 1935 في أراضي دولة أخرى دون رضا هذه الأخيرة.

⁶ - حسين حنفي عمر، الانسحاب من المعاهدات و المنظمات الدولية النووية، دار النهضة العربية، القاهرة،

2008، ص.118.

⁷ - الفقرة الثالثة من المادة 16 من الاتفاقية.

⁸ - Cédric POITEVIN, Contrôle de l'interdiction des armes chimiques : un état des lieux, sur site : www.grip.org.

⁹ - الفقرة الف-3- من المادة الثامنة من الاتفاقية.

¹⁰ - Alexander KELLE, La première conférence d'examen de la convention sur les armes chimiques : faire le point et préparer l'avenir, Forum de désarmement, 4/2002, UNIDIR, p. 03.

¹¹ - الفقرة جيم-23- من الاتفاقية.

¹² -voir :Maurizio BRBESCHI, La culture organisationnelle du secrétariat technique de l'OIAC, Forum de désarmement, UNIDIR, 4/2002, p. 50.

¹³ - أنظر المادة الثالثة و السادسة من الاتفاقية.

¹⁴ -<http://www.opcw.org/ar/our-work/demilitarisation/>.

¹⁵ - Daniel FEAKES, Evaluer le système de vérification de la convention sur les armes chimiques, Forum de désarmement, 4/2002, UNIDIR, p. 17.

¹⁶ - ibid. p. 19.

¹⁷ - المادة العاشرة فقرة: 8,9,10,11, من الاتفاقية.

¹⁸ -Ralf TRAPP, Phase de transition pour l'OIAC : de l'élimination des stocks d'armes chimiques à la préservation d'un monde sans armes chimiques, Forum de désarmement, 1/2012, UNIDIR, p. 44.

¹⁹ - المادة التاسعة الفقرة 11/جمن الاتفاقية.

²⁰ -jean Pascal ZANDERS , L'universalité de la convention sur les armes chimiques : une question de qualité ou de quantité ? Forum de désarmement, 4/2002, UNIDIR, pp.23-31.

²¹ - انضمت سوريا إلى الاتفاقية في 2013 بعد الاتهامات باستعمال مواد كيميائية من قبل الجيش النظامي السوري، وتهديد الولايات المتحدة الأمريكية بالتدخل العسكري ، إلا أن الرئيس الروسي أنقذ الموقف و تقدم باقتراح تدمير سوريا لترسانتها الكيميائية تحت إشراف منظمة حظر الأسلحة الكيميائية و هو ما تم فعلا .

²² -أنظر الموقع الرسمي لمنظمة حظر الأسلحة الكيميائية:

<http://www.opcw.org/ar/our-work/demilitarisation/>

²³ - حضرت إسرائيل كمراقب لأول مرة كمراقب في مؤتمر الدول الأطراف عام 2011 وصرحت أنها لا تستطيع الانضمام في الوقت الحالي إلا بعد التسوية واسعة مع الدول المجاورة قبل الانضمام إلى نظم نزع السلاح.

²⁴ -Malcolm DANDO, La science et la « nouvelle » convention sur l'interdiction des armes chimiques : des rôles multiples sont-ils envisageables pour les scientifiques civils ?, Forum de désarmement, 1/2012, UNIDIR, pp.5-16

²⁵ -Alexander KILLE, La non prolifération et la lutte contre la résurgence des armes chimiques, Forum de désarmement, 1/2012, UNIDIR, p. 62.

²⁶ - تستطيع الولايات المتحدة الأمريكية الضغط من خلال الموارد والإمكانات والخبرات والمؤهلات البشرية التي تزود بها المنظمة.

²⁷ - جون هارت، الحد من الأسلحة الكيميائية و نزعها، في كتاب (التسلح ونزع السلاح و الأمن الدولي لمعهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي)، تعريب ونشر مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2012، ص.529.

²⁸ - المرجع نفسه، ص.536

الجرائم الماسة بإقامة العدالة في المحكمة الجنائية الدولية

LAKHDARI Abdelmadjid
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques, Université de Khenchela

لخداري عبد المجيد
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة خنشلة

ملخص

إضافة للاختصاصات العادية للمحكمة الجنائية الدولية، هناك اختصاصات أخرى على نوع آخر من الجرائم المرتكبة خلال سير الإجراءات المختلفة للمحاكمة والمتمثلة في الجرائم المخلة بالعدالة كالإدلاء بشهادة الزور، تقديم أدلة زائفة أو مزورة التأثير في شهادة الشهود، إعاقة أحد مسؤولي المحكمة أو تهيبه أو ممارسة تأثير مفسد عليه، والانتقام منه بسبب الواجبات التي يقوم بها، وأيضا قيامه بطلب أو قبول رشوة فيما يتصل بواجباته الرسمية، وأما جرائم سوء السلوك أمام المحكمة كتعطيل إجراءات المحكمة الجنائية الدولية أو تعمد رفض الإمتثال لتوجيهاتها الشفوية والكتابية، ومجموع هذه الجرائم تؤثر على عمل المحكمة مما يتوجب عليها توفير حماية جنائية لمختلف الأطراف لتحقيق العدالة.

الكلمات الدالة

أدلة زائفة، عنصر إنتاج، شهادة زور .

Offenses against the administration of justice in the International Criminal Court

Summary

In addition to the ordinary jurisdiction of the International Criminal Court, It contains other skills on an other crimes during the continuation of the trial that match like: false witness , production elements, fake evidence or falsified , as intimidation of a member or officer of the court hinders action or influence peddling in the end accepting a bribe as a member or an officer of the court as part of his official duties,

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2013 /10/30 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/02/06 وقُبل للنشر بتاريخ 2015 /05/03.

and regarding misconduct crimes at the hearing in case of disruption of its proceedings or deliberate refuses to follow there instruction, the sets of there influential crimes on the continuation of the trial in good conditions that require sanctions in this case for achieving equity.

Key words

false witness , production elements, fake evidence or falsified ,

Résumé

En plus des compétences ordinaires, la Cour pénale internationale dispose d'autres compétences sur d'autres crimes, constatés au cours du procès, qui correspondent aux : faux témoignage, production d'éléments de preuve falsifiés ; l'intimidation d'un membre ou d'agent de la Cour ou trafic d'influence, et enfin l'acceptation d'une rétribution illégale par un membre ou un agent de la Cour dans le cadre de leurs fonctions officielles ; les crimes de d'inconduite à l'audience, en cas de la perturbation ou le refus délibéré de suivre ses instructions. L'ensemble de ces crimes influence le bon déroulement du procès.

Mots clés

preuves falsifiées, faux témoignage, élément de production.

مقدمة

تعدّ جرائم الإعتداء على سير عدالة القضاء من أشدّ الجرائم خطراً على الجهاز القضائي، فهي تعمل على التأثير في سير إجراءات المحاكمة سواء كان التأثير يمس الشهود لمنعهم أو التأثير عليهم لتغيير إفاداتهم، أو التأثير على القاضي حتى لا يصدر أحكاماً يمكن أن تكون مشدّدة ضد المتهمين، أو التشويش بصورة عامة على مجريات المحاكمة؛ وبما أنّ القضاء هو أحد السبل الهامة لحفظ الحقوق، وحماية الأفراد وحرّياتهم والعمل لأجل تحقيق العدل، فمن الواجب إيجاد حماية جنائية تعمل على توفير الجو المناسب لسير العدالة وإيجاد نظم قانونية توطّر وتنظّم العملية وتحمي الحقوق.

ولذلك يتمثل دور القضاء في المحافظة على مصلحة المتقاضين ليحقق الأمن والإستقرار والعدل في المجتمع وحماية أدلة الإثبات القانونية، وتحقيق الثقة بجهاز القضاء وحماية شؤون العدالة هذا من جهة، ومن جهة أخرى حماية حق المجني عليه وإصلاح الجاني؛ وقد اهتمت التشريعات العقابية الحديثة بجهاز القضاء، وأقرّت في قوانينها الحماية الجنائية لسير عدالة القضاء لتحقق آثارها المرجوة، ضماناً لاستقلال القضاء ونزاهته حتى يؤدّي

وظيفته بعيداً عن كل ما يمس سير العدالة أو يحزفه عن الحق والعدل؛ لذا عمدت المحكمة الجنائية الدولية لحسن سير إجراءاتها وعدم التأثير عليها، نصوصاً قانونية تعمل على معاقبة كل من يخلّ بسير العدالة، وهو ما نريد الوصول إلى التعرف عليه من خلال النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. توالى الجهود على مستوى الجمعيات العلمية وعلى مستوى اللجان التابعة للأمم المتحدة وبعد سعي مضمّن وشاق وعمود طويلة من الفشل وخيبة الأمل، أضحت المحكمة الجنائية الدولية حقيقة واقعية بتاريخ 17 جويلية 1998م¹ ولعل الأثر الكبير على تطور تلك الجهود والأبحاث والدراسات وعمقها وجديتها مرده للتجربة العملية والتطبيقية للقضاء الجنائي الدولي المؤقت في الماضي المتعلقة بمحكمتي نورمبرغ وطوكيو، وفي الوقت الحاضر محكمتي يوغسلافيا سابقا ورواندا، حيث توجت في الأخير أثناء مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين، باعتماد نظام روما الأساسي المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية² التي تعدّ الرابط المفقود في النظام القانوني الدولي³.

للمحكمة الجنائية الدولية أهلية السلطات للقيام بأعمال معيّنة وهو النطاق القانوني لعمل هذه الهيئة ويتحدّد اختصاصها على أساس نوع الجريمة وشخص مرتكبها، وزمن ومكان ارتكابها؛ فيكون بذلك هذا الاختصاص نوعياً وشخصياً، وزمنياً ومكانياً، إضافة إلى مبدأ هام تعتمد عليه المحكمة وهو تكامل الاختصاص القضائي بينها وبين المحاكم الوطنية والمقصود به هو الإختصاص التكميلي؛ وقد بيّنت المواد من 5 إلى المادة 11 والمادة 24 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على عدة اختصاصات لها وهي الإختصاص الموضوعي، الشخصي والزمني⁴ كما بيّنت ذلك المادة 21⁵.

مشكلة الدراسة

تتمثّل الإختصاصات العادية للمحكمة في الاختصاص الموضوعي، الشخصي، الزمني والاختصاص التكميلي أو المكمل للمحكمة مع القضاء الوطني التي تعدّ من صميم اختصاصاتها والتي توصف بالعادية؛ أما الاختصاصات الأخرى والتي يمكن وصفها بالثانوية والاستثنائية إن صحت التسمية هي الفصل في تلك الجرائم المرتكبة أثناء سير إجراءات المحاكم والتي تخلّ بإقامة العدل ومعرفة طبيعتها وأنواعها وهوما يوضّح مشكلة

الدراسة وعناصرها الرئيسية في تحديد اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بالجرائم الماسة بالعدالة، وبيان طبيعتها وأساسها ويكون ذلك بالإجابة على الأسئلة التالية:

- زيادة على الإختصاصات العادية التي نصت عليها المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ماهي اختصاصاتها الأخرى فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة أثناء سير إجراءات الدعوى؟.

- ماهي صور الجرائم المخلة بإقامة العدالة، وجرائم سوء السلوك التي تعدّ في نظر النظام الأساسي للمحكمة معاقبا عليها؟

- فيم تتمثل القواعد الموضوعية والإجرائية التي وضعها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لحماية جهاز القضاء من الجرائم المرتكبة ضده؟.

تم تقسيم خطة الموضوع إلى مطلبين، الأول تم التطرق فيه إلى أنواع الجرائم المخلة بإقامة العدالة، وأما في المطلب الثاني جرائم سوء السلوك.

المطلب الأول/ الجرائم المخلة بإقامة العدالة

إلى جانب الجرائم التي نصت عليها المادة 5 السابقة؛ يحقّ للمحكمة الجنائية الدولية ممارسة اختصاصها القضائي أيضا على أنواع أخرى من الجرائم والمتمثلة في تلك الجرائم التي ترتكب ضد إدارة العدالة نفسها، وهو ما أكدته المادة 70⁶، من نظام المحكمة وتتمثل هذه الجرائم في: شهادة الزور، تقديم أدلة زائفة، التأثير في شهادة الشهود، تهديد العاملين بالمحكمة، ترهيبهم والانتقام منهم بسبب أداء مهامهم، القبول أو التحريض على الرشوة من قبل موظف في المحكمة الجنائية الدولية.

يثير موضوع الاختصاص على الأفعال المخلة بإقامة العدالة العديد من الإشكاليات بالنسبة للمحاكم الجنائية الدولية، فهل ينعقد الإختصاص للمحكمة التي وقع الفعل أمامها وهي محكمة مختصة بالجرائم الدولية؛ في حين أنّ الجرائم المخلة بإقامة العدالة ليست بهذا النوع، أم أنّ المحاكم الوطنية هي التي تتكفل بذلك باعتبارها من الجرائم العادية والتي تدخل في اختصاصها الموضوعي، أم أنّ المحاكم الوطنية التي ارتكب فيها الفعل سواء أكانت الدولة المضيفة أم غيرها هي التي سينعقد الاختصاص وفقا

للاختصاص الإقليمي أم أنّ الدولة التي ينتهي لها مرتكب الفعل بجنسيته هي الأولى لممارسة الاختصاص وفقا للاختصاص الشخصي؛ إلاّ أنّه بموجب الفقرة 1 من المادة 70 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؛ فإنّ الإختصاص ينعقد للمحكمة ابتداء، وبموجب الفقرة 2 من المادة ذاتها تكون المبادئ والتدابير المنظمة لممارسة المحكمة اختصاصها على الأفعال الإجرامية المشمولة بهذه المادة هي التدابير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وفقا للقاعدة 162 المتعلقة بممارسة الإختصاص فقرة 2/ج ونتعرض لأنواع الجرائم المخلّة بإقامة العدالة كما يلي:

الفرع الأول/ جريمة شهادة الزور

كل ما يدلي به الشاهد أمام المحكمة يخالف قول الصدق المنصوص عليه في المادة 69 فقرة 1⁷ من النظام الأساسي يعدّ بمثابة شهادة زور، فالشاهد إذا قرّر قول ما يغير الحقيقة بإنكار الحق أو تأييد الباطل وكان ذلك منه بقصد تضليل القضاء عدّ شاهد زور. وبذلك لا يختلف معنى شهادة الزور من حيث المبدأ العام في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عنه في التشريعات الوطنية المختلفة.

أولا/ أركان شهادة الزور في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

كباقي الجرائم يتوجّب توفر الركن الشرعي والركن المادي وأخيرا الركن المعنوي.

1/ الركن الشرعي

نقصد به مبدأ الشرعية الذي تستند إليه المحكمة بهدف تجريم الفعل ويمكن إجماله في النصوص القانونية التالية:

-المادة 69: إذ نصت على أن يتعمّد كل شاهد وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات بالتزام الصدق في تقديم الأدلة قبل الإدلاء بالشهادة، وتلزم القاعدة 66 من نفس المادة على تقديم التعمّد الرسمي المتمثّل في قول الشاهد: "أعلن رسميا أنني سأقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق"؛ وهذا يتّضح جليا من خلال الأنظمة القضائية المتّبعة، حيث يبدو أن فعالية النظام الأنجلوسكسوني في تفعيل دور القضاة الذين لهم دور هامشي في تقديم الأدلة وفق النظام اللاتيني⁸.

المادة 70: تتعلق بانعقاد الإختصاص للمحكمة على الجرائم المخلة بإقامة العدالة في حالة ارتكابها عمدا؛ ووفقا للفقرة أ من المادة نفسها يعدّ الإدلاء بشهادة الزور بعد التعهّد بالتزام الصدق عملا بالفقرة 1 من المادة 69، فجريمة شهادة الزور وفقا لهذه المادة تصنّف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من الجرائم المخلة بإقامة العدالة⁹؛ ووفقا لمبدأ الشرعية تعدّ جريمة شهادة الزور مجرّمة وفقا لهذا النظام وكل من يرتكبها تقرر له عقوبة منصوص عليها في النظام الأساسي¹⁰.

وعليه نستنتج أنّ الركن الشرعي لشهادة الزور في النظام الأساسي يتمثل في المادة 69 فقرة 1 والمادة 70 فقرة أ، وتأسيسا عليهما تقرر عقوبة لكل شاهد زور تعمد ارتكابها أمام المحكمة الجنائية الدولية وفقا للمادة 70 فقرة 3 من النظام الأساسي.

2/الركن المادي

يتبيّن من تحليل نص المادة 70/أ الركن المادي لجريمة شهادة الزور حيث يتكوّن من ثلاث عناصر أساسية؛ أما الأول فيتمثّل في الشهادة التي تؤدي أمام القضاء بعد حلف اليمين، والثاني تعمد الشاهد الزور في شهادته وأخيرا الضرر الناتج عن الشهادة الزور.

فجريمة شهادة الزور وفقا لما سبق يجب أن تُرتكب من قبل شاهد يؤدي شهادته أمام المحكمة الجنائية الدولية بعد حلف اليمين أوالتعهّد الرسمي، كما جاء في القاعدة 66 من المادة 69 المتعلقة بالأدلة، حيث يتعهّد كل شاهد وفقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات بالتزام الصدق في تقديم الأدلة إلى المحكمة؛ وقد أقرت الفقرة 2 من القاعدة ذاتها جواز السماح للشخص الذي يقل عمره عن 18 سنة¹¹، أوالشخص الذي يكون حكمه على الأمور معتلا وترى الدائرة أنّه لا يفهم طبيعة التعهّد الرسمي، بأن يشهد دون أداء هذا التعهّد الرسمي إذا رأت الدائرة أن ذلك الشخص قادر على وصف المسائل التي يكون لديه علم بها وأنّه يفهم واجب قول الحق؛ كما تقتضي جريمة شهادة الزور في النظام الأساسي وفقا للمادة 70 التعبير عن الكذب في تصريحاته أمام القضاء عمدا، وهذا ما يفهم منه أنّه في حالة ارتكاب شهادة الزور نتيجة خطأ أو غلط في الوقائع أو إكراه أو ضغوط خارجية أو نتيجة تهديدات لا تعدّ شهادة زور وهو ما يؤكّد القصد الجنائي المتعمد عن وعي وإدراك وإرادة .

أما الضرر هو الأذى الذي يصيب أحد أطراف الدعوى، سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو شرفه أو عاطفته وما شابه ذلك¹².

3/الركن المعنوي: وجود القصد الجنائي في جريمة شهادة الزور يجعلها جريمة عمدية، يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي العام، الذي يتجلى في انصراف إرادة الجاني إلى التصريح بأقوال كاذبة تغييراً للحقيقة وتحريفاً لها أو سكوتاً عنها عن علم وإدراك ووعي؛ وإذا كانت أقوال الشاهد غير الصحيحة قد صدرت منه نتيجة ضعف ذاتي أو لقصور في حواسه أو كانت ناتجة عن تسرع وعدم تدبر في الإدلاء بها، فلا عقاب على كذب لا يتعمده المتهم ولا يتحقق ركن العمد¹³.

ثانياً/عقوبة شهادة الزور في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

وفقاً للفقرة الثالثة من القاعدة 66 فإن وجوب اطلاع الشاهد قبل الإدلاء بشهادته على الجريمة المنصوص عليها في الفقرة أ من المادة 70 والمتضمنة العقوبة المقررة لشاهد الزور يعد ضرورياً، ففي حالة إصراره عليها وارتكابه إياها تعدّ دليلاً كافياً لإدانته في جريمة شهادة الزور، وقد حدّدت العقوبات المقررة بمرتكبي الجرائم المخلة بإقامة العدالة في المادة 70 فقرة 3؛ وفيها لا تتعدى فترة السجن الخمس سنوات فضلاً عن فرض غرامة مالية أو العقوبتين معاً كما جاء في هذا النظام، وتسقط العقوبة بعد مرور عشر سنوات يبدأ سريانها عندما يصبح الحكم نهائياً¹⁴ وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

الفرع الثاني/ تقديم الأدلة الزائفة

دور الأدلة المقدّمة أمام القضاء إعطاء الصورة الواضحة للقضاة حتى يتم الفصل بصورة عادلة في الدعوى المعروضة أمام المحكمة؛ لكن أحياناً يتم تقديم أدلة زائفة أمامها، لذا يعتمد القضاة على شتى الطرق لتحخيص وتدقيق الأدلة ونقدها لغرض الوصول إلى قناعة من خلالها تصدر الأحكام القضائية سعياً للوصول إلى الحقيقة.

أولاً/ مفهوم الأدلة الزائفة

القاعدة السائدة في الإثبات هي حرية الأطراف في الاستعانة بكافة طرق الإثبات الممكنة قانوناً وفقاً للنظام الانجلوساكسوني؛ فطرق الإثبات إما أن تكون مباشرة أي تنصب على

الواقعة المراد إثباتها مباشرة كالكتابة¹⁵ والشهادة؛ وطرق غير مباشرة تنصبّ على واقعة أخرى بديلة لا تتصل مباشرة بوجود الحق، وإنما تؤدي عن طريق أعمال الحق وبطريق غير مباشر إليها كالقرائن القانونية والقضائية¹⁶.

وعليه فالأدلة المزيفة أو المزورة هي تلك الأدلة المكتوبة باختلاف أشكالها وتشمل المعاهدات والوثائق الدبلوماسية والأوراق الرسمية للدولة والمذكرات والبروتوكولات والمراسلات والتشريعات الداخلية والأحكام القضائية الداخلية، والقرارات الداخلية ووثائق التجنس والشهادات القنصلية فيما يتعلق بالجنسية وجوازات السفر وشهادات القنصلية والخرائط والشهادات الخطية والنصوص المستنسخة حرفياً والتسجيلات الصوتية، وتسجيلات الفيديو وغير ذلك من وسائل التقاط الصوت والصور.

إنّ للمحكمة أو الدائرة الابتدائية بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء ذاتها لها سلطة القيام بالفصل في قبول الأدلة وتحديد مدى صلتها بالقضية، واتخاذ جميع الخطوات اللازمة للمحافظة على النظام أثناء الجلسة وفقاً للمادة 64 فقرة 9/أ، واستناداً عليها يكون لدائرة المحكمة السلطة حسب تقديرها تقييم الأدلة المقدمة إليها، وعليها أن تعلق أي قرارات تتخذها بشأن مسائل الأدلة وتدوّن هذه الأسباب في محضر الإجراءات، ما لم تكن قد دوّنت أثناء سير الإجراءات وفقاً للفقرة 10 من المادة 64¹⁷ والفقرة 1 من القاعدة 137 التي تنص على عمل المسجل في إعداد وحفظ سجل كامل ودقيق تدوّن فيه جميع التدابير.

ثانياً/ أثر استناد الحكم على أدلة مزيفة أو ملفقة أو مزورة وعقوبتها في النظام

الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

إذا اتضح للمحكمة بعد انتهاء المحاكمة والفصل بين الأطراف وصدور الحكم النهائي ثم ظهر أدلة جديدة حاسمة تبين بأن الأدلة السابقة كانت مزيفة أو ملفقة أو مزورة حين إجراء المحاكمة واعتمدت عليها بشكل واضح وجلي في الإدانة، يحق للشخص المدان بناء على هذه الأدلة غير الحقيقية رفع التماس بإعادة النظر إلى دائرة الاستئناف لكي تفصل في القضية في ضوء هذه المستجدات¹⁸، وتكون العقوبة في هذه الحالة وفقاً للمادة 70 فقرة 3 فترة السجن الخمس سنوات فضلاً عن فرض غرامة مالية أو العقوبتين معاً، وتسقط

العقوبة بعد مرور عشر سنوات يبدأ سريانها عندما يصبح الحكم نهائياً¹⁹ وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

الفرع الثالث/ التأثير في شهادة الشهود

أولاً/ مفهوم التأثير في شهادة الشهود

هو وصف لجرائم متنوعة جاءت في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ضمن الجرائم المخلة بإقامة العدالة، تعمل على عرقلة شهادة الشاهد بشتى الوسائل والطرق والتأثير عليه، يمكن وصفها بجريمة التأثير في شهادة الشهود²⁰ ولها صور وأشكال.

ثانياً/ أركان جريمة التدخل في شهادة الشهود

1/الركن الشرعي: مبدأ الشرعية لجريمة التأثير في شهادة الشهود واضح كما بيّنته المادتين 69 فقرة 1 و70 فقرة أ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وقد قرّرتا عقوبة لكل شخص قام بالتدخل في شهادة الشهود بأي صورة كانت والتي حدّتها المادة 70 فقرة أ؛ وتُعمد في ارتكابها أمام المحكمة الجنائية الدولية وفقاً للمادة 71 من النظام الأساسي، وأما العقوبة المقررة لها تكون وفقاً للفقرة 3 من المادة 70.

ب/الركن المادي: يتمثل في كل نشاط مادي غير مشروع من شأنه أن يؤدي إلى جريمة ما والتي تتم بأية وسيلة ولا ضير بأن يقوم بها شخص واحد أو عدة أشخاص، ولا يشترط أن يكون الفاعل ذا صفة خاصة²¹؛ ويتكوّن الركن المادي من عناصر ثلاثة هي²² السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، ووجود علاقة السببية بين السلوك والنتيجة؛ وبذلك من خلال المادة 70 فقرة 1 نميز عدة صور وأشكال لجريمة التدخل في شهادة الشهود تمثل صور للسلوك الإجرامي في صورتيه الإيجابية والسلبية، ويمكن تحديد صور جريمة التدخل في شهادة الشهود كما يلي:

- ممارسة تأثير مفسد على الشاهد. - تعطيل مثول الشاهد أمام القضاء. - تعطيل الشاهد لغرض عدم إدلائه للشهادة. - التأثير على الشهادة. - الإنتقام من الشاهد نظير إدلائه للشهادة. - تدمير الأدلة والعبث بها والتأثير على جمعها.

وما تجدر الإشارة إليه حول صور السلوك الإجرامي الممارس على الشاهد أنّه يتم سواء بالترغيب أو التهيب، فالترغيب يتمثل في الإغراء والوعود المختلفة والرشوة وغيرها بهدف

شراء ذمة الشاهد، مقابل امتناعه عن الشهادة، والترهيب يتجلى في التهديد والوعيد وتأليب الغير عليه بقصد ترويجه وتخويله سواء كان هو المستهدف بالتهديد أو عائلته أو أقربائه ممن له علاقة وطيدة بهم كمساومة له، مقابل التخلي عن دوره في الشهادة، وأحيانا يتم الإعتماد على الأسلوبين معا.

ج/الركن المعنوي: يتّضح القصد الجنائي في علم المجرم بعناصر الجريمة وتجلّي إرادته في ارتكابها، فتعطيل مثول الشاهد أمام القضاء لا يتحقّق إلاّ بالسعي بوسائل مختلفة من أطراف شتى، وممارسة تأثير مفسد على الشاهد مهما كان نوعه لا يمكن أن يتم دون وجود نية مبيّنة لذلك، تعمل على التأثير على الشاهد بشتى السبل والوسائل الممكنة.

الفرع الرابع/ تهديد وترهيب العاملين بالمحكمة والانتقام منهم وقبول الرشوة

وهي أحد أنواع الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية في المادة 70 الفقرات : د - ه ؛ ويتم التهديد والترهيب والانتقام من طرف جهات لها مصلحة ما في النزاع المطروح أمامها، إلاّ أنّ النظام لم يبيّن زمن ومكان التهديد والترهيب بصورة واضحة ودقيقة، كما تعدّ الرشوة من الجرائم التي يعاقب عليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية في حالة قدّمت لأحد مسؤولي المحكمة، سواء كان يطلب منه أو في حالة قبولها من جهة ما وهو ما جاء في الفقرة - و من المادة 70 من نظام روما، وهو ما يمثل الركن الشرعي الذي يجرم الرشوة، أما الركن المادي فيها هو ما يتوجّب توافر شرط الصفة لمن يتوجه إليه الإغراء وهو كون المرتشي مسؤولا في المحكمة الجنائية.

كما أنّ جريمة تقديم الرشوة أو الوعد بها، هي جريمة عمدية يتّخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي سواء العام أو الخاص، وكل صور هذه الجرائم تخضع لنفس العقوبة لباقي الجرائم السابقة.

المطلب الثاني/ جرائم سوء السلوك أمام المحكمة

من بين الجرائم التي أكّد عليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، جريمة سوء السلوك أمام المحكمة، ففي نص المادة 71 من نظام روما²³، للمحكمة أن تعاقب الأشخاص المائلين أمامها الذين يرتكبون سلوكا سيئا.

الفرع الأول/ صور جرائم السلوك

تتمثّل صور الركن المادي للجريمة وفقا للقاعدة 170 من المادة 71 تعطيل إجراءات المحكمة الجنائية الدولية وتكرار نفس السلوك، ونصت القاعدة 171 من نفس المادة على تعمد رفض الامتثال لتوجيهاتها سواء كان أمرا شفويا أو كتابيا، كما بيّنت القاعدة 172 حالة شكل السلوك الذي تشمله المادة 71 إحدى الجرائم المحددة في المادة 70 وبذلك يصبح السلوك السيئ جريمة مخلة بإقامة العدالة.

الفرع الثاني/ عقوبة جرائم السلوك

تكون العقوبة متمثلة في التدابير الإدارية خلاف السجن مثل الإبعاد المؤقت أو الدائم من غرفة المحكمة، أو الغرامة أو أية تدابير مماثلة أخرى تنص عليها القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات؛ ومرد ذلك أنّ للمحكمة وقارها ومقامها الذي يجب عدم الإخلال به فللمحكمة قدسيته وهيبتها، وكل من قام بسلوك سيء أمامها وجب عقابه²⁴؛ وتكون الإجراءات المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات هي التدابير المنظّمة لمعاقبة صور السلوك المختلفة لجريمة السلوك السيئ أمام المحكمة مثلما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 71 السابقة.

في القاعدة 170 يجوز للقاضي الذي يرأس الدائرة التي تنظر في المسألة، بعد توجيه إنذار أن يأمر الشخص الذي يعطل إجراءات المحكمة بمغادرة قاعة المحكمة أو يأمر بإبعاده منها، وفي حالة تكرار سوء السلوك يمكن منعه من حضور الجلسات²⁵ وفي حالة كون سوء السلوك في الرفض المتعمد للإمتثال لأمر شفوي أو كتابي من المحكمة غير مشمول بالقاعدة 170 ويكون ذلك مقرونا بالتحذير من فرض عقوبات في حالة مخالفته يجوز القاضي أن يأمر بمنع ذلك الشخص من حضور الجلسات لمدة لا تتجاوز 30 يوما أو تغريمه إذا كان سوء سلوكه أكثر جسامة في طابعه²⁶، وإذا كان الشخص المرتكب لسوء السلوك موظفا في المحكمة أو محاميا من هيئة الدفاع أو ممثلا قانونيا للمجني عليهم يمنع أيضا لمدة لا تتجاوز الثلاثين يوما، وإذا رأى القاضي أنّه من الملائم فرض مدة منع أطول يحيل المسألة إلى هيئة رئاسة المحكمة، وهو مانصت عليه الفقرات 2 و3 من نفس المادة ولذلك فقد أقرت المحكمة عقوبة لسوء السلوك غرامة مالية 2000 أورو أو ما يعادله بأي

عملة؛ وفي حالات سوء السلوك المستمر يمكن فرض غرامة أخرى عن كل يوم يستمر فيه ذلك السلوك السيئ وتجمع هذه الغرامات، قبل تنفيذ العقوبات يمنح الشخص المعني فرصة الاستماع إلى أقواله قبل فرض عقوبة عن سوء السلوك²⁷.

خاتمة

مما سبق يتجلى أنّ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية أولى اهتماما واضحا بحسن سير عدالة القضاء واحترام هيبة القضاء، وبذلك نص على التزام الأطراف بعدم الخروج على أصول وقواعد المحاكمات، والتواجد داخل القاعة أو عدم الامتثال لأوامر المحكمة، وعليه فقد حدد مجموعة من الجرائم المخلة بإقامة العدالة: كشهادة الزور، تقديم أدلة زائفة، التدخل في شهادة الشهود، تهديد العاملين بالمحكمة وترهيبهم، الانتقام منهم بسبب أداء مهامهم القبول أو التحريض على الرشوة من قبل موظف في المحكمة، وقد وضع لها عقوبات وفقا للمادة 70 فقرة 3 التي تنص على العقوبات المقررة لمرتكبي الجرائم المخلة بإقامة العدالة حيث لا تتعدى فترة السجن الخمس سنوات فضلا عن فرض غرامة مالية أوالعقوبتين معا وتسقط العقوبة بعد مرور عشر سنوات يبدأ سريانها عندما يصبح الحكم نهائيا.

إضافة لجرائم السلوك أمام المحكمة، تعطيل إجراءات المحكمة الجنائية الدولية أو تعمد رفض الإمتثال لتوجيهاتها الشفوية والكتابية؛ وتكون العقوبة متمثلة في التدابير الإدارية خلاف السجن مثل الإبعاد المؤقت أو الدائم من غرفة المحكمة أو الغرامة أو بأية تدابير مماثلة أخرى تنص عليها القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

الهوامش

¹ للإطلاع على الجهود المبذولة في إطار الأمم المتحدة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية انظر: علي عبد القادر القهوجي: القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ط1، ص 197-207. محمود شريف بسيوني: مدخل لدراسة القانون الإنساني الدولي، القاهرة، 2003، ص 178-191.

² علي عبد القادر القهوجي: المرجع السابق، ص 311.

³ حيدر عبد الرزاق حميد: تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة، دار الكتب القانونية للنشر، المحلة الكبرى - مصر، 2008، ص 140/ لندة معمر يشوي: المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، دار الثقافة، عمان الأردن، ط1، 2008، ص95.

⁴ - مدوس فلاح الرشيد: "آلية تحديد الاختصاص وانعقاده في نظر الجرائم الدولية وفقا لاتفاق روما لعام 1998" مجلة الحقوق العدد الثاني، السنة 27، جوان 2003، ص 13/ براء منذر كمال عبداللطيف: النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار الحامد عمان، الأردن، ط1، 2008، ص 198-224؛ وأما فيما يتعلق بالاختصاص التكميلي انظر: رقية عواشيرة: "القضاء الجنائي الدولي الدائم والقضاء الجنائي الوطني تنازع أم تكامل"، مجلة الملتقى الدولي الأول "الاجتهاد القضائي في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع"، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الأول، مارس 2004، ص 156.

⁵ - لمعرفة الشروط المسبقة لممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها، انظر المادة 12 من نظام المحكمة قيدا نجيب حمد: المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2006، ص 136-137./ عبد القادر البقيرات: العدالة الجنائية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط2، 2007، ص 222-227.

⁶ - انظر نص المادة 70 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

⁷ - تنص المادة 69 الفقرة الأولى منها على أنه قبل الإدلاء بالشهادة يتعهد كل شاهد وفقا للإجرائية وقواعد الإثبات بالتزام الصدق في تقديم الأدلة إلى المحكمة.

⁸ - انظر براء منذر كمال عبداللطيف: المرجع السابق، ص 335-336./ جهاد القضاة: درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2010، ص 116.

⁹ - انظر في ذلك: براء منذر كمال عبداللطيف: المرجع السابق، ص 308./ جهاد القضاة: المرجع السابق، ص 111 وما بعدها.

Olivier DUHMEL :la cour pénale internationale- le statut de Rome-, Edition du seuil, saint amand, mai 2000, p205.

¹⁰ - انظر منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 207/ عبدالفتاح بيومي حجازي: المحكمة الجنائية الدولية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2007، ص 29 وما بعدها./ زياد عيتاني: المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ص 362.

¹¹ - تنص المادة 26 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه لا يكون للمحكمة اختصاص على شخص يقل عمره عن 18 عاما وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه انظر: إيان سكوبي: اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، ندوة علمية، جامعة دمشق كلية الحقوق، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مطبعة الداودي، دمشق، سوريا، 2001، ص 119-120.

Olivier DUHMEL :la cour pénale internationale- le statut de Rome-, OpCit, P119.

¹² - إن الضرر متوقع في الجريمة العادية على المستوى الوطني، إلا أن ما يميز المحكمة الجنائية الدولية هو جسامه الجرائم التي تدخل في اختصاصها، فضحايا الجريمة الواحدة يمكن أن يكونوا بالمئات أو الآلاف في حالة الجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الحرب، فدور الشاهد يصبح أكبر في الجرائم الدولية بالمقارنة مع دوره في الجرائم العادية في القضاء الوطني.

- ¹³ - انظر أحمد يوسف السولية: الحماية الجنائية والأمنية للشاهد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2007، ص 89.
- ¹⁴ - قيذا نجيب حمد: المرجع السابق، ص 188. / منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 276.
- ¹⁵ - الأشكال المختلفة للأدلة الكتابية المستخدمة أمام المحاكم الدولية حيث أنها تشمل المعاهدات والوثائق الدبلوماسية والأوراق الرسمية للدولة والمذكرات والبروتوكولات والمراسلات والتشريعات الداخلية والأحكام القضائية الداخلية والقرارات الداخلية ووثائق التجنس والشهادات القنصلية فيما يتعلق بالجنسية وجوازات السفر وشهادات القنصلية والخرائط والشهادات الخطية التي بين أنها تقع في منزلة متوسطة بين الدليل الكتابي وشهادة الشهود. انظر: أحمد رفعت مهدي خطاب: الإثبات أمام القضاء الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2009، ص 264.
- ¹⁶ - أحمد رفعت مهدي خطاب: المرجع السابق، ص 258-259.
- ¹⁷ - تنص الفقرة 10 من المادة 64 على كفاءة الدائرة الابتدائية إعداد سجل كامل بالمحاكمة يتضمن بياناً دقيقاً بالتدابير يتولى المسجل استكمالها والحفاظ عليه.
- ¹⁸ - منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 300. / جهاد القضاة: المرجع السابق، ص 154.
- ¹⁹ - المادة 70 فقرة 3 تنص على ما يلي: في حالة الإدانة يجوز للمحكمة أن توقع عقوبة بالسجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو بغرامة وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات أو العقوبتين معا. / منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 276. / قيذا نجيب حمد: المرجع السابق، ص 188.
- Olivier DUHMEIL : la cour pénale internationale- le statut de Rome-, OpCit, P207.
- ²⁰ - قيذا نجيب حمد: المرجع السابق، ص 188.
- ²¹ - عبدالله سليمان سليمان: المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 44.
- ²² - عصام عبد الفتاح مطر: الجريمة الإرهابية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2008، ص 102.
- ²³ - انظر نص المادة 71 من النظام الأساسي المتعلقة بالعقوبات على سوء السلوك أمام المحكمة.
- ²⁴ - خالد مصطفى فهيي: المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ط 1، 2011، ص 153.
- ²⁵ - انظر الفقرة ب من القاعدة 170 من المادة 71.
- ²⁶ - انظر الفقرة 1 من القاعدة 171 بعنوان رفض الامتثال لأمر المحكمة.
- ²⁷ - وهو ما جاء في الفقرات 4-5 من القاعدة 171 من المادة 71.

حكم القانون ومشكلة تفعيل مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان*

BENATMANE Fouzia
Faculté de droit et des sciences
politiques Université de setif 2

بن عثمان فوزية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سطيف 2

ملخص

إنّ ضمان التمتع الفعلي بجميع حقوق الإنسان، هو التزام يقع على عاتق الدولة، بصفتها المدين الأساسي بهذه الالتزامات، ومن ثمّ وجب عليها أن تبذل أقصى جهدها من أجل تحقيق حقوق الإنسان، والحدّ من الإقصاء والتمهيش والفقير والفساد. وهذا في حدّ ذاته يعزّز الحاجة إلى بناء قانوني قائم أساسا على فكرة الحق الإنساني في الكرامة والمشاركة والرفاه.

الكلمات المفتاح

حكم القانون، حقوق الإنسان، الشفافية والمساءلة، استقلالية القضاء

The Rule of law and the problem of activating the responsibility of the State towards human rights

Abstract

Ensuring the real enjoyment of all human rights, is the duty of the state, in it's capacity as the principal debtor, so the state has to work hardly to realize the human rights and eliminate the exclusion, marginalization, poverty and corruption. This reinforces the need to a legal constructing mainly based on the idea of dignity, participation and prosperity.

Keys word

Rule of Law, Human Rights, transparency and accountability, judicial independence.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/10/29 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/12/07 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Résumé

Assurer la jouissance effective de tous les droits de l'homme, est une obligation d'Etat. Ce dernier, doit de ce fait, fournir plus d'efforts pour les garantir et en même temps de réduire l'exclusion et la marginalisation, la pauvreté et la corruption. Ce qui permet de renforcer la nécessité d'une construction juridique basée essentiellement sur l'idée du droit à la dignité humaine, la participation et le bien-être.

Mots clés

La primauté du droit, droits de l'homme, la transparence et la reddition de comptes, l'indépendance de la magistrature.

مقدمة

من المؤكّد أنّ حقوق الإنسان لاقت اهتماماً واسعاً من قبل المجتمع الدولي، ظهر ذلك جلياً في كثرة الاتفاقيات الدولية، العالمية والإقليمية بشأن هذه الحقوق، وجعلها ملزمة للدول عند الانضمام إليها والتصديق عليها. غير أنّ هذا الاهتمام الواسع بحقوق الإنسان كان مُركّزاً أكثر على وضع المعايير الدولية والاعتراف، دون الوصول إلى مستوى متقدم من الانتفاع بهذه الحقوق وتحقيق التمتع الفعلي بها بالنسبة للأفراد والجماعات ومختلف فئات المجتمع الضعيفة داخل الدولة. الأمر الذي استوجب ضرورة احتكام الدولة في تعاملها مع متطلبات وحاجيات الناس إلى مرجعية القانون وسيادته على الجميع، خاصة وأنّ قضية حقوق الإنسان هي قضية وطنية عميقة.

فإلى أي مدى يمكن لمبدأ حكم القانون أن يفعل مسؤولية الدولة تجاه حقوق

الإنسان؟

وستتم معالجة هذه الإشكالية وفق الطرح التالي:

أولاً/ حكم القانون وحقوق الإنسان .. مناقشة المفاهيم، والعوامل التي تؤثر على الدولة في صياغتها للقوانين المرتبطة بحقوق الإنسان

يطرح حكم القانون (Rule of Law) إشكالية أساسية هي علاقة الفرد بالسلطة، إذ يبلور هذا المبدأ كل ما استطاعت شعوب العالم أن تحرزها من مكاسب تخص حقوق الإنسان، في سياق صراعها مع السلطة الحاكمة لإجبارها على التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق. ومن ثم فحماية حقوق الإنسان من سلطة الدولة وتنظيم العلاقة بينهم تعدّ المحور الأساسي لهذا المبدأ.

وعليه، فإنّ فهم هذه العلاقة، يفرض علينا بداية التعرض لهذين المفهومين والبحث فيما إذا كانت هناك للعوامة مأخذ في هذا المجال.

أولاً/ 1- مفهوم حقوق الإنسان

إنّ مسألة حقوق الإنسان قد استقرت في الضمير الإنساني باعتبارها جزء لا يتجزأ من نظام الحكم لكل دولة، بل وأصبحت تمثل البنيان الذي يجب أن يقوم عليه النظام السياسي والاقتصادي لأي دولة. إذ يرى "اسبور أيدي" أنّ مفهوم حقوق الإنسان يشكّل صميم الجدل العام حول البناء والتنظيم المفضّل للمجتمع. كما أنّ "دافيد ب. فورسايت" يؤكّد على أنّ حقوق الإنسان حقوق توّدي إلى مطالب أساسية ضد السلطة العامة¹. بالنتيجة فإنّ الهدف من صياغتها هو جعل العمل الحكومي أكثر إجباراً.

والمتفق عليه في العصر الحديث من قبل معظم الباحثين، أنّ الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان 1789² كان نقطة البداية الحقيقية في المسيرة المعاصرة لحقوق الإنسان، كونه له الأثر العميق في أوروبا وأميركا اللاتينية، وجاءت معظم التشريعات الداخلية والإعلانات والمواثيق والاتفاقيات بنصوص تجعل من احترام حقوق الإنسان جوهر المجتمع السياسي.

ورغم هذا الأثر لهذا الإعلان بخصوص حقوق الإنسان والمواطنة، إلا أنّه يبقى أهم حافز لهذا التنظيم والتجديد لحقوق الإنسان في العديد من الوثائق الدولية هو ما عناه العالم بشكل عام وأوروبا بشكل خاص من ويلات الحرب العالمية الثانية التي خلّفت انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان.

من هنا، بدأت ترسخّ قناعة لدى المجتمع الدولي، مفادها ضرورة وجود نوع من التلازم بين احترام حقوق الإنسان وحفظ السلم والأمن في العالم. فبدأت حركة دولية واسعة النطاق لتدوين حقوق الإنسان في الاتفاقيات الدولية، وهي ملزمة للدول حسب تعبير "فورسايت" بأنّها في حقيقة الأمر بمثابة وصف لعملية تشريعية دولية، فصنع أو إنشاء قواعد حقوق الإنسان وتنفيذها هو عملية سياسية بالأساس.

وبهذا، انتقل الاهتمام بحقوق الإنسان من المجال الوطني إلى المجال الدولي، بإنشاء منظمة الأمم المتحدة والمنظمات الدولية (الحكومية غير الحكومية) والوكالات الخاصة

المهتمة بحقوق الإنسان، وصدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذا العهدين الدوليين، ثم توالى باقي الاتفاقيات الخاصة والعامة مثل اتفاقية مناهضة التعذيب، الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وغيرها، وبرز توجه نحو عالمية حقوق الإنسان، مع الاعتراف بوجود اتفاقيات وتنظيمات إقليمية وجهوية تهتم بقضايا حقوق الإنسان (التنظيم الأوروبي، الأمريكي، الإفريقي والعالم العربي).

غير أنّ هذا الاهتمام الواسع بحقوق الإنسان كان مركّزا أكثر على وضع المعايير الدولية، أو ما يسمى بالتعزيز وهو مرحلة سابقة عن الحماية، أو كما يسميها البعض بأنّها حماية غير مباشرة. ورغم هذه العالمية المعيارية التي تتمتع بها حقوق الإنسان وقبولها العالمي من معظم دول العالم، إلّا أنّها حسب "جاك دونللي" ماتزال مرهونة بالفعل الوطني³، فهي تبقى دائما موضوعا وطنيا أساسيا وليست موضوعا دوليا من وجهة نظر الولاية القانونية الدولية.

فالنظام الوطني لحماية حقوق الإنسان يقرّر مجموعة من الأدوات التي تحدّد من تعسف السلطة العامة، تشكّل في محصلها النهائية ما يعرف بمبدأ حكم القانون.

أولا/ 2- مفهوم حكم القانون (Rule of Law)

يعدّ مبدأ حكم القانون عند القانونيين أحد أهم الضمانات التقليدية لحماية حقوق الإنسان، ويقصد به خضوع الدولة بكافة سلطاتها التشريعية والقضائية والتنفيذية للقانون. وقد توسّع بعضهم في مضمونه فجعله شاملا أيضا لتوافق تصرفات المواطنين مع القواعد القانونية السائدة في الدولة، فهو عندهم يعني: "احترام الحكام والمحكومين لقواعد القانون القائمة في بلد ما، وسريانها عليهم، سواء في علاقة الأفراد بعضهم البعض، أم في علاقات هيئات الدولة ومؤسساتها، فحكم القانون يفترض توافق التصرفات التي تصدر عن سلطات الدولة ومواطنيها مع القواعد والقوانين فيها⁴.

ولكي يتحقق مبدأ سيادة القانون بصورة عملية، يرى علماء القانون أنّه لا بد من إخضاع القوانين الصادرة في الدولة لنوع من الرقابة من قبل جهاز مستقل للتأكد من مدى موافقة هذه القوانين للمبادئ العامة التي ينص عليها الدستور، والقضاء هو الجهاز

المؤهل لذلك نظرا لما يتصف به من استقلال في الأداء، بحيث يكون لهيئة قضائية مثل القضاء العادي أو الإداري، أو كهيئة قضائية خاصة مثل المحكمة الدستورية حق النظر فيما إذا كانت القوانين الصادرة في الدولة مخالفة للدستور، وبدون هذه الرقابة يكون مبدأ حكم القانون عديم الأثر وفارغا من أي مضمون. بل أنّ هذه الرقابة - الرقابة على دستورية القوانين- تشكّل في حدّ ذاتها ضمانا لحماية حقوق الإنسان. لأنها تدفع السلطة المشرّعة في الدولة إلى التروي والاحتياط فيما تصدره من قوانين فيما مساس بالحقوق⁵.

وقد عرف الأمين العام للأمم المتحدة حكم القانون في أوت 2004 بأنّه "مبدأ من مبادئ الحكم الراشد يخضع بموجبه كل الأشخاص والمؤسسات والكيانات، سواء العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة نفسها للمساءلة أمام قوانين منشورة على الملأ، وتطوّق بشكل متساو ويقضي بشأنها بشكل مستقل، وتتماشى مع الأعراف والمعايير الدولية لحقوق الإنسان، ويتطلّب حكم القانون أيضا اتخاذ تدابير لضمان الالتزام بمبادئ سيادة القانون والمساواة والمساءلة أمامه وتحقيق النزاهة في تطبيقه، والفصل بين السلطات والمشاركة في عملية صنع القرار وترسيخ اليقين إزاء ما ينص عليه القانون وإبطال القرارات التعسفية، وتحقيق الشفافية في الإجراءات والقوانين".

كما أنّ برنامج الأمم المتحدة الإنمائي يركّز في تعريفه لحكم القانون على أنّه يجب أن تتسم الأطر القانونية بالعدالة، ولا بد من توشي الحياء في إنفاذها، وبخاصة القوانين المتعلقة بحقوق الإنسان⁶.

ويعتمد بسط وإدانة حكم القانون على الإعلان الواضح لقواعده وعلى تطبيقه دون تمييز، وعلى التنفيذ الفعّال، و على وجود أساليب متوقعة يتم فرضها قانونيا لتفسير مضمون القوانين، ومواطنون يدركون أنّ منظومة القواعد القانونية القائمة منصفة وعادلة أو شرعية ويبدون استعدادهم لإتباعها. ويضمن حكم القانون معاملة الجميع على قدم المساواة وخضوعهم للقانون، فهو يحمي المواطنين من التصرفات التعسفية للدولة كما ينظّم العلاقات بين المصالح الخاصة.

وفي ذات السياق تؤكّد المفوضية السامية لحقوق الإنسان في ملتقى سيول 2004 أنّ حكم القانون ضمانة قوية لحماية وترقية حقوق الإنسان بتوفير إطار قانوني قوي،

ودستور يدعم هذه الحقوق وبتنفيذ فعال لجميع حقوق الإنسان ، الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاجتماعية الثقافية والاقتصادية. إضافة إلى محاكم مستقلة ونزيهة، وأنواع جديدة من المؤسسات الوطنية التي تلعب دورا هاما في تعزيز الوعي بالمعايير الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، وضمان تنفيذها، وهي تعزز التصديق على الصكوك الدولية الخاصة بحقوق الإنسان والمشاركة في صياغة التشريعات وفقا لها، ومراقبة تنفيذ القوانين والمعايير الدولية على الصعيد الوطني⁷.

فالدولة تعتمد منظومة قانونية وقضائية تعمل على تأمين تكافؤ الفرص بين الأفراد، ودخل أساسي يوقر مستوى معيشة لائق، وسكن ملائم، إضافة إلى توافر شبكة واسعة من مؤسسات العناية الصحية والتعليمية، وبرامج دعم البطالة، ومؤسسات تعويض حوادث العمل، وشبكات رعاية المسنين، وتوفير وسائل إنصاف فعالة لضحايا إساءة المعاملة، وغيرها من أشكال الحماية. غير أنّ هناك عوامل قد تؤثر على الدولة وعلى منظومتها القانونية، وفي إعدادها وصياغتها للقانون الذي يؤمن الحماية لحقوق الإنسان ويلبي حاجات الأفراد، منها تأثيرات العولمة الاقتصادية وتقدير حالات الطوارئ وسبل مكافحة الإرهاب.

أولا/ 3-العوامل التي تؤثر على الدولة في صياغتها للقوانين المرتبطة بحقوق الإنسان لا شك، أنّ المتغيرات الناتجة عن العولمة قد أفرزت واقعا جديدا خصوصا بالنسبة للدولة وعلاقتها بمواطنيها، هذا الواقع له قضايا ومشاكله، بالذات إذا ما تعلق الأمر بمتغير العولمة الاقتصادية والمتغير الثاني ما اصطلح عليه بالإرهاب بعد أحداث 11 سبتمبر 2001، فكيف أثر ذلك على إرادة الدولة في صياغتها للقوانين المكرّسة والحامية لحقوق الإنسان؟

أولا/ 3-أ: بالنسبة للعولمة الاقتصادية

إنّ العولمة الاقتصادية لم تعد النظر في مفهوم المسار الاقتصادي للدول فقط، وإجبارها على دخول اقتصاد السوق، وممارسة الضغط من قبل المؤسسات المالية الدولية ومنظمة التجارة العالمية والشركات المتعددة الجنسيات، بل أيضا أثرت في طبيعة المنظومة القانونية للدول. خاصة منها الدول النامية، بإملاء عليها القوانين التي تناسبها

والتي تتكّيف مع منطق العولمة الاقتصادية ومع منطق السوق⁸. مما أدّى بأغلبية الدول إلى اعتماد بعض القوانين التي ترفع الحماية والرعاية الاجتماعية والرقابة المالية والاقتصادية، وهذا كله أدّى إلى تكريس الفقر، واللامساواة، وعدم الإنصاف في الفرص والتمهيش. بمعنى انتهاك ممنهج لجميع الحقوق خصوصا الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهذا يؤدي بالضرورة إلى تكريس اللاإستقرار الاجتماعي وشيوع الاضطرابات والعنف.

أولا/ 3-ب: بالنسبة لمكافحة الإرهاب وحالات الطوارئ

إنّ الحديث عن الإرهاب يعني الحديث عنه كمتغير سياسي متجدد وليس بالجديد، فهو مرتبط بشكل وثيق بنشأة المجتمع الإنساني، غير أنّ هجمات 11 سبتمبر 2001 أعطت لهذا المفهوم أبعادا أخرى، أين أصبح هناك شبه إجماع دولي على أنّ الإرهاب يعتبر من صميم التحديات والأخطار الجديدة للأسرة الدولية، وبات لزاما على كل دولة، التصدي لهذا الخطر لحماية أمنها وأمن مواطنيها وعدم انتهاك حقوقهم، خاصة وأنّ الإرهاب أصبح يستخدم منافع العولمة (شبكة معلوماتية ومصرفية واتصالات غير وطنية لارتكاب جرائمه).

لذلك، أصبحت مسألة إيجاد التوازن بين مكافحة الإرهاب، وما تتطلبه من إجراءات عملية لتحقيق الأمن، وبين احترام حقوق الإنسان وتلبية حاجات الأفراد، وتنفيذ الدول للإلتزامات الدولية في حماية وتوفير الحد الأدنى من هذه الحقوق وحفظ كرامة الإنسان وأدميته من أعقد الأمور التي تواجهها الدول في عالم الخوف والقتل والدمار الذي تفرضه الإيديولوجيات الإرهابية المتطرفة.

وفي هذا الصدد، نجد أنّ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يفرض ذلك الواجب الأخلاقي على جميع الدول باتخاذ كافة الإجراءات الملائمة والمناسبة لمكافحة الإرهاب. فعلى سبيل المثال، على مجلس الأمن التزام قانوني بتقديم المجرمين المتورّطين بارتكاب جرائم إرهابية إلى العدالة، وفي الوقت ذاته، نجد أنّ الإعلان نفسه يحرص على التزام الدول بحماية حقوق الإنسان⁹. حيث نصّ على التزام الدول بأن تحمي الأشخاص من التعذيب والعقاب والمعاملة القاسية واللاإنسانية المهينة، بالإضافة إلى الاعتقال والتوقيف والنفي التعسفي،

كما يفرض الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على الدول الالتزامات المتعلقة بضرورة احترام مبادئ الشرعية القانونية وحكم القانون، وأن تضمن لكل فرد مبدأ قرينة البراءة الذي يفيد بأنّ المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته، بموجب القانون، وفي محكمة عادلة يتمتع فيها بكل الضمانات القانونية في الدفاع عن نفسه.

لكن، وأمام عدم وجود تعريف متفق عليه على المستوى الدولي للإرهاب، وعدم تحديد للمصادر أو القواعد التي تقوم بهذه الأفعال، وطرق التعامل معها، فإنّ ما تنتهجه الدولة في تكييفها للأفعال على أنّها إرهاب، وما تصيغه من ترسانة قانونية وقضائية لمكافحته، يجب أن يكون داخل حدود أعمال مبدأ المشروعية وحكم القانون، وأنّ أي إجراء أمني تجاه أي فرد يجب أن يكون في إطار الكرامة الإنسانية، والسلامة الإجرائية التي نص عليها الدستور¹⁰.

ونجد أنّ منظمة العفو الدولية، كانت سباقة في التحذير من أنّ وتيرة تعديّ السلطات البريطانية على حقوق الإنسان واستقلالية القضاء قد ارتفعت منذ بداية الإدارة الأمريكية حربها على الإرهاب 2001، فالمنظمة وصفت مشروع قانون مكافحة الإرهاب الذي اقترحتة الحكومة البريطانية بأنه هجوم على مبدأ استقلالية القضاء، وحكم القانون، باعتبار أن المقترحات المقدمة تضر بالحق في حرية التعبير، والحبس التعسفي، وحق اعتبار المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته، وحقه في الحصول على محاكمة عادلة¹¹.

وبالنسبة لحالة الطوارئ، فإنّ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وصفها بـ "أوقات الخطر العامة التي تهدد حياة الأمة"¹²، وإذا كان الفقه اللاتيني قد سمح بتوسيع سلطة الدولة خلال هذه الظروف الاستثنائية، فإنّ المحكمة الأمريكية قد أكّدت منذ عام 1952 في قضية "ميلمان" على عدم المساس بالحقوق والحريات الفردية والعامة تحت أية ظروف¹³.

والملاحظ، أنّ القانون والقضاء قد يأخذ منحى آخر في حالات مكافحة ظاهرة الإرهاب ومجابهة حالات الطوارئ. وأنّ تفعيل مبدأ حكم القانون يركّز أكثر على السمات المؤسسية وعلى تعزيز النظم القانونية وتحسين إدارة العدالة لتوثيق الحماية الاجتماعية،

إضافة إلى أنّ لجنة حقوق الإنسان والمفوضية السامية لحقوق الإنسان تركّزان أيضا بهذا الصدد على الغايات المتمثلة أساسا في حماية حقوق الإنسان وليس فقط فرض النظام والقانون وتنفيذ القرارات. وستوضح هذه الفكرة أكثر في العنصر التالي بأنّ تقوية البنية القانونية والقضائية تفعّل مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان.

ثانيا/ أدوات حكم القانون في مجال تفعيل مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان إنّ تفعيل مبدأ حكم القانون يجعل الدولة ملزمة بالقانون من أجل منع التعسف، وأنّ هذه الغاية وحدها، عند البعض، تكفي لتشكيل مبدأ حكم القانون¹⁴. لأنّها تؤكّد تقييد صلاحيات مطلقة للدولة، خصوصا في الدول التي تتميز بنظم غير ديمقراطية. فحكم القانون يعمل على كبح جماح الدولة من خلال أنّها تلتزم بمجموعة من القوانين، وبذلك تكون مسؤولة تجاه حقوق الإنسان وأن لا تتعسف في استعمال سلطاتها. ويكون ذلك وفق ما يلي:

ثانيا/ 1- تنقيح التشريعات الوطنية بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان

إنّ الحماية الحقيقية ضد انتهاكات حقوق الإنسان، إنّما تقوم على تغييرات سياسية وقانونية وطنية جذرية، ومن المؤكّد أنّ الرقابة الدولية تعتبر عاملا ثانويا في إحداث هذه التغييرات، ويبقى أنّ مصير حقوق الإنسان حمايتها أو انتهاكها، التمتع بها أو الحرمان منها هو إلى حدّ كبير موضوع فعل وطني وليس دولي، وذلك عن طريق وضع المعايير الدولية موضع التنفيذ الوطني.

وعلى هذا الأساس، بات لزاما على الدولة، أن تعمل على تنقيح قوانينها الداخلية وإدماج الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في نسيجها القانوني والسياسي، وهو بمثابة تعهد من ذات الدولة بالعمل على حماية حقوق الإنسان وضمّانها. وتمكين الأفراد والجماعات من مساءلة هذه الأخيرة في حال الإخلال بالتزاماتها تجاه هذه الحقوق.

وفي هذا السياق، أقرّ المجلس الدستوري إمكانية التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صدّقت عليها الجزائر، ومنها العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. بحيث تندرج مثل هذه

الاتفاقيات في القانون الداخلي، وتخول كل مواطن جزائري أن يتمتع ويحتج بها أمام الجهات القضائية.

وحسب دستور 1989، والتعديل الدستوري 1996، فقد تم تكريس أفكار مدرسة وحدة القانون، بحيث نصت المادتان 123 من دستور 1989، والمادة 132 من التعديل الدستوري 1996 على " أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"، بالنتيجة، فإنّ الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الإنسان تندمج في القانون الداخلي الجزائري بمجرد التصديق عليها وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الدستور ونشرها¹⁵.

ثانيا /2- ضمان الحق في المساواة أمام القانون

من المفترض أنّ أية اتفاقية حقوق الإنسان تتضمن بندا خاصا بالمساواة وعدم التمييز، وأنّ مجمل دساتير الدول لا تخلو من هذا المبدأ. ذلك أنّ المساواة وعدم التمييز هي من المبادئ الأساسية للقانون الدولي لحقوق الإنسان، ولتتمتع بسائر الحقوق المحمية الخاصة¹⁶، وهو بمثابة حق عام يتفرع عنه العديد من حقوق الإنسان الأخرى، وهو نقطة البداية أو الانطلاق لكافة الحقوق والحريات الأخرى.

ورد مبدأ المساواة في المادة 07 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 "الناس جميعا سواء أمام القانون، وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز" كما تضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية نصا بهذا الشأن المادة 26: "جميع الناس متساوون أمام القانون، ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته". فالمساواة تمثل مبدأ أساسيا وحجر الزاوية لكافة النظم الديمقراطية.

والمساواة أمام القانون تعني المساواة بين من تماثلت مراكزهم أو صفاتهم القانونية في الحقوق والواجبات أو التكاليف العامة، وهي تعني المساواة في المعاملة (الالتزام ببذل عناية). فهي تستند إذا، على معنى إيجابي، قوامه التماثل بين الأفراد عند تساوي مراكزهم

القانونية، أما التمييز، فهو خلافاً للمساواة، يدور حول معنى سلبي، مؤداه عدم المساواة في المعاملة وفي الفرص¹⁷.

فالمساواة تهدف إلى إعطاء حق لجميع النساء والرجال في الحصول على الفرص المتساوية في الارتقاء الاجتماعي من أجل تحسين أوضاعهم¹⁸. فجميع الناس متساوون أمام القانون ولاسيما المسؤولين الحكوميين والأغنياء، والفقراء والنساء والأقليات، بالتالي فتفعيل هذا المبدأ يكبح جماح الحكومة من التعسف، ويؤدي إلى تغيرات في موازين القوى في المجتمع، وإعطاء السلطة أكثر إلى الناس العاديين على حساب الأفراد القوية سياسياً ومالياً، ومن ثم فهو يمثل تهديداً لأصحاب السلطة والسياسيين الذين يمكن أن يواجهوا عقوبات من أجل أخطائهم¹⁹.

ويركز مبدأ حكم القانون في مجال تفعيل المساواة على صورتين، المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس، والمساواة وعدم التمييز على أساس المفاهيم الطبقيّة-الأقليات والطبقات المنخفضة.

ثانياً/ 2-1: المساواة في النوع الاجتماعي وتمكين المرأة

في هذا المجال، مبدأ حكم القانون يستلزم إشراك المرأة في كافة مستويات صنع القرار، من تنظيم الأسرة إلى إدارة الحياة السياسية على الصعيد الوطني، فأكثر من نصف سكان العالم هم من النساء، ولا بد أن تتوفر لهم فرص متكافئة للمشاركة في صنع القرارات العامة في إطار السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية للحكم، وهناك ثلاث عناصر رئيسية وضرورية لاضطلاع المرأة بالقيادة: هي القاعدة الاقتصادية مثل إمكانية الحصول على الأموال والتحكم فيها، الوصول إلى المعلومات، والحقوق القانونية²⁰.

تتراوح قيم مقياس التمكين الجنساني من أقل من 0.3 إلى أكثر من 0.8، مما يبيّن التفاوت الهائل الموجود في شتى أنحاء العالم من حيث المساواة وتمكين المرأة، خمسة فقط من 66 بلد، هي الدانمرك وفنلندا وأيسلندا والنرويج والسويد، يتجاوز فيها مقياس التمكين الجنساني 0.8، بينما يقل مقياس التمكين الجنساني في 22 بلد عن 0.5، ونجد بعض البلدان النامية يفوق أداؤها أداء بلدان صناعية أغنى بكثير، فجزر الهاما وترينيداد،

وثوباغو تسبقان إيطاليا واليابان، ومقياس التمكين الجنساني في بربادوس أعلى بنسبة 25% مما هو في اليونان²¹.

والجزائر من ضمن هذه البلدان النامية التي تسجل إنجازا معتبرا فيما يخص تمكين المرأة على جميع المستويات، بداية بقانون الأحوال الشخصية، وقانون الجنسية، وأخيرا قانون تمثيل المرأة على مستوى المجالس المنتخبة، ووضع مسار تدريجي في نسب الترشح النسوي للمجالس المنتخبة بنسب تتراوح بين 20% و 50%، ويمثل ذلك بداية حقيقية لمشاركة المرأة الجزائرية في عمليات صنع القانون على مستوى السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان، وتعزيز دورها في الحياة السياسية، وكان ذلك وفق قانون تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة رقم 03-12، تجسيدا للتعديل الدستوري 2008 الذي أكد على ترقية الحقوق السياسية للمرأة²².

ثانيا/2- المساواة وعدم التمييز على أساس مفاهيم الطبقية والأقليات والفئات المهمشة

أما في هذا المجال، فإنّ تفعيل مبدأ حكم القانون، يؤكّد على انتهاج جميع السلطات والمؤسسات العامة الوطنية والمحلية، سياسة للقضاء على التمييز واللامساواة خصوصا اللامساواة أمام القانون، بما يتماشى مع التزام الدولة القانوني بموجب المعايير الدولية الخاصة بهذا الشأن، خاصة الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز، وضمن ترسيخ مبدأ عدم التمييز في النظام القانوني الداخلي²³. وتعزيز النظم القضائية الوطنية بما يؤدي إلى تحقيق هذه المساواة وصون القيم الدستورية المتمثلة في المساواة وحماية كرامة جميع الناس.

ثانيا/3- ضمان مبدأ استقلالية القضاء

إنّ مبدأ استقلالية القضاء دور حاسم في ثلاثة مجالات متعلقة بمبدأ حكم القانون، وفي جميع هذه المجالات يثير تطبيق مبدأ استقلال القضاء قضايا مستعصية خاصة في مدى التزام الدولة بالقانون.

فأولا استقلال القضاء يؤدي إلى تيسير تحقيق الاستقرار السياسي والعدالة، ولكن على المدى القصير (ولاسيما في حالات الطوارئ) نلاحظ أنّ الكثير من الحكومات كانت تتخوف

من أنّ الممارسة التامة لاستقلال القضاء والضمانات الحقوقية يمكن أن تعرّض النظام السياسي لمخاطر أمنية، وبصفة عامة فقد كان هذا الشعور بالتخوف مرتفعا فيما بين الحكومات خاصة في الدول النامية، إلاّ أنّه لا يمكن أبداً اعتباره نمطا مقصورا على العالم النامي. وبعد أحداث سبتمبر 2001 كانت المناظرة بين القيادات العليا في الولايات المتحدة حول الحدود المسموح بها لإتباع الإجراءات القضائية العادية، وقد اتهم البعض في كل من الولايات المتحدة الأمريكية ودول أخرى، الحكومة الأمريكية بأنّها سارعت في إغفال بعض التزاماتها تجاه سيادة القانون واستقلال القضاء تحت تهديد الإرهاب²⁴.

ومن ناحية ثانية، فإنّ استقلال القضاء يعتبر عنصرا حاسما في تنمية اقتصاديات قوية وسليمة، ففي الاقتصاديات والمجتمعات التي تزداد تعقيدا يمكن لاستقلال القضاء أن يساعد على ضمان سيادة القانون الضرورية لتفادي عدم الفعالية في الأداء والظلم والحكم التعسفي، ولهذا أبدت مؤسسات التنمية الدولية مثل البنك الدولي والوكالة الأمريكية للتنمية الدولية اهتماما متزايدا بتنمية القضاء، وهذا الاهتمام المتجدّد بالمؤسسات القضائية بما يلاقه من ترحاب كبير، كثيرا ما يصدر عن منظمات كانت من الناحية التاريخية، تكرّس اهتماما أكبر لمجالات التنمية الاقتصادية، وتجد نفسها في بعض الأحيان مطالبة بتنمية خبرات في مجال كان من الممكن اعتباره سياسيا أكثر مما ينبغي في وقت مضى²⁵.

وأخيرا، فإنّ حماية وضمان حقوق الإنسان تعتمد في جزء كبير منها على وجود سلطة قضائية قوية وعادلة ومستقلة، قادرة على وضع كل العناصر السياسية والاجتماعية موضع المحاسبة تجاه الضمانات القانونية والدستورية، وهذا الدور ينطوي على متناقضين، فمن ناحية أولى، فإذا كان من الممكن اعتبار استقلال القضاء حقا من حقوق الإنسان، فإنّ أصحاب هذا الحق (الشعب) يختلفون عن أولئك الذين يمارسون الحق (القضاة)، بمعنى أن القضاة يتمتعون باستقلالية ليس من أجل أنفسهم، وإنّما من أجل المجتمع الذي يخدمونه. ومن ناحية ثانية، فإنّ القضاة فضلا على أنهم جزء من جهاز الدولة، فهم أيضا يكونون جزء من ضمانات قوية تضع مختلف العناصر في الدولة موضع المسؤولية والمحاسبة، وهذا يتطلّب منهم التمسك بالانضباط العام، وتصحيح تصرفات

السلطات العامة كلاهما في ذات الوقت، لذلك فإنّه من المستحيل إنجاز هاتين المهمتين في نفس الوقت دون وجود استقلال حقيقي²⁶.

والواقع أنّ استقلال القضاء ليس مسألة داخلية فحسب، بل أصبح معياراً دولياً ومبدأً عالمياً لحماية وترقية حقوق الإنسان، فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 في المادة 10 منه على أنّ "لكل إنسان الحق بكامل المساواة في محاكمة عادلة وعلنية أمام محكمة مستقلة ومحايده عند تقرير حقوقه وواجباته، وأي اتهام جنائي يوجّه ضده"، وتنص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بموجب المادة 6 على أنّ "لكل إنسان عند تقرير حقوقه وواجباته المدنية، أو أي اتهام جنائي يوجّه ضده الحق في محاكمة عادلة وعلنية خلال فترة زمنية معقولة أمام محكمة مستقلة ومحايده أنشأت طبقاً للقانون"، إضافة إلى أنّ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ذكرت المادة 14 منه عناصر حق الإنسان في التقاضي وضمانات ذلك الحق والإعمال الأمثل في المحاكمة العادلة".

وفضلاً عن ذلك، فقد اعتمد مجلس الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، والذي عقد في ميلانو في الفترة من 26 أوت إلى 6 سبتمبر 1985، عدداً من المبادئ التي تكفل استقلال القضاء والمعروفة بالمبادئ الأساسية لاستقلالية القضاء.

وقد اعتمدت هذه المبادئ بعد ذلك بموجب قراري الجمعية العامة 32 الأول رقم 40/ في 1985/11/29 والثاني رقم 146/40 في 1985/12/13، وبتصديقها على هذه المبادئ، لم تحاول الجمعية العامة ابتكار نظام واحد لكل البلدان، ولكن بدلاً من ذلك أعلنت في وثيقة من عشرين مبدأً عاماً واجبة التطبيق بغض النظر عن النظام السياسي والقانوني السائد، وقد أدركت هذه الوثيقة وجود فجوة ما بين المبادئ النظرية والممارسة الفعلية، ذلك أنّ الحكومات لم تعر اهتماماً كبيراً لهذه المبادئ في تقرير استقلالية نظمها القضائية²⁷.

فاستقلالية القضاء تتطلب مؤسسات وقوانين وممارسات فعالة تمنع التعسف في ممارسة السلطة وانتهاك حقوق الإنسان²⁸، وتعمل على كبح جماح الدولة وجعلها تلتزم بالقوانين، ومعرضة للمسؤولية والمحاسبة.

ثالثا/ معوّقات تفعيل مسؤولية الدولة تجاه حقوق الإنسان في الجزائر

إنّ الجزائر، وفي سبيل الوصول إلى تنمية مجتمعية شاملة، فإنها باشرت جملة من الإصلاحات القانونية والسياسية في سبيل ترسيخ حكم القانون وضمان انتفاع المواطن بحقوقه السياسية، المدنية، الاجتماعية، الاقتصادية والثقافية²⁹. غير أنّ الواقع يثبت أنّ هناك اختلالات عديدة تحول دون تفعيل مسؤولية الدولة تجاه هذه الحقوق، وذلك ضمن مستويات متعددة، نذكر منها:

ثالثا/1- على مستوى مبدأ الفصل بين السلطات

يعتبر هذا المبدأ قمة الضمانات الدستورية لحماية حقوق الإنسان في مواجهة الدولة، فلا قيمة للقوانين إذا لم تكن السلطات موزعة بين هيئات مختلفة تعمل من أجل تحقيق المصلحة العامة، بحيث توقف كل سلطة السلطة الأخرى عند اعتدائها على اختصاصاتها أو تجاوزها للقوانين. وقد أثبتت تجارب شعوب العالم، وبخاصة الشعب الجزائري أنه إذا اجتمعت السلطات الثلاث في جهة واحدة فستنتهي الحرية، في حين، لو تم توزيع هذه السلطات بين هيئات مختلفة فإنّ ذلك يؤدي في الغالب إلى حماية الحقوق وضمان انتفاع الأفراد والمواطنين بها.

وقد تبنت الجزائر هذا المبدأ بموجب دستور 1989، وكرّسه نص التعديل الدستوري لعام 1996، غير أنّ الأمر لا يخلو من التعقيد سواء على مستوى النص القانوني أو على مستوى الممارسة. فهناك تداخل كبير بين السلطات، وهيمنة واضحة للسلطة التنفيذية على بقية السلطات مجسدة في الصلاحيات الواسعة الممنوحة لرئيس الجمهورية، ونخص بالذكر ما جاءت به المواد 78، 101، 124، 154، 164 من دستور 1996 على حساب تفعيل مبدأ الفصل بين السلطات والذي يعدّ مطلباً جوهرياً لإرساء مبدأ حكم القانون.

ثالثا/2- على مستوى الشفافية والمساءلة

الشفافية والمساءلة مقوم أساسيين من مقومات مبدأ حكم القانون وتجسيد دولة الحق والقانون على أساس فلسفة حقوق الإنسان، فهما مفهومان مترابطان يعزّز كل منهما الآخر، ففي غياب الشفافية لا يمكن وجود المساءلة، وما لم يكن هناك مساءلة فلن يكون للشفافية أية قيمة.

فالشفافية تقوم على التدفق الحر للمعلومات، وعلى أن تُفتح المؤسسات والعمليات المجتمعية مباشرة للمهتمين بها، وأن تتاح المعلومات الكافية لتفهمها ومراقبتها. في حين، تعني المساءلة أن يكون متخذو القرارات في الدولة، خاضعين للمساءلة من قبل الناس، وكذلك من قبل المؤسسات المعنية³⁰.

فمن حق كل مواطن أن يراقب ويفهم، ويقرر مختلف القرارات والمشاريع، فالحق في المعلومة يمكن الفرد العادي من مناقشة القرارات العامة، بل وحتى تقديم الطعون أمام الجهات القضائية المختصة، كما أنه يحدّ من تعسف السلطة، لأنه يذكر المسؤولين بأنهم ملتزمون ومستولون في مواجهة المواطن³¹.

على هذا الأساس، وفي محاولة لوضع وصف مختصر لحالة الشفافية والمساءلة في الجزائر، ومدى تمكّن المواطن الجزائري والمؤسسات المعنية من مساءلة أصحاب القرار، من دون أن نلتزم تماما بمضمون "المسح السنوي لمؤشري إبداء الرأي والمساءلة ونوعية الحكم" الصادر عن البنك الدولي لعام 2008 و2012، نعرض الأرقام التالية:

وضع الجزائر على مؤشر إبداء الرأي والمساءلة، ومؤشر نوعية الحكم لعامي: 2008،

2012، 2013

السنة	مؤشر إبداء الرأي والمساءلة (100-1)	مؤشر نوعية الحكم (2,5+، 2,5-)
2003	17,31	1,14-
2008	19,70	1,01-
2012	22,75	0,91-
2013	29,38	0,68-

Source : www.worldbank.org/wbi/governance

والملاحظ، أنّ الجزائر تسجّل نسبا مئوية أقل من 25% وأعلى من 10% على مؤشر إبداء الرأي والمساءلة، وهو ما يعني أنّها في وضع مقارن ضعيف، يوجي بتدني مستوى تمتع المواطنين بحقوقهم كالحق في المعلومة والتعبير والمساءلة والمشاركة في صنع القرار. كما

يُوحى أيضا بانعدام ثقة المواطنين في المؤسسات الديمقراطية الموجودة في الدولة. إضافة إلى مؤشر نوعية الحكم الذي يبقى دون المتوسط، وهو ما يُعزى إلى وجود تدني حقيقي في مستوى انفتاح المؤسسات السياسية، وغياب شفافية الحكومة وتقييد حرية الإعلام والصحافة.

فالمواطن الجزائري، بات يدرك باستمرار بأن ما تقوله السلطة ليس هو ما تفعله، وأنّ الدولة ممثلة في هيئاتها تنفق أموالا ضخمة تدفعها الخزينة العمومية لأجل تحسين الخدمات، وتنفيذ حقوق الإنسان من صحة وتعليم وسكن وعمل وغيرها، غير أنّ المخرجات تنافي تماما المدخلات، وهذا باعتراف السلطة ذاتها، وهو ما عبر عنه رئيس الدولة بتاريخ 2006/06/25 "... إنّ محاربة ما تفضى من ممارسات من مثل الفساد والرشوة والمحاباة والتدخلات، أضحت حتمية.."، وأول آلية وأنجع آلية لمحاربة هذه الآفات، وجعل أصحاب القرار ملتزمون ومسئولون في مواجهة المواطن، هو دسترة الحق في المعلومة كأساس متين لتفعيل مسؤولية الدولة تجاه حقوق وحرّيات الأفراد والجماعات.

ثالثا/3 على مستوى المجتمع المدني

يشكّل المجتمع المدني في أي دولة رأس المال الاجتماعي، حيث يعمل على إشراك الأفراد والجماعات في الأنشطة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، وهي بذلك، تؤكّد على وجود تنظيمات ومؤسسات قادرة على التأثير في السياسات العامة، والحصول على حق الدخول للموارد العامة، وبشكل خاص للفئات الفقيرة والمهمشة. وأيضاً لها دور تشخيص لتوضيح الحقائق، وإتاحة الفضاء الملائم لاستنباط الحقائق المتعلقة بالقرارات التي يتخذها المسؤولون والتي تمس حياة الناس في المجتمع³². بأن تكون جادة في متابعتهم وجعلهم دائما عرضة للمساءلة أمام من يخدموهم.

غير أنّ الأمر مختلف إذا نظرنا لقانون الجمعيات رقم 06-12، والذي جاء لإعادة هيكلة المجتمع المدني في الجزائر، فرغم أنّ هذا القانون جاء نتيجة الإصلاحات السياسية التي بادر بها رئيس الجمهورية في شهر أفريل 2011، إلاّ أنّه كرّس هيمنة الدولة من خلال منح الجهات الإدارية الحق في اعتماد مختلف الجمعيات أو رفضها، والإشراف والمراقبة البيروقراطية على نشاطها، والتدخل في شؤونها، أو حلّها، وحظرها في بعض المجالات،

إضافة إلى القيد المالي وحصر مصادر التمويل. وهذا ما ينتقص من استقلاليتهما ويُضعف فعاليتها في عملية الدفاع عن حقوق الإنسان وتأمين حمايتها وترقيتها. وعلى الرغم من أنّ الجزائر انضمت إلى عدد من اتفاقيات حقوق الإنسان، إلا أنّها لم تُدخل التعديلات الجديّة على تشريعاتها الداخلية حتى تتواءم مع هذه الاتفاقيات، خصوصاً ما يتعلق بالجمعيات. وحتى منظمات المجتمع المدني الخاصة بحقوق الإنسان فإنّه لا يتم إنشاؤها بنص دستوري أو تشريعي حتى نضمن أنّها قادرة على فرض كوابح وضوابط على سلطة الدولة، وأيضاً تكون قادرة على رصد الإساءات الاجتماعية والانتهاكات الحاصلة لحقوق الإنسان ومن ثم إمكانية تفعيل مسؤولية الدولة تجاه هذه الحقوق. وإنّما تنشأ بواسطة عمل من أعمال السلطة التنفيذية، مثل اللجنة الاستشارية لحقوق الإنسان المنشأة بمرسوم رئاسي³³، ما يجعلها تعمل وفق مبدأ التوظيف للسلطة الحاكمة.

ثالثاً/4- على مستوى استقلال وحياد القاضي

لقد كرّس دستور 1996 مجموعة من المبادئ التي من شأنها أن تجعل الجزائر دولة الحق والقانون، منها ما تعلّق بتكريس استقلال القضاء ووصفه بالسلطة ضمن المواد 138-158، ومنها ما يخص مبدأ حياد القاضي بشكل أساسي وجعله لا يخضع إلا للقانون وفق نص المادة 147، ويحميه القانون من كل أنواع الضغوطات والتدخلات، وكل ما من شأنه أن يمس بنزاهة أحكامه من أي جهة كانت بحسب نص المادة 148، ولا تتم محاسبة القاضي إلا أمام المجلس الأعلى للقضاء بصفته المجلس التأديبي للقضاة، كما أنه يعدّ ضماناً قوية لتكريس مبدأ استقلال القضاة وفق المواد 149، 155.

غير أنّ هذا الاهتمام الواضح بسلطة وسيادة القاضي في أداء عمله، تقابله أسانيد قانونية تفرغ مبدأ الاستقلالية والحياد من محتواه. فبغض النظر عن مبدأ الفصل بين السلطات، يملك رئيس الجمهورية في الظروف العادية بعض الوظائف القضائية باعتباره القاضي الأول في البلاد، وهو حقه في إصدار العفو وتخفيض العقوبات واستبدالها³⁴، وكذا سلطته في تعيين القضاة³⁵.

أما في الظروف الاستثنائية، فقد خول المشرع لرئيس الجمهورية جملة من التدابير ذات الصبغة القضائية، بحجة اتخاذ إجراءات وقائية أو استعجاليه لاستتباب الأمن والنظام العمومي، وهي تدابير تمنح لرئيس الجمهورية حق التدخل المباشر والواضح في اختصاصات السلطة القضائية ما يمس بمبدأ الفصل بين السلطات، ويؤثر على الاستقلال الوظيفي للقاضي وبخاصة مبدأ حماية حقوق الأشخاص وحقهم في محاكمة عادلة³⁶. وهذه الإجراءات هي خاصة لا تخضع لرقابة القضاة، مثل الاعتقال الإداري³⁷، والوضع تحت الإقامة الجبرية³⁸. ما يعني صعوبة تفعيل مسؤولية الدولة في هكذا تصرفات، طالما أنّ هذه الأخيرة هي من تضع الحجج القانونية لتبرير أعمالها بخصوص حريات الأفراد.

خاتمة

وأخيرا، فإن الحديث عن حكم القانون واستقلالية القضاء وحقوق الإنسان يطرح أمرا في غاية الأهمية بالنسبة لدولة مثل الجزائر، وهو-كما رأينا- سيطرة السلطة التنفيذية، أو الميل لإرضاء الحكومة، والذي ينجّر عنه قدرة الحكومة على عدم التقيد الدائم بحكم القانون، بالتالي إمكانية عدم تفعيل مسؤوليتها تجاه حقوق الإنسان. لذلك، يتطلّب الوضع ليس فقط مجموعة من الآليات القانونية حتى نضمن وفاء الدولة بالتزاماتها تجاه مواطنيها، مثلما حدث مع مبادرة الإصلاح السياسي المعلن شهر أفريل 2011، والتي حاول من خلالها النظام السياسي في الجزائر امتصاص غضب الشارع، والحيلولة دون وصول ما يسمى ب"الربيع العربي". وإنّما ضرورة اتخاذ تدابير وإجراءات حاسمة وجريئة لوضع إستراتيجية جديرة بتقوية الدولة وحماية حقوق الناس. وهذا لن يتم -حسب تصوري- إلاّ بإعادة النظر في مفهوم القانون بالنسبة للدولة، بأن تكون لدى المسؤولين والمعارضين وكل النخب في الجزائر قناعة أساسية، مفادها أنّ الدولة تقوم على فلسفة حقوق الإنسان وليس على مفهوم القانون فقط، لأنّ هذا الأخير ليس بالضرورة حامي وضامن لحقوق الإنسان. وبالنتيجة، أن يكون النظام السياسي مفتوح على المواطن ومحاسب من طرفه، ومنها مدى مشاركة المواطنين في المسائل العامة، بما يجعل القرارات الرسمية تستجيب لحاجاتهم، ومدى شفافية القرارات الحكومية، أي

معرفة الناس بالطريقة التي وُضعت بها هذه القرارات والأسس التي تتأسس عليها³⁹، ومنها أيضاً أن تقوم الدولة بالتأسيس لإستراتيجية وطنية تقوم بعمل استباقي لاحتواء الأزمات. فمن منظور حقوق الإنسان، فإنّ التزامات الدولة تجاه المواطنين والجماعات تتطلب أن تكون هذه الأخيرة لها من القدرة ما يؤهلها لممارسة صلاحياتها وضمان توفير الخدمات الأساسية قصد الوفاء بحقوق الإنسان وصون الحريات العامة، وتمكين مواطنيها من مساءلتها في حال الإخلال بتلك الالتزامات.

الهوامش

¹- أنظر: دافيد ب. فورسايت، حقوق الإنسان و السياسة الدولية، ترجمة، محمد غنيم، الجمعية المصرية للنشر و المعرفة و الثقافة العالمية، ط1993. ص76.

²- وقد عبّر هذا الإعلان عن أربعة مبادئ أساسية: 1- يولد الناس ويظلون أحراراً متساوين في الحقوق، 2- حرية الرأي والتعبير، 3- حق المواطنين في إدارة بلادهم، 4- على السلطة أن تراعي التوازن بين حقوق الأفراد من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى. للمزيد من التفصيل حول هذا الإعلان انظر: رضوان زيادة، مسيرة حقوق الإنسان في الوطن العربي، المركز الثقافي العربي، 2000، ص29-31.

³- انظر في تفصيل ذلك: -جاك دونلي، -حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق، ترجمة مبارك علي عثمان، مراجعة محمد فرحات، المكتبة الأكاديمية 1998، ص89.

⁴- انظر: هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، دار الشروق، 2003، ص339-340.

⁵- غير أنّ هناك من يقسم تعريفات سيادة القانون إلى فئتين: التعريفات التي تؤكد على الغايات النهائية التي يفترض أن يحققها حكم القانون للمجتمع، مثل فرض القانون، والنظام وإصدار أحكام وقرارات يمكن التنبؤ بها وفعالة.

التعريفات التي تسلط الضوء على السمات المؤسسية التي يعتقد أنها ضرورية لتفعيل حكم القانون، مثل القوانين الشاملة، المحاكم المستقلة ذات الأداء السليم، وأجهزة تطبيق القوانين حسنة التدريب. ولأسباب تاريخية وعملية وقانونية، فإنّ العلماء والفلاسفة أثروا النوع الأول من التعريف، في حين الممارسين لحكم القانون والمهتمين ببرامج التنمية وحقوق الإنسان يميلون إلى استخدام النوع الثاني من التعريف. للاطلاع Rachel Kleinfeld Belton, **Competing Definitions of the Rule of Law, Implications for Practitioners**, CARNEGIE Papers , Rule of Law Series, Democracy and Rule of Law Project ,Number 55. January 2005. بصورة مفصلة على هذه التعاريف أنظر:

⁶-انظر التقرير: الأمم المتحدة، تقرير الأمين العام عن: حكم القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع، 3 أوت 2004.

⁷- راجع الوثيقة:

UNDP, **Governance for sustainable Human development**. AUNDP Policy document, January 1997. pp.39

8- انظر :

OHCHR & UNDP, Séminaire sur les **Pratiques de Bonne Gouvernance pour la Promotion des Droits de L'homme**, S'eoul 15-16 septembre 2004, op.cit.

⁹ انظر: ونيسة الحمروني الورفلي، العولمة و الدولة، دراسة أثر العولمة على وظائف السلطة السياسية، دار النشر أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ط1، 2004، ص94-95.

¹⁰ انظر: رائد سليمان أحمد الفقير، جدلية الأمن وحقوق الإنسان في عالم الإرهاب.

[http:// www.resgar.com](http://www.resgar.com)

¹¹ انظر: رائد سليمان أحمد الفقير، جدلية الأمن وحقوق الإنسان في عالم الإرهاب، مرجع سابق.

¹² انظر: منظمة العفو الدولية، أمнести تحذّر: انتهاك مبدأ استقلالية القضاء وحكم القانون.

[http:// www.amnesty.com](http://www.amnesty.com)

¹³ انظر: المادة 4 من البند الأول للاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية.

¹⁴ انظر: نجاد البرعي، سيادة القانون، حقوق الإنسان والظروف الاستثنائية في مجتمع ديمقراطي، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ص 9-10.

[www. Ug-law/downloads/the-rule-of-law-human-rights-and-the-special-circumstances-in-a-democratic-society-ar.pdf](http://www.Ug-law/downloads/the-rule-of-law-human-rights-and-the-special-circumstances-in-a-democratic-society-ar.pdf)

15- انظر:

Rachel Kleinfeld Belton, **Competing Definitions of the Rule of Law, Implications for Practitioners.**

Op.cit, pp.15

¹⁶ انظر: فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص 75.

¹⁷ انظر: محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان- الحقوق المحمية، الجزء

الثاني، دار الثقافة، 2007، ص120، 119.

¹⁸ انظر: المرجع نفسه، ص122.

¹⁹ انظر: حسن كريم، الحكم الصالح، مرجع سابق.

²⁰ انظر:

Rachel Kleinfeld Belton, **Competing Definitions of the Rule of Law, Implications for Practitioners.**

Op.cit, pp.17

21 - انظر التقرير:

UNDP, Human Development Report 2002, **Dee ping Democracy in Fragmented World.** Op.cit, pp. 130

²² راجع الوثيقة:

UNDP, **Governance for sustainable Human development.** op.cit, pp.42

²³ انظر المادة 31 مكرر 3، " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في

المجالس المنتخبة". القانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري.

²⁴ انظر التقرير:

UNDP, Human Development Report 2002, **Dee ping Democracy in Fragmented World.** Op.cit, pp. 137

²⁵ فقد أكد أحد علماء القانون الأمريكيين البارزين أنه "حتى ولو تطلّب الأمن القومي أن تتجاهل حكومتنا

الحقوق التقليدية الممنوحة للمجرمين المتهمين عند ملاحقة ومحاكمة الإرهابيين المشتبه فيهم، فيجب رغم ذلك

أن تدرك إن اتخاذها لمثل هذا الشكل من التصرف، يعني أنها تعمل بصورة غير منصفة، وبالتالي يتوجب عليها عدم المساس بهذه الحقوق، إلا إذا كان ضروريا، ويمكن إقامة الدليل عليه" وقد تحجج بأن التصرفات الأمريكية لم تف حتى بهذا المعيار السخي، انظر: قاتان براون و عادل عمر الشريف، استقلال القضاء 2005، دراسة مقدمة إلى برنامج إدارة الحكم في العالم العربي، لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي.

<http://www.pogar/publications/judiciary/sherif/gud-independence-a.pdf>

²⁶ انظر: قاتان براون و عادل عمر الشريف، استقلال القضاء 2005، مرجع سابق

²⁷ انظر التقرير: برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، التقرير الإقليمي المقارن لوضع القضاء في بعض الدول العربية.

[www.pogar.org/publications/books/rule of low](http://www.pogar.org/publications/books/rule%20of%20law)

²⁸ فهذه الحكومات لم تعر مثلا اهتماما لمبدأ الفصل بين السلطات كأهم ضمانة لمبدأ استقلالية السلطة

القضائية، فغالبا ما تكون السلطة التنفيذية هي المهيمنة ماليا وإداريا على السلطة القضائية.

²⁹ انظر التقرير:

CHCHR . Good Governance Practices for Protection of Human Rights. Op.cit, pp. 45-46

³⁰ من جملة هذه الإصلاحات القانونية والسياسية التي باشرتها الجزائر هي إصدارها لمجموعة من القوانين أهمها

كان عام 2006 والمتعلق بمكافحة الفساد، بما فيه جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ. ثم جاءت سلسلة

القوانين التي كانت بمناسبة الإعلان عن مبادرة الإصلاحات السياسية في 2011 كاستجابة للتحويلات الداخلية

والإقليمية، وتزايد احتجاجات المواطنين المطالبة بضرورة الإصلاحات وإحداث التغيير في نمط ممارسة الحكم

والتعامل مع متطلبات المواطنين، فكانت إلى الوجود عام 2012 القوانين الستة، وهي: إلغاء حالة الطوارئ، قانون

الانتخابات 01-12، قانون تنافي العهدة البرلمانية 02-12، قانون تمثيل المرأة في المجالس الانتخابية 03-12، قانون

الأحزاب السياسية 04-12، قانون الجمعيات 06-12،

³¹ للاطلاع على موضوع الشفافية في صنع السياسات العامة والشروط التي يجب ان تتوفر في المعلومة، راجع:

عماد الشيخ داود، الشفافية ومراقبة الفساد، ص(135-168)، ورقة قدمت في الندوة الفكرية التي نظمها

مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي بالاسكندرية: الفساد والحكم الصالح في البلاد

العربية، ط1، بيروت، ديسمبر 2004.

³² انظر في تفصيل ذلك:

Robert vanghn, **les mécanismes de transparence** :L'ouverture des institutions et l'obligation de rendu compte. [www. VSNFO. State. gov/](http://www.VSNFO.State.gov/).

³³ أنظر: سعد الدين ابراهيم، دور وسائل الإعلام العربية في دعم ثقافة المجتمع المدني، حلقات نقاشية، مركز

ابن خلدون للدراسات الانمائية، دار الأمل للنشر والتوزيع، سبتمبر 1997، ص 31، 32.

³⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 71/01، المؤرخ في 25 مارس 2001 والمتضمن احداث اللجنة الوطنية الاستشارية

لتلرقية حقوق الانسان وحمايتها، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 18، بتاريخ 28 مارس 2001.

³⁵ - انظر المادة 77 فقرة 7 من دستور 1996.

³⁶ - انظر المادة 78 فقرة 7 من دستور 1996.

³⁷ انظر: شيخي شفيق، الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، فرع -تحويلات الدولة-، مدرسة الدكتوراه في القانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر 2010-2011، ص51.

³⁸ انظر المواد 4، 5 من المرسوم الرئاسي رقم 91-96 المؤرخ في جوان 1991 والمتضمن تقرير حالة الحصار.

³⁹ انظر المواد 2، 3، 4، 5، من المرسوم التنفيذي رقم 91-202، والمؤرخ في 25 جوان 1991، يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها.

سيادة الدول و حقوق الإنسان*

BOUDOUR Mabrouk
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques, Université de M'ssila

بودور مبروك
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة مسيلة

ملخص

انبثقت العديد من المبادئ عن ميثاق الأمم المتحدة فيما يخص حماية سيادة الدول، ولعل من ضمن هذه المبادئ مبدأ عدم التدخل، والذي يعد الأكثر حساسية، لأنه يجمع بين سيادة الدول من جهة، وعدم انتهاك هذه الدول لحقوق الإنسان من جهة أخرى. حيث نجد ميثاق الأمم المتحدة قد نص على مبدأ عدم التدخل في المادة الثانية فقرة سبعة (7/2).

وأيضاً هناك مجموعة من الإعلانات التي صدرت من الجمعية العامة في هذا الشأن، وهي إعلان عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها" الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 1965، بالإضافة الى إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1970. ولهذا فإننا سوف نتناول في هذه المداخلة ما سبق ذكره اضافة الى الرؤية القانونية حول مخالفة كثير من الدول ميثاق الأمم المتحدة في قضيتي ليبيا وسوريا على وجه الخصوص إضافة الى دول عربية أخرى، وكذلك تدخل الأمم المتحدة مدعومة بالقوة الغربية لأجل تغيير الحكم واستعمال أساليب تضليلية، والدراسة هذه لن تخلو من الاستشهاد بقواعد القانون الدولي وأحكام المحاكم الدولية.

لنخلص في نهاية الأمر الى مدى جدية هذه الدعوات في التدخل لحماية المدنيين

العزل

(حماية حقوق الإنسان) وهل تتوافق مع أحكام القانون الدولي أم لا ؟

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/04/29 وتمّ تحكيمة بتاريخ 2014/05/20 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

الكلمات الدالة

حقوق الإنسان، التدخل الإنساني، السيادة، مبدأ عدم التدخل، الأمم المتحدة، العلاقات الدولية، مجلس الأمن.

the sovereignty of countries and human Rights

Summary

In most of the principles of the UN Charter with regard to the protection of the sovereignty of states, we find that the principle of non-interference most sensitive, because it combines state sovereignty on the one hand , and the rights of man, on the other.

The Charter of the United Nations text on the principle of non-interference in Article II, paragraph seven (7/2).

There is also a set of statements issued by the General Assembly in this regard, the statement of non-interference in the internal affairs of States and the protection of their independence and sovereignty, "Published December 21, 1965, In addition to the Declaration on Principles of International Law concerning friendly Relations and cooperation among States, dated October 24, 1970.

That is why we will discuss in this presentation of the foregoing, in addition to the legal view of the violation of most states of the United Nations Charter in cases of Libya and Syria in particular.

As UN intervention supported by the west force a change of government and the use of methods of disinformation.

This study is not without citation to the rules of international law and the provisions of international tribunals.

Referring to the compatibility of these measures with international law

Key words

Humman Rights, Humanitarian intervention, Sovereignty, Non-intervention principle, United nations, Inernational relation, Security Council.

Résumé

Dans la plupart des principes de la Charte des Nations-Unies à l'égard de la protection de la souveraineté des Etats, nous constatons que le principe de non-ingérence est le plus sensible, parce qu'il combine la souveraineté des Etats d'une part, et les droits de l'homme, d'autre part. Le principe de non-ingérence est prévu à l'article 2/7 de la charte des Nations-Unis. Un certain nombre de déclarations sont émises également, à cet égard, par l'Assemblée générales des Nations-Unis, tels que la déclaration de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de la souveraineté ", publiée le 21 décembre 1965, et de la

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et de coopération entre les États, du 24 octobre 1970.

C'est pourquoi, nous allons aborder dans cet article, en plus de ce qui précède, la vision juridique de la violation de la plupart des Etats de la Charte des Nations-Unies dans les cas de la Libye et de la Syrie, ainsi que l'intervention de l'ONU soutenue par la force occidentale dans le changement des gouvernements et de l'utilisation des méthodes de désinformation. Pour ce faire, nous nous référons aux règles du droit international et à la jurisprudence des tribunaux internationaux.

Mots clés

Droits d'homme, l'intervention humanitaire, la souveraineté, principe de non-intervention, Nations Unies, les relations internationales, Conseil de sécurité.

مقدمة

تتكون الدولة من ثلاثة أركان، حيث يتمثل الركن الأول في وجود جماعة من الناس يطلق عليهم اصطلاحاً اسم الشعب والأمة على حسب الأحوال، ويمثل الإقليم أو الوطن الركن الثاني، بينما يتمثل الركن الثالث في خضوع هذه الجماعة من الناس لنظام سياسي وهذا هو جوهر السيادة¹.

فالسيادة تعني السلطة العليا في النظام السياسي، أي الأعلى الذي يفوق الآخرين مرتبة وقيمة وقوة، والسيد لغة هو الذي يملك تدابير السواد الأعظم، ففي الزمن الماضي لم تكن سلطة الملوك والأباطرة مستمدة من مفهوم السيادة وإنما كانت تستمد مسوغها منها نفسها لامتلاكها القوة القاهرة، أما في الغرب الناشئ فقد اكتسب مفهوم السيادة مطلع العصر الحديث بعداً سياسياً جديداً².

و تعتبر السيادة معياراً حقيقياً للدولة ومميزة لها في المجتمع الدولي، حيث يوجد بعض أشخاص القانون الدولي تشترك مع الدولة في عدة خصائص واختصاصات دولية، و فعالية التأثير متعدد الأوجه في العلاقات الدولية مثل المنظمات الحكومية وغير الحكومية والشركات العابرة للقارات³.

و يظهر جلياً أن للسيادة مفهومين، فداخليا مضمون السيادة ايجابي نظير سموها في المجتمع، و هو ما يتيح لها الحرية التامة في اتخاذ القرارات ووضع القانون واحتكار العنف المشروع.

أما خارجيا فإن مفهومها يصبح سلبيا و ذلك بعدم قبول أية سلطة أعلى منها، فالسيادة الخارجية تعني عدم اقرار الدولة لأية سلطة فوقها، حيث لا تتقيد دوليا إلا بالاتفاقيات الدولية التي عقدتها وصدقت عليها بنفسها⁴، لكن الحقيقة التي تجدر الإشارة إليها أنه كلما التزمت الدولة من خلال ابرامها للاتفاقيات والمعاهدات كلما قيدت سيادتها⁵، وقد فصلت محكمة العدل الدولية سنة 1923 في قضية ويمبلدون "Wimbledon"، حيث قالت أن المعاهدات والاتفاقيات التي تلزم بها الدولة نفسها وبالتالي تقيد سيادتها، ما هي في الواقع إلا تطبيق للسيادة⁶.

وقد نص ميثاق الأمم المتحدة في المادة (1/2) على أن من مبادئ الأمم المتحدة أن: "تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها"، كما نصت الفقرة (7) من نفس المادة على أنه: "ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، و ليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق..."

كما نصت العديد من الاتفاقيات والإعلانات الدولية على ضرورة احترام سيادة الدول⁷. و السيادة تتراوح بين مطلقة ونسبية، فالسيادة المطلقة تعني قدرة الدولة على رفض التدخل في شؤونها الداخلية من أي جهة كانت، حيث لا تخضع في أثناء مباشرة سيادتها لأية سلطة خارجية إلا برضاها واستجابة لمصالحها الوطنية، والبعض يرى أن مفهوم السيادة المطلقة قد يتوافق و مفهوم السيادة الحديث⁸، أما السيادة النسبية فهي عكس ذلك.

فالدولة تتميز باحتكارها العنف المشروع (القوة المادية)، فهي التي تتكفل بحفظ النظام واستتباب الأمن المجتمعي ودعم التنظيم الاجتماعي و الاقتصادي، حيث نجد أن الدول الأوروبية في مؤتمر ويستفاليا 1648 اتفقت على مبدأ السيادة الإقليمية من أجل تحقيق السلام العالمي، و أعترفت للدولة بحرية تعاملها مع أفراد شعبيها اللذين يقيمون داخل أراضيها معتبرة ذلك مسألة داخلية، كما لم تكن حقوق الإنسان جزءا من سياسة الدولة رغم بعض الاستثناءات منذ مؤتمر ويستفاليا وحتى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948.

لكن هذا النظام من السيادة أصبح ضعيفا في نهاية القرن العشرين، حيث لاحظ الفقه الفرنسي أن هناك ظواهر متعددة وبسبب طبيعتها لا تستطيع الحكومات السيطرة عليها لأنها تنبثق في وقت واحد و من أماكن متعددة وتهتم الكثير من الدول، مما أدى إلى اختلاف قدرات الدول تدريجيا وبشكل متفاوت فيما يتعلق بممارسة سيادتها في ضبط عمليات تدفق المعلومات والأموال والسلع و البشر عبر حدودها، بل أن القوة الاقتصادية الكبرى للشركات العملاقة تسمح لها بممارسة الضغط على حكومات الدول و التأثير في قراراتها السيادية، مما دفع الى التساؤل عن مستقبل الدول القومية في ظل هذه التحولات⁹.

والشاهد ما حدث بين فرنسا وشركة أمريكية¹⁰، حيث أصبح بالإمكان الحديث عن التخلي عن بعض حقوق السيادة الوطنية بحكم الضرورة وليس اختيارا بإرادة الدولة و ذلك وفقا لما يتطلبه الصالح العام الدولي.

وقد تحولت السيادة من مبدأ سياسي قائم على فكرة الإرادة العامة باعتبار الأمة مصدرا للسلطات، إلى مبدأ قانوني يتبع ظهور دولة القانون التي مردها الى فكرتين تبنهما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الأولى: و هي أن الغاية من كل تنظيم سياسي هي المحافظة على الحقوق الطبيعية غير القابلة للتقادم، و الثانية: هي أن هذه الحماية لا تتحقق إلا بالقانون، فتنحول الدولة بأدائها الوظيفة الجديدة الى مجموعة من المرافق العامة.

كما أن تحول العالم من حالة العزلة إلى حالة التضامن الدولي عمل باتجاه تحقيق وحدة العالم، وهو ما يتطلب بالضرورة تغيير وظيفة الدولة التقليدية المكلفة بالحراسة والأمن إلى الوظيفة الجديدة المتمثلة في السعي لتحقيق الخير للبشرية جمعاء¹¹. زيادة على ظهور الفرد بعد الحرب العالمية الثانية كوحدة قانونية تتمتع بحقوق عامة وخاصة، وذلك من خلال ظهور قانون حقوق الإنسان ومبدأ المسؤولية الدولية عن الجرائم العامة الموجهة إلى سلامة و أمن البشرية، حيث لم يعد بإمكان الدول انتهاك حقوق الإنسان تحت مظلة مبدأ السيادة الوطنية¹².

والسيادة الدولية في الوقت الحاضر لم تعد ذات صبغة مطلقة بل أصبحت تتعرض تدريجيا للتقلص والنسبية، حيث يضعها البعض في موقع المواجهة المباشرة مع حقوق المجتمع الإنساني، وذلك من خلال رفع شعار "الإنسانية ينبغي أن تتفوق على السيادة"، بمعنى إعادة تصنيفها من مفهوم السيادة كسيطرة إلى مفهوم السيادة كمسؤولية، بحيث يترتب عنها مسؤولية الدولة على سلامة مواطنيها داخليا وخارجيا في مواجهة الأمم المتحدة¹³، لكن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد بل تعداه إلى التدخل في سيادة الدول بذريعة حماية حقوق الإنسان، حتى ولو كان لأسباب واهية، حيث ستركز البحث على التدخل في سيادة الدول العربية بالخصوص، مع إقران ذلك بتدخلات أخرى جرت في كثير من دول العالم كأمثلة توضيحية، و تبيان الاتجاه القائل بضرورة التدخل في شؤون الدول الداخلية لأسباب إنسانية تحت غطاء حمايتها من أي تعسف باعتبارها تشكل انتهاكا للقانون الدولي، لنصل إلى حقيقة الحدود الفاصلة بين سيادة الدول من جهة و بين ضرورة احترام حقوق الإنسان التي نصت عليها الشرعة الدولية و غيرها من الاتفاقيات والإعلانات الدولية من جهة ثانية، ولأجل ذلك لا بد من الاجابة على مجموعة من التساؤلات التي تخدم اشكالية البحث المستهدفة:

1/ ماهي حدود سيادة الدول؟

2/ هل يجوز التدخل في الشؤون الداخلية للدول بمجرد انتهاكها لحقوق الإنسان؟

3/ ما هو موقف المجتمع الدولي من مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول؟

4/ ما مدى مشروعية استعمال القوة لغرض حماية حقوق الإنسان؟

وإذا أردنا اختصار هذه التساؤلات في اشكالية واحدة، فإنها سوف تكون كما يلي:

هل يجوز التدخل في سيادة الدول بهدف حماية حقوق الإنسان؟

و في سبيل البحث عن أجوبة مقنعة للإشكالية البحثية المستهدفة سوف نتناول

موضوع الدراسة وفقا للخطة التالية:

مقدمة

أولاً- حماية سيادة الدولة وعلاقتها بحقوق الإنسان

1- حماية سيادة الدولة

أ- النطاق المحفوظ (السلطان الداخلي)

ب- مبدأ عدم التدخل

ج- حصانة الدولة

2- حقيقة علاقة السيادة بحقوق الإنسان

ثانياً- التدخل الإنساني

1- مفهوم التدخل الإنساني

2- أصالة مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول

أ- السيادة و مبدأ عدم التدخل

ب- مبدأ عدم التدخل هو المظهر السلبي للسيادة

ثالثاً- قانونية التدخل الإنساني في إطار العلاقات الدولية

1- مدى مشروعية التدخل الإنساني

أ- التدخل الإنساني مشروع

ب - التدخل الإنساني غير مشروع

2- الأمم المتحدة ومبدأ عدم التدخل

خاتمة

أولاً- حماية سيادة الدولة وعلاقتها بحقوق الإنسان

1/ حماية سيادة الدولة¹⁴

أ/ النطاق المحفوظ (السلطان الداخلي)

الأكيد أن للقانون الدولي حدوداً يتوقف عندها، فالقوانين الوطنية تنظم شؤون واختصاصات الحياة العامة طبقاً لمبدأ السيادة الإقليمية، و هو ما يعبر عنه بالنطاق المحفوظ، حيث عرفه معهد القانون الدولي سنة 1954 بأنه: "المجال الذي لا تكون فيه

أوجه نشاط الدول واختصاصاتها مقيدة بالقانون الدولي العام"، و قد نصت عليه أيضا المادة (7/2) من ميثاق الأمم المتحدة.

والجدير بالذكر أن فكرة النطاق المحفوظ حتى وإن كانت تقوي مفهوم السيادة، إلا أنها أيضا تعني فيما تعنيه خضوع الدولة لقواعد القانون الدولي.

وقد ربط جانب من رجال القانون بين النطاق المحجوز للدولة على إقليمها وكل ما يتبع هذا الأخير، و بين حقوق الإنسان لما لها من تأثير وتأثر متبادل¹⁵.

ب/ مبدأ عدم التدخل

يعتبر مبدأ عدم التدخل من المبادئ المسلم بها دوليا من خلال المواثيق والإعلانات والاتفاقيات الدولية فقد عرف بعض الفقه التدخل بأنه: " هو تدخل دولة في شؤون دولة أخرى بغرض اجبارها على تنفيذ أو عدم تنفيذ أمر معين بصورة قهرية، وذلك بمختلف الأشكال سواء كان عسكريا، اقتصاديا، سياسيا، أو غيرها من الاشكال التي تسمح للدولة المتدخلة بفرض ارادتها على الدولة الأخرى"، و هو ما أكدته محكمة العدل الدولية سنة 1986 في حكمها في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، حيث قالت في حكمها:

" حسب الصيغ المقبولة يحضر هذا المبدأ على كل دولة أو مجموعة دول أن تتدخل مباشرة أو بشكل غير مباشر في الشؤون الداخلية والخارجية لدولة أخرى".

ومبدأ عدم التدخل صدر في شأنه إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها عام 1965، وكذا اعلان بشأن عدم جواز التدخل بجميع أنواعه في الشؤون الداخلية للدول عام 1981، وهو المبدأ الذي صدر بشأنه كذلك اعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقة الودية والتعاون بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة عام 1970 .

ج/ حصانة الدولة

تعني عدم جواز مقاضاة دولة أمام محاكم دولة أخرى، وعدم جواز التنفيذ الجبري على أموالها من قبل السلطات القضائية لدولة أخرى، و تنقسم هذه الحصانة إلى حصانة قضائية وحصانة تنفيذ.

ج/1- الحصانة القضائية

تتمتع الدول بحصانة قضائية أمام محاكم الدول الأخرى، فلا يجوز الطعن في قراراتها الإدارية و لا يجوز إلزامها بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن نشاطاتها حتى و إن كانت غير مشروعة دولياً أو داخلياً بل يلجأ إلى المحاكم الدولية. ولا تشمل الحصانة القضائية إلا أعمال الدولة السيادية، أما الأعمال التجارية وما يتعلق بها من أموال فتخرج عن نطاق الحصانة القضائية (شرط التحكيم بين فرنسا و الشركة الأمريكية السالف الذكر). ويمكن للدول أن تتنازل عن الحصانة القضائية كيفما شاءت لأنها ليست من النظام العام.

ج/2- حصانة التنفيذ

قد يصدر حكم على الدولة بالتنفيذ على أموالها بناء على تنازلها أو تأخرها في الدفع بالحصانة القضائية، حيث يمكن للدولة أن تتجنب التنفيذ الجبري على أموالها بالتمسك بحصانة التنفيذ، أي منع إخضاع أموالها لأي إجراء جبري يقيد من حريتها في التصرف فيها، وتشمل هذه الحصانة جميع الاموال من عقار ومنقول وكذا الحقوق العينية والشخصية.

2/ حقيقة علاقة السيادة بحقوق الإنسان

يرى جانب من الفقه كلا من السيادة و حقوق الإنسان كمنظامين منفصلين يقومان على علاقة صفرية، إما أن يكون الأقوى هو مبدأ السيادة والأضعف هي مبادئ حقوق الإنسان أو العكس بالعكس، فقد كانا يعتبران دائماً مترابطين فقط عبر تناقضهما المتبادل، فالمتشائمون يعتبرون النظام السيادي يقف سداً منيعاً ضد التحدي الكوني لنظام حقوق الإنسان، بينما يتصور المتفائلون أن النظام السيادي معرض للخطر من قبل نظام حقوق الإنسان الزاحف بقوة.

و يرى جانب فقهي آخر أنه رغم التطور الذي حدث في مبادئ حقوق الإنسان بعد عام 1945 إلا أن هناك نقطتان تعصفان بحقوق الإنسان، ذلك أن السيادة تتمتع بحقين مطلقين ومقدسيتين وهما:

الحق في الدخول في الحرب، وحق الدولة في التصرف في كل ما تريده بحق مواطنيها. لكن هناك اتجاه فقهي آخر يرى أن مذهب حقوق الإنسان الذي يلقي حماية دولية يقدم أحد أقوى الانتقادات للسيادة كما هي قائمة الآن.

والصورة التي يراد لها أن تشيع هي أن التدخل الإنساني جاء ليعمل على تعديل مفهوم سيادة الدولة المطلق الذي يكبل المجتمع الدولي بقيود يجب إزالتها ليتمكن التدخل لأجل الاعتبارات الإنسانية، ذلك أن حقوق الإنسان أصبحت جزءاً من المسؤولية الدولية في عالم يتهدد فيه السلم والأمن من النزاعات الداخلية أكثر مما يتهدده من النزاعات الخارجية.

حيث يطالب البعض بإدخال تعديلات على مفهوم السيادة حتى يفسح المجال أمام المجتمع الدولي للقيام بكل ما هو ضروري في مواجهة النزاعات الداخلية، والتي تهدد الأمن الدولي أو تمثل انتهاكاً لحقوق الإنسان، لكن هذا الصراع لا يخلو من موقف آخر ينادي بضرورة الحفاظ على مفهوم السيادة و أن لا يأخذ بمفهوم التدخل الإنساني وتنتهك سيادة الدول من أجل أغراض سياسية، لكن من جانب آخر رأى بعض الفقهاء أن إعطاء تعريف جديد لمفهوم السيادة لا بد أن ينطلق من مسلمات جديدة، و يحيلنا هذا الرأي الفقهي لتعريف السيادة وفقاً لما جاءت به المادة (3) من اعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789 :

«Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation, nul corps, nul individu, ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »

حيث ينطلق تعريف السيادة في الإعلان من كونها من أهم مكونات الأمة التي لن تتخلى عنها، وهو ما يعتبره هذا الجانب من الفقه تعريفاً تجاوزه الزمن، أي أنه يمكن أن توجد السيادة بالرغم من عدم وجود الأمة مثلاً¹⁶ ، وهذا ما سنتناوله فيما سيأتي.

ثانياً/ التدخل الإنساني

1/ مفهوم التدخل الإنساني

أثارت مسألة التدخل الإنساني الكثير من اللغط في القانون الدولي المعاصر بين رافض لفكرة التدخل باعتباره يمس سيادة الدول، لأنه يتناقض مع ميثاق الأمم المتحدة (المادة 7/2)، مع كثير من الاتفاقيات والإعلانات الدولية، و بين مؤيد باعتبار أن التدخل

من صميم مهام الأمم المتحدة لأجل الحفاظ على السلم والأمن الدوليين و الذين يمران حتما باحترام حقوق الإنسان وفقا للمادة (39) من الميثاق¹⁷.

والتدخل الإنساني ظاهرة قديمة في تاريخ العلاقات الدولية فالمعاهدات الدولية الأولى التي عرفت في تاريخ البشرية ترجع إلى عام 1978 قبل الميلاد بين رمسيس الثاني وملك الحيثيين، والتي تؤكد على البعد التاريخي لهذه الظاهرة¹⁸، وتعود جذور التدخل الإنساني في العصر الحديث إلى القرن (16) حينما اندلعت الحروب الأوروبية بين كاثوليك و بروتستانت، وكانت كل دولة تسعى لمناصرة مذهبيها في الدول الأخرى، وبعد نهاية الحروب الدينية توجهت الدول الأوروبية صوب الدولة العثمانية مطالبة إياها باحترام حقوق المسيحيين، وعقدت في كنف ذلك مجموعة من المعاهدات، أما في تاريخنا المعاصر فإنه لا توجد حالات كثيرة للتدخل الإنساني بحيث أنها يمكن أن تشكل عرفا دوليا، كما أنه لا توجد نصوص قانونية تحكم ذلك بطريقة واضحة ومباشرة، حتى وإن وجدت بعض الأحكام في بعض الاتفاقيات إلا أنها لم تنشئ وسيلة محددة لإنفاذ تلك الأحكام¹⁹.

ويرجع ذلك إلى عدم وجود معيار موضوعي يحدد ماهية المسائل التي تدخل في النطاق المحجوز للدول، خاصة بعد دخول الدولة كلبنة أساسية في تركيبة المجتمع الدولي، وما انجر عنه من ظهور فكرة المسؤولية الدولية وإمكانية مساءلة الدولة من جانب المجتمع الدولي إذا قصرت في أداء التزاماتها الدولية²⁰.

ويعرف التدخل الإنساني بأنه التدخل القسري في الشؤون الداخلية لدولة ما نتيجة لانتهاكات حقوق الإنسان، والتي ترتكب على نطاق واسع، وبهذا المعنى يجب تمييزه عن المساعدة الإنسانية التي لا تنطوي على القسر و التي تحدث عادة بموافقة الدولة المعنية، وينطوي التدخل لأسباب إنسانية على استخدام القوات المسلحة من قبل دولة أو مجموعة دول أو منظمة دولية من منطلق الدوافع الإنسانية بغرض محدد، هو منع أو تخفيف الآلام واسعة الانتشار أو الموت²¹.

وهناك مفهومان للتدخل، أحدهما موسع والآخر ضيق، فالمفهوم الموسع يعني التدخل الذي يتم من دون اللجوء إلى القوة العسكرية، وإنما بوسائل أخرى كالضغوط السياسية و الاقتصادية، وأن يكون المعيار الإنساني هو الدافع من استعماله، ويشير

بعض الفقه الى درجات متعددة من التدخل كوقف المساعدات الإنسانية وعقوبات اقتصادية، مع امكانية اللجوء إلى القوة العسكرية بعد استنفاد هذه الوسائل، و يشير جانب فقهي ثان إلى امكانية اللجوء إلى الوسائل الدبلوماسية شرط وقف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، ويرى جانب ثالث من الفقه أنه لا يمكن أن يقام باسم دولة ولكن لابد أن يكون جماعيا ودون اللجوء إلى استخدام القوة المسلحة إلا عند الضرورة، وأن العمليات الانفرادية دون ترخيص من مجلس الأمن هي أعمال غير مشروعة.

أما المفهوم الضيق للتدخل فإنه يكون باستخدام القوة المسلحة في تنفيذه، حيث تعتبر القوة هي الأساس، ويدخل في مضمون استعمال القوة التهديد باستعمالها كذلك²². وهناك العديد من المفاهيم المتداخلة عندما يطرح مشكل التدخل، ففي عام 1994 تم طرح قضية هايتي على جدول أعمال مجلس الأمن، فصدر القرار رقم (1994/940) الذي أباح التدخل من أجل الديمقراطية مما أثار نقاشا كبيرا و أيقظ مخاوف الكثير من الدول التي تتمسك وبقوة بمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء في الأمم المتحدة الوارد في المادة (7/2)، وهو ما أدى إلى عدم تصويت كلا من الصين والبرازيل على القرار السابق، إلا أن الدول التي صادقت على القرار تحججت بكونه استثناء، فقد كان هدف الولايات المتحدة من التدخل هو إعادة السلطة الشرعية لممارسة اختصاصاتها كسلطة ذات سيادة وكذلك فرنسا²³.

لكن في المقابل أصبح المجتمع الدولي يقر وبشكل متزايد بالتدخل لغايات انسانية لأجل الوصول إلى مساعدة ضحايا الكوارث الطبيعية وحالات الطوارئ، وقد نوهت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم (131/43) المؤرخ في 8 ديسمبر 1988 بالمساهمة الكبيرة في تقديم المساعدة الإنسانية والتي تقوم بها المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية التي تعمل دون تحيز وبدوافع إنسانية صرفة، ومن خلال هذا القرار ظهر في القانون الدولي مصطلح جديد هو "حالة الطوارئ المستعجلة"، لكن مجلس الأمن في 31 جانفي 1992 أعلن بأن غياب الحرب بين الدول لا يضمن بحد ذاته السلم والأمن الدوليين، فهناك من الأسباب غير العسكرية كعدم الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي و الإنساني ما يشكل تهديدا للأمن والسلم الدوليين، و في هذا السياق نجد

القرار رقم (688) الذي أدان العراق بحجة القمع الذي يتعرض له العراقيون و خاصة في مناطق الأكراد.

وما يثير الانتباه أن الانتهاكات الخطيرة و المستمرة لحقوق الإنسان تأخذ حكم الكوارث الطبيعية والتي تستدعي التدخل الإنساني من أجل وقفها!²⁴

2/ أصالة مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول 25

الأصل هو عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول مهما كان الحال ومهما كانت الأسباب، ولا يحق لأية دولة التدخل بذريعة حماية حقوق الإنسان في دولة أخرى، فبالرغم من تطور القانون الدولي، ظل هذا المبدأ صامدا تدعمه ركائزه الأساسية المتمثلة في السيادة و حق تقرير المصير، و حق كل دولة في اختيار نظام حكمها الداخلي ومذهبها الاقتصادي و الاجتماعي، و حقها الكامل في التصرف في مواردها الطبيعية، و مبدأ عدم التدخل يمس جوانب متعددة من السيادة، وهي كما يلي:

أ/ السيادة و مبدأ عدم التدخل

الأكد أن مبدأ عدم التدخل دعامة كبيرة لسيادة الدول، و يترتب على الإطاحة به هدم استقلال الدول والقضاء على سيادتها، حيث أكد الميثاق على الدول الأعضاء عدم استعمال القوة في علاقاتهم، وذلك من خلال نص المادة (4/2): "يتمتع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي و الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة"، و المادة (7/2): "ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون الداخلية التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما...".

ونفس المبدأ عرف صدور العديد من الإعلانات التي تدعمه مثل إعلان عدم جواز التدخل بجميع أنواعه في الشؤون الداخلية للدول (9 ديسمبر 1981)، حيث جاء النص عليه في ديباجة القرار المرفق:

" إن الجمعية العامة تعلن رسميا ما يلي :

1- لا يحق لأية دولة أو مجموعة من الدول أن تتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، لأي سبب كان في الشؤون الداخلية والخارجية للدول الأخرى.

2- يشمل مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية والخارجية للدول الحقوق والواجبات الآتية:

أولاً:

أ / سيادة جميع الدول واستقلالها السياسي وسلامتها الإقليمية ووحدتها الوطنية وأمنها فضلاً عن الهوية الوطنية والتراث الثقافي لسكانها.....
ثانياً:

أ/... واجب الدول في الامتناع في علاقاتها الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها بأي شكل من الأشكال أو عن انتهاك الحدود القائمة المعترف بها دولياً لدولة أخرى أو زعزعة النظام السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي لدول أخرى أو الإطاحة بالنظام السياسي لدولة أخرى أو حكومتها أو تغييرهما أو أحداث توتر بين الدول بصورة ثنائية أو جماعية أو حرمان الشعوب من هويتها الوطنية وتراثها الثقافي".

والتوصيف المطروح في الإعلان ينطبق بالخصوص على الحالة السورية واليمنية،²⁶ حيث نجد بعض الدول الغربية و العربية تتدخل بشكل سافر وتمون المرتزقة وتجلب سلاح وتشارك بجيوشها مثلما حصل في ليبيا، بالإضافة إلى تهبيح اعلامي وسياسي هائل بغية تغيير نظم الحكم بذريعة حماية حقوق الإنسان من قمع الأنظمة، ومن الإعلانات المناهضة للتدخل أيضاً إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول و حماية استقلالها وسيادتها الصادر في ديسمبر 1965، حيث جاء في مادته الأولى: " ليس لأية دولة حق التدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة و لأي سبب كان في الشؤون الداخلية و الخارجية لأية دولة أخرى ويشجب بالتالي كل تدخل مسلح أو كل تهديد يستهدف شخصية الدول أو عناصرها السياسية أو الاقتصادية أو الثقافية"، و الأكد أن الدول الغربية و العربية سعت جاهدة لأن تقوض اقتصاد سوريا بالعقوبات وقبلها ليبيا و اليمن²⁷، و هو ما حدا بـ "مايريد ماغواير" رئيسة الوفد الدولي للسلام بعد زيارتها الى سوريا بالتأكد على أن هذه العقوبات الاقتصادية " جائرة و لا انسانية وتطال المدنيين وصحتهم بالدرجة الأولى"²⁸، كما لم تتوان بعض الدول في استعمال القوة ضد ليبيا بصورة واضحة عن طريق الحلف بقيادة الولايات المتحدة بتمويل عربي و بمشاركة

عسكرية قطرية وأردنية²⁹، وهو ما يهدد السلم و الأمن الدوليين، لأنه خرق كبير لميثاق الأمم المتحدة³⁰.

وقد أكدت محكمة العدل الدولية على أن التدخل في شؤون الدول يعد انتهاكاً لسيادتها واستقلالها، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 27 يونيو 1986 في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، والتي ثارت بين نيكاراغوا و الولايات المتحدة الأمريكية، بسبب تدخلها في الشؤون الداخلية لنيكاراجوا و مساعدة الكونترا المتمردين من أجل الإطاحة بنظام الحكم فيها³¹.

ب- مبدأ عدم التدخل هو المظهر السلبي للسيادة

للسيادة مظهران، مظهر ايجابي ويعني سلطة الدولة العليا في ممارسة اختصاصاتها الداخلية والخارجية وحريتها في إدارة شؤونها الداخلية وفقاً لدستورها، وخارجياً وفقاً للقانون الدولي، ومظهر سلبي يعني أنه لا يوجد داخل الدولة إلا اختصاص واحد هو اختصاص الدولة التي يتبعها الإقليم، مما يعني استبعاد أي تدخل في هذا الشأن من جانب الدول الأخرى أو المنظمات الدولية، وهذا المظهر السلبي للسيادة يلقي التزاماً قانونياً على عاتق الدول و هو عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

و لهذا فمفهوم السيادة و مبدأ عدم التدخل يكملان بعضهما البعض، حتى أن البعض يخلط بينهما فيستخدم أحيانا أحدهما للتدليل على الآخر³². ويرى جانب من رجال القانون أن مبدأ عدم التدخل هو من أهم النتائج الملموسة لسيادة الدولة³³.

وفي هذا الشأن نصت مواد اعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1970 على مبدأ عدم التدخل، ومنها: المبدأ الخاص بواجب عدم التدخل في الشؤون التي تكون من صميم الولاية القومية لدولة ما وفقاً للميثاق³⁴.

هذا المبدأ وغيره الصادر في هذا الإعلان لم يحترم في حق سيادة الدول العربية، حيث نجد أن محاولات اسقاط أنظمة الحكم بالقوة مورست في ليبيا بأبشع صورها، فقد تدخل الحلف الأطلسي في تعقب وقصف قافلة العقيد معمر القذافي في سرت الليبية،

حيث تم قتله بتاريخ 20/10/2011، وآآن الليبيون يعانون ويلاات الحرب الأهلية في بلد قبلي وعشائري، ونفس الشيء مورس في اليمن، و هو حاصل لا محالة في سوريا بمسميات عدة منها حق الشعب في اختيار ممثليه، واسقاط النظام وغيرها.....، و بالرغم من محاولات المبعوث الأممي السابق كوفي عنان³⁵ في الوصول إلى حل نهائي و دائم للصراع، إلا أنه تم إفشال المسعى من قبل المعارضة بإيعاز من دول عربية وعربية³⁶، ونفس الأمر حصل مع الأخضر الإبراهيمي- عين يوم 17 أوت 2012- لأن هذه الدول لا تنفذ التزاماتها بحسن نية طبقا لميثاق الأمم المتحدة ووفقا للمبدأ الذي أشار إليه هذا الإعلان، والغريب في الأمر أن الجامعة العربية لم تحرك ساكنا أمام أهوال تدخل الدول الغربية في سيادة دول أعضاء، بل حتى في تدخل دول عربية في سيادة سوريا واليمن وليبيا وهو خرق واضح لميثاق جامعة الدول العربية و بالضبط خرق نص المادة (8) والتي تنص على أن :

" تحترم كل دولة من الدول المشتركة في الجامعة نظام الحكم القائم في دول الجامعة الأخرى وتعتبره حقا من حقوق تلك الدول وتتعهد بألا تقوم بأي عمل يرمي إلى تغيير ذلك النظام فيها"³⁷.

ثالثا/ قانونية التدخل الإنساني في اطار العلاقات الدولية

1/ مدى مشروعية التدخل الإنساني

أ/ التدخل الإنساني مشروع

يرى أنصار التدخل الإنساني أنه إزاء خيبة الأمل السائدة في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وعدم فعالية الأمن الجماعي فإن التمسك بالمعنى الكامل للحظر الكلي الوارد في نص المادة (4/2) من الميثاق³⁸، من شأنه إغماض العين حيال الخسائر في الأرواح واهدار الكرامة البشرية التي تعد الهدف المنشود لميثاق الأمم المتحدة، ومن ثم فإن مطالبة الدول بأن تقف بلا حراك أمام المذابح الإنسانية لا محالة سيؤدي إلى إهدار القيم الأساسية للمجتمع الدولي، والتمسك بقيم لا جدوى منها، ولا شك أن التمسك بالمادة (4/2) يعني العيش في عالم من ورق بعيد عن حقائق الأمور.

وأكد هؤلاء الفقهاء أنه بإمكان النظر في ميثاق الأمم المتحدة يتضح أن هناك هدفين أساسيين أنشئ لأجلهما، وهما حفظ السلام واحترام حقوق الإنسان، حيث

يظهران بصفة خاصة في المادة الأولى، هذا فضلا عن أن ديباجة الأمم المتحدة توضح أن الدول الأعضاء قد تعهدوا بقبول المبادئ التي تكفل عدم استخدام القوة في غير المصلحة المشتركة، وبالتالي هل يستطيع أحد أن ينكر بأن استخدام القوة لحماية حقوق الإنسان لا يخدم هذا الغرض؟ ولا شك أن عمل كهذا يحقق المصالح المشتركة للإنسانية ويحفظ السلم والأمن الدوليين على المدى الطويل، وما دام احترام حقوق الإنسان وحفظ السلام العالمي مقترنان فإن التدخل الإنساني الفردي أو الجماعي هو من قبيل المصالح المشتركة، وفي سبيل ذلك يمكن استخدام القوة لحماية حقوق الإنسان³⁹.

ويرى البعض أنه ليس هناك ما يمنع من تطور القانون الدولي فيضمن حقا يجيز التدخل الإنساني دون تفويض أو إذن من مجلس الأمن، ومن أمثلة ذلك التدخل الأمريكي في العراق 1991 أو حلف شمال الأطلسي في كوسوفو 1999، و يضرب مؤيدو هذه الصورة مثلا بالحق في تقرير المصير الذي مر بتطور كبير خاصة في مجال تصفية الاستعمار، ترتب عليه في النهاية تمتع الشعوب الخاضعة للسيطرة الأجنبية بحق الكفاح المسلح الذي غدا استثناء من القاعدة العامة الواردة في المادة (4/2) من الميثاق رغم عدم النص عليه صراحة في ميثاق الأمم المتحدة، ويؤكد هذا الاتجاه على أن القانون الدولي العرفي في ظل شروط وظروف معينة يمكن من خلال إعماله استخدام القوة لأغراض إنسانية لاسيما في ظل عجز مجلس الأمن عن إعمال سلطته بمقتضى الفصل السابع، بسبب استخدام إحدى الدول الخمس لحق الفيتو، بل وذهب جانب من الفقه أبعد من ذلك حينما اعتبر المادة (4/2) فقدت شرعيتها نتيجة كثرة الانتهاكات الصارخة والمتكررة لها، ثم أن بعض الدول الأعضاء في الأمم المتحدة لا تقبل الالتزام بنصوص الميثاق بما فيها المادة (4/2)، إلا مقابل ما يوفره الميثاق لها من ضمانات أمنية، و أمام عجز مجلس الأمن عن القيام بهذه المهام يترتب عنه تحلل الدول من التزاماتها، وبالتالي فالأمم المتحدة اليوم أمام مرحلة من الارتداد بالقانون الدولي إلى أيام كان يعترف فيها بحق اللجوء للقوة في العلاقات الدولية، وذهب جزء من الفقه والدول- مثل الحالة السورية و الليبية- إلى جعل الخطر المحتمل أو وشيك الوقوع معيارا صالحا لقيام حالة تستدعي تدخلا إنسانيا مما ينبئ بميلاد مفهوم آخر وهو التدخل الإنساني الوقائي⁴⁰.

ب- التدخل الإنساني غير مشروع

شهدت الحياة الدولية العديد من الممارسات التي أبحاث فيها الدول لنفسها الحق في استخدام القوة العسكرية مثل العمليات التي قامت بها كل من الولايات المتحدة الأمريكية، بريطانيا، وفرنسا في شمال العراق عام 1991 من أجل حماية الأكراد، وقد استندت في ذلك إلى القرار رقم (688)⁴¹، مع أنه لم يتضمن أي تفويض من مجلس الأمن للدول في استخدام القوة إلا أن بريطانيا وبالرغم من استنادها بادئ الأمر كشريكتها إلى وجود تفويض دولي بمقتضى هذا القرار للقيام بعمل عسكري، إلا أنها منذ سنة 1992 تمسكت بحق التدخل الإنساني وتواصلت العمليات العسكرية الأمريكية البريطانية فوق منطقتي الحظر الجوي في العراق وبلغت العمليات ذروتها عام 1999، والغريب في الأمر أن الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا بررتا عملياتهما بالدفاع عن النفس حفاظا على سلامة الطيارين والطائرات التابعة لهما وأن هذه العمليات لا تشكل عدوانا!

وقد أدت الممرات الإنسانية التي تم استحداثها في العراق لصالح أكراد العراق إلى استثنائهم من السيادة العراقية، وذلك لحمايتهم من النظام العراقي باسم الإنسانية⁴²! غير أن نفس الشعب الكردي في الجزء التركي يقتل داخل تلك المنطقة المحمية من طرف الغرب دون أن يرى تجار الإنسانية في ذلك مساسا بالإنسانية! و أيضا تدخل الحلف الأطلسي في كوسوفو بتاريخ 24 مارس 1999 و الذي وصفه الفقه بالتطور المهم وغير المسبوق في مجال التدخل الإنساني، باعتباره سابقة في الإقرار بشرعية استخدام القوة العسكرية من أجل الإنسانية، حيث كانت حملة الحلف على يوغوسلافيا سابقا، السابقة الأولى في التدخل الشامل دون تفويض من مجلس الأمن وغاية ذلك أن الدول المعنية حاولت من خلال التطبيق العملي ارساء سابقة يمكن مع تكرارها أن تشكل عرفا يحوز قوة القانون، فالدول الغربية في الحرب الباردة قررت تحقيق ما أسمته بالتحرك من أجل تطوير القانون الدولي حتى تعترف بشرعية التدخل الإنساني⁴³.

واللافت للانتباه ما أعلنت عنه ممثلة الولايات المتحدة الأمريكية أمام مجلس الأمن وذلك عقب التدخل الأمريكي بغرينادا عام 1983 قائلة: "إن تحريم استعمال القوة المنصوص عليه في الميثاق يجب تغييره حاليا وذلك للعديد من الاعتبارات أهمها اللجوء

للقوة من أجل الدفاع على بعض القيم المنصوص عليها في ذات الميثاق من حرية و ديمقراطية و سلم⁴⁴، وما يستدعي النظر أن الحلف في استعماله القوة ضد يوغسلافيا لم يستند إلى حق التدخل الإنساني كأساس قانوني وإنما جرى تبريره على أساس أن هذه الأزمة تنطوي على تهديد للسلم والأمن في المنطقة، ليؤسس بعدها- بعد الحملة العسكرية- أعماله على دوافع سياسية وأخلاقية أكثر منها قانونية، تمثلت في وقف أعمال العنف والقمع التي يرتكبها الجيش الصربي ضد ألبان كوسوفو، وذلك عن طريق اضعاف قدرته العسكرية، لكن بالرغم من هذه التصريحات الصادرة عن الحلف في أنه استند ضمناً إلى التدخل الإنساني لتبرير عملياته العسكرية، إلا أنه بالمقابل وضح أن أعماله هذه جاءت دعماً للأهداف السياسية للجماعة الدولية⁴⁵.

وفي نفس المعنى تدخل مجلس الأمن الدولي في قضية اغتيال رئيس الوزراء اللبناني السابق رفيق الحريري بإصداره القرار رقم (1559)، حيث تدخل القرار فيما يعد شأنًا داخلياً لبنانياً، فقد أنكر على لبنان أهليته القانونية وقدرته على تمثيل نفسه، ووضع المجلس لبنان تحت وصايته ورغماً عنه، كما تدخل القرار في العلاقات السورية اللبنانية، وهو تعد على السيادة اللبنانية لأنه لم يعط بالاً كون لبنان دولة ذات سيادة⁴⁶.

ولا ينبغي استعمال حقوق الإنسان كذريعة للتدخل في شؤون الدول، وهذا ما جاء به اعلان عدم جواز التدخل بجميع أنواعه في الشؤون الداخلية للدول 103/36 الصادر سنة 1981، حيث نص على واجب الدول في الامتناع عن استغلال وتشويه قضايا حقوق الإنسان لإجازه التدخل في شؤون الدول الداخلية.

لقد نصت المادة (7/2) من ميثاق الأمم المتحدة النص على عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية، وقد أثار هذا النص الكثير من الصعوبات لا تقل عن تلك التي أثارها مبدأ استخدام القوة، فبالرغم من أن هذه المادة تشكل أحد الضمانات الهامة لاحترام مبدأ المساواة في السيادة بين الدول إلا أنها أثارت مشكلاً عويصاً في توزيع الاختصاص بين الدول والمنظمة الأممية، لاسيما في غياب تحديد واضح للمقصود بالمجال المحفوظ للدول الذي يخصه مبدأ الحظر وهو ما دفع واضعي الميثاق الى وضع حكم آخر حماية لاستقلال الدول من كل التدخلات الأجنبية بصورة فعالة في المادة (4/2) من الميثاق، وذلك بتحريم

استخدام القوة في العلاقات الدولية مما يوحي بالترابط الوثيق بين المبدأين لاسيما وأنهما يشتركان في نفس الهدف، وحتى أن نقاط الاختلاف ضعيفة وقد تم التأكيد على هذه العلاقة أثناء المناقشات التي دارت أمام اللجنة الخاصة بإعلان العلاقات الودية والتعاون بين الدول، حينما أكدت على مبدأ امتناع الدول في علاقاتها عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو على أي نحو آخر يتنافى مع مقاصد الأمم المتحدة الواردة في الميثاق، إضافة إلى أن إعلان العلاقات الودية و التعاون بين الدول يغطي جزءا كبيرا من مبدأ عدم التدخل، وهو ما دفع جانب من الفقه إلى القول أن المادة (4/2) عندما سعت إلى حماية الاستقلال السياسي لكل الدول فإنها احتوت واجب عدم التدخل، ومن بين محاور العلاقة بين المبدأين حالات يكون استعمال القوة فيها تدخلا⁴⁷.

كما سبق ذكره فإن المجتمع الدولي يقوم على أساس الاعتراف بسيادة الدول من خلال كفالة حرية الدولة في التصرف في شؤونها الداخلية والخارجية في حدود التزاماتها وبدون تدخل أجنبي، لكن الأمر ليس على هذا النحو من الوضوح فقد يثور التساؤل عن الحالات التي يكون فيها استعمال القوة ضد السلامة الإقليمية للدولة خرقا لسيادتها؟ وقد طرحت هذه المسألة في أحد المشاريع التي قدمت إلى اللجنة الخاصة للأمم المتحدة عام 1969، حيث جاء فيه أن استعمال القوة من طرف دولة ضد دولة أخرى يمس باستقلالها السياسي أو سلامتها الإقليمية أو سيادتها متى أدى إلى النتائج الآتية:

1/ اضعاف الإقليم أو التغيير في الحدود.

2/ التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

3/ الحاق الأذى أو اقتطاع جزء من الإقليم.

4/ محاولة تغيير الحكومة في تلك الدولة⁴⁸.

الملاحظ أن النتيجة الثانية والرابعة ظاهرة بوضوح في الحالة الليبية واليمنية وقبلهما الحالة التونسية والمصرية، وواضحة للعيان في الحالة السورية في الوقت الراهن، وقد يؤدي إلى اقتطاع جزء من الإقليم السوري وذلك لغرض انشاء منطقة عازلة بين تركيا وسوريا.

2/ الأمم المتحدة ومبدأ عدم التدخل

عملت الأمم المتحدة على تفعيل آليات اشتغالها ووسعت من مجالات تدخلها و في هذا السياق قام مجلس الأمن خلال اجتماع القمة للدول الأعضاء بتاريخ 1992/01/31 بتحديد مجموعة من الأولويات الجديدة للهيئة، تركزت حول رفض الإيديولوجيات المتباينة ووضع أساس إيديولوجي قوامه الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان ومكافحة الإرهاب بكافة مظاهره وتقوية مجلس الأمن والأمن العام الأممي، و تبني استراتيجية الدبلوماسية الوقائية التي ترمي إلى منع نشوب نزاعات بين الأطراف و منع تصاعد النزاعات القائمة و تحولها إلى صراعات.

لقد سمحت هذه الظرفية الدولية بعد رحيل الاتحاد السوفياتي بتوسيع مجالات تدخل مجلس الأمن وتفعيل تطوير آلياته، وفي هذا السياق تعززت آلية العقوبات الاقتصادية والسياسية والعسكرية في إطار إعادة الاعتبار لنظام الأمن الجماعي الذي ظل معطلا منذ استعماله أول مرة بصدد أزمة كوريا في بداية الخمسينيات من القرن الماضي، كما تم توسيع وتفعيل عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام⁴⁹.

و لكن في 31 / 03 / 1992 أصدر المجلس قراره رقم (748) بخصوص ليبيا و الذي جاء فيه: " إيماننا من المجلس بأن قمع أي عمل إرهابي دولي يعد أمرا ضروريا للحفاظ على السلم و الأمن الدوليين"، و هو توجه جديد لمجلس الأمن والذي أضاف من خلاله المجلس عاملا جديدا يتهدد السلم والأمن الدوليين وهو مكافحة الإرهاب باعتبار ذلك حماية للسلم الدولي إضافة إلى العامل الأول والمتمثل في ضرورة حماية حقوق الإنسان من

أي انتهاك، و لأجل ذلك أصدر بعد هذا مجلس الأمن عدة قرارات دولية تجيز التدخل⁵⁰. و أمام هذا التوسع الكبير في مجالات تدخل مجلس الأمن، أبدت الكثير من الدول تخوفها من أن يتحول المجلس إلى جهاز للتدخل والاعتداء على الشعوب والدول بدلا من حفظ السلم والأمن الدوليين، واستجابة لذلك طلب الأمين العام كوفي عنان من أعضاء المنظمة إعطاء تصور واضح للتوفيق بين سيادة الدولة واحترام حقوق الإنسان، ولأجل ذلك قام وزير خارجية كندا بتشكيل لجنة دولية للتدخل وسيادة الدول تضم شخصيات عالمية،

وقد أصدرت اللجنة تقريرها بتاريخ 2001/12/18 أكدت فيه على ثلاثة مبادئ أساسية وهي:

1/ استخدام مفهوم المسؤولية الدولية بدل التدخل الإنساني لتجنب ما قد يثيره التعبير الأخير من معاني السيطرة والهيمنة

2/ يتعلق بوضع مسؤولية الحماية على المستوى الوطني في يد الدولة الوطنية وعلى المستوى الدولي تحت سلطة مجلس الأمن.

3/ التدخل لأغراض الحماية الإنسانية يجب أن تتم بجدية وكفاءة وفاعلية بناء على سلطة مباشرة.

وخلاصة القول في هذا التقرير أن التدخل العسكري ينبغي ألا يحدث إلا كخيار اضطراري أخير⁵¹.

وتجدر الإشارة إلى أن مناقشة الأمم المتحدة أوضاع حقوق الإنسان في دولة معينة بواسطة أجهزتها كالجمعية العامة أو مجلس الأمن، فإن هذا لا يعد تدخلا في الشؤون الداخلية للدول ولا يدخل في إطار الحظر الوارد في المادة (7/2) من الميثاق، لأن حقوق الإنسان خرجت من نطاق المسائل الداخلية وأصبحت تدخل في صميم عمل المجتمع الدولي، الذي يجب عليه أن يسهر على حمايتها ولكن بشفافية وموضوعية⁵².

بالإضافة إلى أن هناك بعض الأعمال التي تقوم بها بعض الدول لا تتعارض مع سيادتها، وإن كان الظاهر يقول العكس، فطلب أي دولة في العالم بوجود مراقبين دوليين لمراقبة سير الانتخابات ليس فيه أي مساس بسيادة الدول، ولا يعدو كونه وسيلة من وسائل جعل العملية الانتخابية أكثر مصداقية وشفافية⁵³.

ولا غرابة في أن المادة (2) بفقرتيها 4 و7) من الميثاق واضحة في شأن عدم التدخل في شؤون الدول و عدم التهديد باستعمال القوة أو غيرها مما يجعل السيادة في خطر، وحرصا على تثمين وتأكيد ما جاء في الميثاق الأممي أصدرت الأمم المتحدة الكثير من إعلانات، التوصيات و القرارات، لكنها تبقى في نظر كثيرين غير ملزمة، و بالرجوع إلى القرار (377/د.5) الذي أصدرته الجمعية في 11/03/1950 والمعروف بقرار الاتحاد من أجل السلم، نجده قد اعترف للجمعية العامة بالحق في إصدار التوصيات الملزمة للدول

الأعضاء و كذا الحق في اتخاذ التدابير الجماعية المناسبة بما في ذلك استخدام القوة المسلحة للمحافظة على السلم أو لإعادته إلى نصابه⁵⁴.

ويبقى مجلس الأمن دون المستوى المطلوب في كثير من أعماله و قراراته، والأكد أن تركيبته الخماسية التي لم يراع فيها إلا مصالح القوى العظمى حالت دون الوصول إلى ما كانت تصبوا إليه الدول الموقعة على ميثاق الأمم المتحدة في العام 1945 وما بعده، فمن التطرف في قرارات مجلس الأمن في كثير من الأحيان إلى نوع من المثالية في أحيان أخرى، ففي بيان من رئيس مجلس الأمن، في جلسة مجلس الأمن رقم 6746 بتاريخ 5 أبريل 2012 بخصوص الحالة السورية، أشار المجلس إلى بيانه الرئاسيين المؤرخين في 3 أوت 2011 و 21 مارس 2012، وإلى بيانه الصحفي المؤرخ في 01 مارس 2012، بالقول: "ويعيد مجلس الأمن تأكيد التزامه القوي بسيادة سوريا و استقلالها و وحدتها و سلامة أراضيها و التزامه القوي بمقاصد ميثاق الأمم المتحدة ومبادئه"⁵⁵.

خاتمة

من الواضح أن السيادة في عالمنا المعاصر أصبحت محل عبث من طرف القوى العظمى، التي لا تتورع عن التلاعب بالقانون، ففي أغلب الأحيان تدوس على القانون الدولي مثلما تمت الإشارة إليه، وأخطر ما في الأمر أن مجلس الأمن و بموجب المادة (39) من الميثاق له كامل السلطة التقديرية بشأن أي عمل يهدد السلم والأمن الدوليين، و له مطلق الحرية في التصرف وفقا لما يراه مناسبا، وهو ما يفتح الباب واسعا مثلما تطرقنا إليه في الموضوع أمام تدخل القوى العظمى في الشأن الداخلي للدول.

ومادامت الدول العربية متناحرة فيما بينها و كل منها تكيد للأخرى، جرى العبث بنظام الأمن الداخلي الاستراتيجي - الأمن القومي العربي - و الذي من المفروض أن يكون سداد الأمان.

اليوم نشاهد كيف تتساقط الدول العربية الواحدة تلو الأخرى بداعي تغيير الأنظمة و إحلال الديمقراطية، ولهذا فإن الدول الغربية و معها بعض الدول العربية لن تتورع عن إفشاء الفوضى في بقية الدول العربية الأخرى، وما شاهدناه بالخصوص في

الحالتين الليبية و السورية لهو مدعاة للشفقة على حال السيادة العربية التي أصبحت تباع في المزادات الغربية و بأبخس الأثمان.

على الرغم من وضوح قواعد القانون الدولي ممثلة في ميثاق الأمم المتحدة ، و في كثير من الاتفاقيات والإعلانات الدولية التي صدرت تباعا، وعلى الرغم كذلك من وجود هيئة الأمم المتحدة كصمام أمان بعد الحرب العالمية الثانية، نتيجة لفشل عصبة الأمم، إلا أن آليات عمل هذه المنظمة بقيت رهينة في يد الدول الغربية، ومن أبرزها مجلس الأمن الذي تحتكر القرار فيه القوى الكبرى.

ما دامت الجمعية العامة للأمم المتحدة الممثلة لأغلب الدول، ليس لها إلا قرارات غير ملزمة - قد يبني عليها على سبيل الاستئناس فقط- فإنه لا يمكنها حماية سيادة الدول و خصوصياتها.

من جانب آخر، فالقانون الدولي يعترف بالمنظمات الإقليمية كشريك هام في التنظيم الدولي و في حمايته، و الأكيد أن أقرب هذه المنظمات إلينا كعرب هي جامعة الدول العربية، وقد تمت الإشارة الى كيفية الدوس على المادة (8) من الميثاق المنشئ لها من قبل بعض الدول العربية، وكيف تم التدخل في شؤون دول عربية أخرى، مع محاولة لقلب أنظمة الحكم فيها وتأليب مكونات المجتمع ضد بعضه البعض.

حيث أن الجامعة العربية بهذا الشكل مع القيادة المصرية الموروثة في شكل الأمين العام، وبهذا الميثاق الذي تجاوزه الزمن، أصبحت عاجزة عن حماية سيادة الدول العربية من العدوان الخارجي و الداخلي، فإما التعديل أو الزوال!

و خلاصة القول أن على كل دولة عربية أن تحصن نفسها داخليا، بإعطاء السلطة لممثلين حقيقيين عن الشعب من خلال انتخابات نزيهة – الجزائر معنية بهذا الشأن- لأن الغرب ذكي للغاية، فهو ينطلق من عيوب حقيقية موجودة على أرض الواقع، لكن غايته ليست الإصلاح بقدر السيطرة و تحييد سيادة الدول العربية على إقليمها ومواردها وقرارها باسم حماية حقوق الإنسان والدفاع عنها.

فعلى الدول العربية إذن أن تأخذ في الحسبان كذلك تكوين جيوش عسكرية، وكل ما له علاقة بذلك من تكنولوجيا عسكرية وجعل الجيوش دائما في اهبة الاستعداد، بالإضافة إلى الاهتمام بالمجالات العلمية و الإعلامية، الاقتصادية، الزراعية، وغير ذلك من أسباب التمكين، إن هي أرادت الحفاظ على سيادتها حقا، وعدم التعويل كثيرا على القانون الدولي وقانون حقوق الإنسان لوجود اسباب ذاتية وموضوعية تجعل من هذه الثقة في القانون الدولي ذرا للرماد في العيون، وذلك بسبب ضعف كبير في تواجد الخبراء العرب في هذا المجال مع قلة تواجدهم في أماكن صناعة و صياغة القوانين الدولية.

الهوامش

- ¹ - محمد عبد العال السناري، "مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية والقضاء الدستوري"، مطبعة الإسراء مصر، بدون تاريخ نشر، ص 112.
- ² - طارق علي جماز، "العلاقات الدولية"، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، بدون تاريخ، ص 8.
- ³ - عبد الرحمان محمد السوكني، "فكرة السيادة في القانون الدولي العام"، مدرسة الدراسات الاستراتيجية والدولية، قسم الدراسات الدبلوماسية، بدون بلد، خريف 2008، ص 2.
- ⁴ - طارق علي جماز، المرجع السابق، ص 91، 92.
- ⁵ - محمد علي مخادمة، "السيادة في ضوء متغيرات دولية"، مجلة الشريعة و القانون، جامعة اليرموك الأردن، العدد 34، أبريل 2008، ص 168.
- ⁶ - عبد الرحمان محمد السوكني، المرجع السابق، ص 4.
- وأيضا أ. حسينة شرون، "موقف القضاء الدولي من التعارض بين الاتفاقيات والقانون الداخلي"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 3، 2004، ص 188.
- ⁷ - اعلان بشأن عدم جواز التدخل بجميع أنواعه في الشؤون الداخلية للدول (الجلسة العامة 91، 9 كانون الأول / ديسمبر 1981) "...تعلن رسميا ما يلي: 1-لا يحق لأية دولة أو مجموعة من الدول أن تتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة لأي سبب كان في الشؤون الداخلية والخارجية للدول الأخرى .
- 2- يشمل مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية والخارجية للدول الحقوق والواجبات التالية:
أولاً: - سيادة جميع الدول واستقلالها السياسي وسلامتها الإقليمية ووحدةها الوطنية وأمنها، فضلا عن الهوية الوطنية والتراث الثقافي لسكانها.
- ب- حق الدولة السيادي غير القابل للتصرف في تقرير نظامها السياسي والاقتصادي والثقافي والاجتماعي بحرية وفي تنمية علاقاتها الدولية وفي ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية وفقا لإرادة شعها دون تدخل أو تداخل أو تخريب أو تهديد من الخارج بأي شكل من الأشكال .

* اعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة. (القرار 2625 الدورة 25، 24 تشرين الأول أكتوبر 1970)، أشار إلى مبدأ المساواة في السيادة بين الدول: "تتمتع جميع الدول بالمساواة في السيادة ولها حقوق وواجبات متساوية وهي أعضاء متساوية في المجتمع الدولي بغض النظر عن الاختلافات ذات الطبيعة الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو غيرها.

وتتضمن المساواة في السيادة العناصر الآتية بوجه خاص :

(أ) الدول متساوية من الناحية القانونية

(ب) تتمتع كل دولة من الدول بالحقوق الملائمة للسيادة الكاملة

(ج) على كل دولة واجب احترام شخصية الدول الأخرى

(د) حرمة السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي للدولة

(هـ) لكل دولة الحق في أن تختار وأن تنمي بحرية نظمها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

(و) على كل دولة واجب تنفيذ التزاماتها الدولية تنفيذا كاملا يحده حسن النية والعيش في سلام مع الدول الأخرى.

* اعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدولة و حماية استقلالها وسيادتها (القرار 2131 الدورة 20 ديسمبر 1965): المادة 1 و 2.

* اعلان تعميق وتدعيم الانفراج الدولي (ديسمبر 1977) : المادة 3.

* اعلان اشرباب الشباب مثل السلام والاحترام المتبادل والتفاهم بين الشعوب (ديسمبر 1965)، المبدأ 5 فقرة 1.

*الإعلان المتعلق بمنع وإزالة المنازعات والحالات التي قد تهدد السلم والأمن الدوليين وبدور الأمم المتحدة في هذا الميدان (ديسمبر 1988): المادة 2: "منعاً لنشوب المنازعات أو الحالات ينبغي أن تطور الدول علاقاتها على أساس تساوي الدول في السيادة وعلى نحو يزيد فعالية نظام الأمن الجماعي من خلال التنفيذ الفعال لأحكام ميثاق الأمم المتحدة"

* اعلان خاص بإعداد المجتمعات للعيش في السلم (ديسمبر 1978)

أولاً : 5- أن على كل دولة واجب احترام حق الشعوب كافة في تقرير المصير والاستقلال والمساواة واحترام حق الدول في السيادة وفي سلامة أراضيها وحرمة حدودها بما في ذلك الحق في تقرير سبيل تنميتها دون التدخل في شؤونها الداخلية أو تعرض لها "

* الإعلان الخاص بتعزيز الأمن الدولي (القرار 2734 الدورة 25 ديسمبر 1970): المواد 2، 3 و 4.

⁸ - Hank Brankhorst, Droits de l'homme et souveraineté –un dilemme, Trivium revue Franco-Allemande de sciences humaines, N 3 . 2009 . Trivium.revue.org.

⁹ - حسن الجديد، د. سعدي كريم، " التدخل الإنساني واشكالية السيادة"، مأخوذ من الموقع الإلكتروني www.omanlegal.net، ص 1، 3.

¹⁰ - " حيث أرادت الشركة الأمريكية أن تقيم مدينة ملاهي في فرنسا على شاكلة WALT DISNEY في الولايات المتحدة الأمريكية، لكن الشركة اشترطت إدراج شرط التحكيم في العقد بينها وبين الدولة الفرنسية –فرنسا لم تكن تدرج شرط التحكيم في عقودها الدولية بل تخضع الى القضاء الوطني الفرنسي – وأمام اصرار الشركة الأمريكية ومبلغ الاستثمار الضخم رضخت الدولة الفرنسية للأمر وأصدر المشرع الفرنسي قانون 19 أوت 1986،

والذي أجاز من خلاله للدولة وللمقاطعات وللمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية وذلك استثناء من أحكام المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي"، د. جابر جاد نصار، "العقود الإدارية"، دار النهضة العربية مصر، الطبعة 2، 2004، ص 228 - 230.

¹¹ - حسن الجديد، د. سعدي كريم، المرجع السابق، ص 54.

¹² - حسن الجديد، د. سعدي كريم، المرجع السابق، ص 65.

¹³ - محمد منار: "التدخل الإنساني ومسؤولية الحماية"، الصوت نشرة إلكترونية تصدرها لجان الدفاع عن الحريات الديمقراطية وحقوق الإنسان في سوريا، 2012، ص 18، 19.

¹⁴ - عبد الرحمان محمد السوكني، المرجع السابق، ص 5، 12.

¹⁵ - Leticia Sakai, La théorie du domaine réservé de l'état à l'épreuve de la protection internationale des droits de l'homme, www.ihedn.fr; p 2,4 -6.

¹⁶ - Denis Baranger, Notes sur l'apparition de la souveraineté et des droits de l'homme, revue de Jus Politicum, N 9. Février 2013, www.juspoliticum.com.

¹⁷ - المادة 39: "يقر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين 41 و 42 لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه".

¹⁸ - محمد منار، المرجع السابق، ص 17.

¹⁹ - محمد أحمد عبد الغفار، "التدخل الإنساني بين السياسة والقانون"، مجلة الصوت الإلكترونية تصدرها لجان الدفاع على الحريات الديمقراطية وحقوق الإنسان في سوريا، 2012، ص 26.

²⁰ - حسين حنفي عمر، "التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الإنسان"، دار النهضة العربية مصر، الطبعة الأولى 2004/2005، ص 18.

²¹ - عبد الملك الأنصاري، "الإطار النظري للتدخل الإنساني"، مجلة الصوت الإلكترونية تصدرها لجان الدفاع على الحريات الديمقراطية وحقوق الإنسان في سوريا، 2012، ص 46.

²² - طالب خيرة، "مبدأ حظر استعمال القوة في العلاقات الدولية"، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة ابن خلدون تيارت، 2006/2007، ص 61، 62.

²³ - محمد علي مخادمة، المرجع السابق، ص 187.

²⁴ - محمد علي مخادمة، المرجع السابق، ص 187، 188.

²⁵ - حسين حنفي عمر، المرجع السابق، ص 27.

²⁶ - و يضيف الإعلان بشأن عدم جواز التدخل بجميع أنواعه في الشؤون الداخلية للدول الآتي : ثانيًا : ب - واجب الدولة في ضمان عدم استخدام إقليمها على أي نحو فيه انتهاك لسيادة دولة أخرى ولاستقلالها السياسي وسلامتها الإقليمية ووحدتها الوطنية أو زعزعة لاستقرارها السياسي والاقتصادي والاجتماعي ويسري هذا الالتزام أيضا على الدول الموكلة إليها مسؤولية أقاليم لم تحقق تقرير المصير والاستقلال الوطني بعد.

ج- واجب الدولة في الامتناع عن اتخاذ التدخل المسلح أو التخريب أو الاحتلال العسكري أو أي شكل آخر من أشكال التدخل سافرا كان أو مستترا بوجهه إلى دولة أخرى أو مجموعة من الدول أو أي عمل من أعمال التدخل

العسكري أو السياسي أو الاقتصادي في الشؤون الداخلية لدولة أخرى بما في ذلك الأعمال الانتقامية التي تنطوي على استعمال القوة.

و- واجب الدولة في الامتناع عن القيام بصورة مباشرة أو غير مباشرة بتعزيز أو تشجيع أو دعم أنشطة التمرد داخل دولة أخرى بأي حجة كانت أو اتخاذ أي تدابير تستهدف تمزيق وحدة دولة أخرى أو تقويض أو تخريب نظامها السياسي.

ز- واجب الدولة في منع تدريب المرتزقة وتمويلهم وتجنيدهم في إقليمها أو إرسالهم إلى إقليم دولة أخرى وعدم تقديم ما يلزم من تسهيلات بما في ذلك التمويل لتجهيزهم وعبورهم.

ي- واجب الدولة في الامتناع عن القيام بأي حملة تشهيرية أو كذف أو دعاية عدائية بغرض التدخل بأي شكل في الشؤون الداخلية لدولة أخرى ٥

ل- واجب الدولة في الامتناع عن استغلال وتشويه قضايا حقوق الإنسان كوسيلة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول أو لممارسة الضغط على دولة أخرى أو خلق عدم الثقة والفوضى داخل الدول أو مجموعة الدول وفيما بينها.

ن- واجب الدولة في الامتناع عن تنظيم الجماعات السياسية والعرقية في أقاليمها أو أقاليم دول أخرى وتدريب هذه الجماعات وتمويلها وتسليحها لغرض إشاعة التخريب أو الفوضى أو القلاقل في بلدان أخرى.

ثالثا / د- حق الدول وواجبها داخل اطار حقوقها الدستورية في مكافحة نشر الأنباء الكاذبة أو المشوهة التي يمكن تفسيرها على أنها تدخل في الشؤون الداخلية للدول أخرى أو على أنها تضر بتعزيز السلم والتعاون وبالعلاقات الودية بين الأمم.

²⁷ - اتخذت جامعة الدول العربية يوم 2011/11/27 عقوبات اقتصادية ضد سوريا، وقد تضمنت منع سفر كبار الشخصيات والمسؤولين الى الدول العربية، تجميد الأموال السورية، وقف التعامل مع البنك المركزي السوري، وقف الاستثمارات، و وقف رحلات الطيران العربية من و إلى سوريا. مأخوذ من الموقع الإلكتروني www.lasportal.org لجامعة الدول العربية.

²⁸ - مأخوذ من الموقع الإلكتروني www.syrianow.sy.

²⁹ - و الملاحظ أن قراري مجلس الأمن 1970، 1973 بشأن الحالة الليبية، لم يتطرقا إلا إلى إحالة الوضع على الجنائية الدولية، مع حظر الأسلحة والسفر، بالإضافة الى تجميد الأصول الليبية في الدول الغربية، والأهم هو إقامة منطقة حظر جوي في كامل الأجواء الليبية، وهي كلها إجراءات وقائية، زيادة على قرار الجامعة العربية رقم 7298 بتاريخ 2 مارس 2011، بشأن الطلب من مجلس الأمن تحمل مسؤولياته أمام تدهور الأوضاع في ليبيا، وفرض الحظر الجوي، مع خلق مناطق آمنة....وأمام هذه القرارات الواضحة لم يتدخل الحلف سوى في أواخر شهر مارس من العام 2011، حيث بدأ في شن غارات جوية على الجيش الليبي، والتعدي على القرارات الأممية من الحلف كان جليا وواضحا، كما أن قرارات مجلس الأمن لم تحدد الأطراف الموكل لها القيام بالعمليات، سوى بالقول: "يؤذن للدول الأعضاء التي أخطرت الأمين العام وهي تتصرف على الصعيد الوطني أو عن طريق منظمات أو ترتيبات إقليمية وبالتعاون مع الأمين العام باتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية المدنيين وإبلاغ الأمين العام

بها"، والغريب في كل هذا هي التبريرات التي ساقها أمين عام الحلف بالقول: "إن تحرك الناتو ضد النظام الليبي كان بمقتضى تفويض قوي من مجلس الأمن ودعم واضح من دول المنطقة، وهو مزيج نادر لم نشهده في مواقف أخرى".

أشرف كيثك، "حلف الناتو من الشراكة الجديدة الى التدخل في الأزمات العربية"، الأهرام الرقمي، digital.ahram.org.eg

³⁰ - حيث تنص المادة (2) من إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها الصادر في كانون الأول ديسمبر 1965 على أنه: "لا يجوز لأية دولة استخدام التدابير الاقتصادية أو السياسية أو أي نوع آخر من التدابير أو تشجيع استخدامها لإكراه دولة أخرى على النزول عن ممارسة حقوقها السيادية أو للحصول منها على أية مزايا كما أنه لا يجوز لأية دولة تنظيم النشاطات الهدامة أو الإرهابية أو المسلحة الرامية إلى تغيير نظام الحكم في دولة أخرى بالعنف أو مساعدة هذه النشاطات أو التحريض عليها أو تمويلها أو تشجيعها أو التغاضي عنها أو التدخل في الصراع الداخلي الحاصل في أية دولة أخرى".

المادة (4): "إن المراعاة الدقيقة لهذه الالتزامات هي شرط أساسي لضمان عيش الأمم معا في سلام لأن ممارسة أي شكل من أشكال التدخل لا يقتصر أمرها على خرق ميثاق الأمم المتحدة روحا ونصا بل وتؤدي كذلك إلى خلق حالات تهدد السلم والأمن الدوليين بالخطر".

³¹ - حسين حنفي عمر، المرجع السابق، ص 27، 28.

Dodzi Kokoroko , Souveraineté étatique et principe de l légitimité démocratique, revue québécoise de droit international, 2003, rs.sqdi.org, p 41.

³² - حسين حنفي عمر، المرجع نفسه، ص 30، 31.

³³ - Dodzi Kokoroko , ibid., p 40.

³⁴ - ليس لأية دولة أو مجموعة من الدول أن تتدخل بصورة مباشرة ولأي سبب كان في الشؤون الداخلية أو الخارجية لأية دولة أخرى وبالتالي فإن التدخل المسلح وكافة أشكال التدخل أو محاولات التهديد الأخرى التي تستهدف شخصية الدولة أو عناصرها السياسية و الاقتصادية و الثقافية تمثل انتهاكا للقانون الدولي. ولا يجوز لأية دولة استخدام التدابير الاقتصادية أو السياسية أو أي نوع آخر من التدابير أو تشجيع استخدامها لإكراه دولة أخرى على النزول عن ممارسة حقوقها السيادية وللحصول منها على أية مزايا كما أنه لا يجوز لأية دولة تنظيم النشاطات الهدامة أو الإرهابية أو المسلحة الرامية إلى قلب نظام الحكم في دولة أخرة بالعنف أو مساعدة هذه النشاطات أو التحريض عليها أو تمويلها أو تشجيعها أو التغاضي عنها أو التدخل في حرب أهلية ناشبة في أية دولة أخرى.

ويشكل استعمال القوة لحرمان الشعوب من هويتها القومية خرقا لحقوقها غير قابلة للتصرف وخرقا لمبدأ عدم التدخل.

ولكل دولة حق غير قابل للتصرف في اختيار نظمها السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية دون أي تدخل من جانب أية دولة أخرى .

ولا يجوز أن يؤول شيء مما ورد في الفقرات السابقة على أنه يتضمن مساسا بأحكام الميثاق المتصلة بصيانة السلم والأمن الدوليين .

3-مبدأ تنفيذ الدول للالتزامات التي تضطلع بها طبقاً للميثاق تنفيذاً يحذوه حسن النية:

على كل دولة واجب تنفيذ الالتزامات التي تضطلع بها طبقاً لميثاق الأمم المتحدة تنفيذاً يحذوه حسن نية.

على كل دولة واجب تنفيذ الالتزامات التي تضطلع بها طبقاً لمبادئ القانون الدولي وقواعده المعترف بها عامة تنفيذاً يحذوه حسن نية.

على كل دولة واجب تنفيذ الالتزامات التي تضطلع بها طبقاً لاتفاقات دولية متفقه مع مبادئ القانون الدولي وقواعده المعترف بها عامة تنفيذاً يحذوه حسن نية.

وإذا تعارضت الالتزامات الناشئة عن اتفاقات دولية مع التزامات أعضاء الأمم المتحدة بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة تكون الأرجحية للالتزامات طبقاً للميثاق.

³⁵ - تم تعيينه بتاريخ 2012/02/23 بناء على طلب الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 253/66 المؤرخ في 2012/02/16، ...تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن تنفيذ قرار مجلس الأمن 2043 (2012) بتاريخ 2012/07/06، موقع الأمم المتحدة <http://www.un.org/ar/>

³⁶ - في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن تنفيذ قرار مجلس الأمن 2043 (2012)، نجده في الفقرة الرابعة يهتم أطرافاً خارجية بمحاولة تأجيج الصراع لإبعاد الأطراف المتنازعة عن طاولة الحوار، حيث جاء فيها: "تم تشكيل معارضة سياسية في البلاد وفي المنفى، ويعترف كثيرون بالمجلس الوطني السوري الذي يضم مجموعة متنوعة من الأعضاء بوصفه ممثلاً شرعياً للشعب السوري ومع ذلك توجد جماعات معارضة أخرى لا يمكن تجاهلها داخل البلد وخارجه بوصفها ممثلاً شرعياً للشعب السوري.

وقد رفض المجلس السوري أي حوار سياسي مع الحكومة في ظل الظروف الراهنة، وهناك العديد من الجماعات المسلحة المناهضة للحكومة، التي تضم منشقين عن الجيش وعدداً متزايداً من المدنيين المسلحين، ويطلقون على أنفسهم إسم الجيش السوري الحر- الذي تقيم قيادته في الخارج- ولكنه يعمل بشكل مستقل نسبياً على أرض الواقع، لكنها تحولت بعد ذلك إلى شن عمليات هجومية ضد القوات الحكومية والمرافق وضد الهياكل الأساسية الوطنية الهامة.

و أصبح الوضع خلال الفترة المشمولة بالتقرير أكثر تعقيداً وفتكا بوقوع سلسلة من التفجيرات التي يدل بعضها على وجود فاعل ثالث." موقع الأمم المتحدة <http://www.un.org/ar/>

³⁷ - الملاحظ لقرارات الجامعة العربية ما من شك سيتفاجأ بحجم التدخل في الحالة السورية كمثال لازلنا نعيش تلايبيه إلى اليوم:

" قرار مجلس الجامعة على المستوى الوزاري رقم 7438 بتاريخ 2011/11/12 والخاص بتوفير الحماية للمواطنين السوريين العزل، والذي قضى بتعليق مشاركة وفود الحكومة السورية في اجتماعات مجلس الجامعة وجميع الأجهزة التابعة لها بدءاً من 2011/11/16، وهو ما حصل مع الجماهيرية الليبية سابقاً.

القرار رقم 7595 بشأن تطورات الوضع في سوريا بتاريخ 2012/03/06 الذي أكد على ضرورة الحل السياسي ودعا الائتلاف الوطني لقوى الثورة والمعارضة السورية إلى تشكيل هيئة تنفيذية لشغل مقعد سوريا في الجامعة العربية حسب المادة 2 منه، والتي تعطي لها الحق في المشاركة باسم سوريا في القمة العربية بالدوحة يومي 26-

2012/03/27، وهي المادة التي تحفظت عليها الجزائر بداعي تعارضها مع أحكام الميثاق ولوائح وأنظمة جامعة الدول العربية من حيث المضمون والجوانب الإجرائية، مع تحفظ العراق أيضا وامتناع لبنان عن التصويت.

القرار رقم 7510 بتاريخ 2012/07/22 القاضي بعقد اجتماع طارئ للجمعية العامة للأمم المتحدة لإصدار توصيات بإجراءات جماعية لمواجهة الوضع المتدهور في سوريا، ومن ضمنها قطع جميع أشكال العلاقات الدبلوماسية والاتصالات مع النظام السوري.

القرار 7572 بتاريخ 2012/11/12 والقاضي ببحث المنظمات الإقليمية والدولية على الاعتراف بالائتلاف الوطني لقوى الثورة والمعارضة السورية معا ممثلا شرعيا لشعب سوريا، وتوثيق التواصل مع الائتلاف باعتباره الممثل الشرعي والمحاوري الأساسي مع جامعة الدول العربية.

أما القرار الأخطر فهو رقم 7523 دع (138) المؤرخ في 2012/09/05 و القاضي بالعمل على تقديم كل أشكال الدعم المطلوب للشعب السوري للدفاع عن نفسه". وهذا القرار الأخير هو دعوة صريحة لتسليح المعارضة. موقع جامعة الدول العربية www.lasportal.org

³⁸ - المادة (2) فقرة 4: " يتمتع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة "

³⁹ - حسام حسن حسان، " التدخل الإنساني في القانون الدولي المعاصر"، دار النهضة العربية مصر، 2004، ص 386، 387، 388.

⁴⁰ - طالب خيرة، المرجع السابق، ص 64، 65.

⁴¹ - بتاريخ 5/ 1991/4 أصدر مجلس الأمن القرار رقم (688) ضد العراق جاء فيه: " إن مجلس الأمن متزعج مما يتعرض له المدنيون العراقيون من قمع في أماكن متعددة من العراق وفي المنطقة التي يسكنها الأكراد أيضا مما أدى إلى نزوح مكثف للاجئين نحو الحدود أو حتى عبورهم الحدود وأدى ذلك إلى حدوث بعض الصدامات الحدودية مما يهدد السلم والأمن الدوليين"، كما طلب هذا القرار من العراق وقف هذا القمع فورا وإقامة حوار مفتوح لكفالة احترام حقوق الإنسان والحقوق السياسية للجميع مع السماح بوصول المنظمات الإنسانية الدولية.

د. إدريس لكريبي، " التدخل في الممارسات الدولية بين الحظر القانوني و الواقع الدولي المتغير"، صدرت هذه الدراسة في كتاب مشترك بعنوان: "العولمة والنظام الدولي الجديد"، مركز دراسات الوحدة العربية ببلبنان، سلسلة كتب المستقبل العربية، ديسمبر 2004، ص 8.

⁴² - إدريس لكريبي، المرجع السابق، ص 11، 12.

⁴³ - طالب خيرة، المرجع السابق، ص 66، 67.

⁴⁴ - طالب خيرة، المرجع نفسه، ص 67.

⁴⁵ - طالب خيرة، المرجع نفسه، ص 68.

⁴⁶ - محمد علي مخادمة، المرجع السابق، ص 195، 196.

- 47 - طالب خيرة، المرجع السابق، ص 56.
- 48 - طالب خيرة، المرجع نفسه، ص 28.
- 49 - إدريس لكريبي، المرجع السابق، ص 13.
- 50 - أصدر المجلس القرار رقم 794 بتاريخ 1993/02/03 بشأن الأزمة الصومالية والقرار رقم 940 والذي يجيز التدخل في هايتي والقرار رقم 841 بتاريخ 1993/06/17 بخصوص الأزمة السياسية
- إدريس لكريبي، المرجع السابق، ص 8، 9.
- 51 - إدريس لكريبي، المرجع نفسه، ص 10.
- 52 - حسين حنفي عمر، المرجع السابق، ص 325.
- 53 - Dodzi Kokoroko , ibid., p 45.
- 54 - حسام أحمد محمد هنداوي، " القيمة القانونية للتوصيات الصادرة عن المنظمات الدولية "، مجلة الدبلوماسية
مصر، بدون ترقيم ولا تاريخ.
- 55 - بيان من رئيس مجلس الأمن، في جلسة مجلس الأمن رقم 6746 بتاريخ 5 أبريل 2012، موقع الأمم المتحدة
<http://www.un.org/ar/>

مدى فعالية آليات التشغيل في الجزائر:**جهاز المساعدة على الإدماج المهني (DAIP) نموذجاً***

MOKRANI Zakaria Doctorant
 Faculté de Droit et des Sciences
 Politiques Université de Mostaganem

مقراني زكرياء طالب دكتوراه
 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة
 مستغانم.

ملخص

يعتبر جهاز المساعدة على الإدماج المهني من الأجهزة التي حاولت وضع تنظيم عملي لقطاع التشغيل، من خلال اقتراحه لعدة أنظمة للإدماج المهني، والتي تركزت على شكل أنواع مختلفة من العقود تسمح بإدماج كل فئة من طالبي العمل وفق معايير تراعي المؤهلات العلمية والعملية، وبالتالي السماح بخلق بنك معطيات يساهم في تسهيل ومعرفة الوضعية الحقيقية للقطاع وبالتالي التوفيق بين العرض والطلب عن العمل حسب متطلبات السوق.

كلمات المفتاح

التشغيل، الإدماج، الآليات.

The effectiveness of the mechanisms operating in Algeria

Device to help professional integration (DAIP) model.

Summary

The evolution and the necessity to regulate the job market in Algeria has put the government under the obligation to set up a new device, called (DAIP) to help in the professional insertion.

It is meant to trigger a dynamic creation of jobs by making available public and private companies, and public administrations and institutions, young applicants are financially fully supported by the state via different ways of insertion governed under contract and criteria, considering professional and intellectual skills.

* تم استلام المقال بتاريخ 2014/04/30 وتم تحكيمه بتاريخ 2014/06/05 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Key words

device, job, integration

Résumé

L'évolution et la nécessité de réguler le marché du travail en Algérie a mis les pouvoirs publics dans l'obligation de mettre en place un nouveau dispositif d'aide à l'insertion professionnelle (DAIP).

Ce dernier, vise à enclencher une dynamique de création d'emploi, par la mise à la disposition des entreprises publiques et privées et des institutions et administrations publiques, des jeunes primo-demandeurs d'emploi totalement pris en charge financièrement par l'Etat à travers les différents modes d'insertion régis sous forme de contrats prenant en compte les compétences professionnelles et intellectuelles .

Mots clés

emploi, insertion, dispositif.

مقدمة

لا يخفى على أحد أنّ تراجع الدولة الجزائرية عن سياسة الاقتصاد الموجه لصالح نظام السوق نتج عنه اعتماد عدة إصلاحات قانونية واقتصادية تتماشى والنظام الجديد. غير أنّ الأهم من ذلك كله أن تعود هذه الإصلاحات بالإيجاب على الجانب الاجتماعي والنهوض بقطاع التشغيل و تفعيل الاستراتيجية المنتهجة في هذا المجال بغرض ترقية القطاع.

ومن أجل ذلك تم استحداث آليات وأجهزة تعمل على تحسين وتعزيز آليات الوساطة في سوق العمل بتخصيصها لمرافقة أكثر نوعية على مستوى الفرد في وضعه كطالب عمل من جهة، وعلى مستوى المؤسسة الموجودة في وضع إعادة تأهيل بما تتطلبه مقتضيات السوق الحرة.

ولعل من الآليات والأجهزة التي أنيطت لها صلاحية العمل على ترقية قطاع الشغل والتكوين مع متطلبات السوق وتحسين وتعزيز آليات الوساطة في سوق العمل، جهاز المساعدة على الإدماج المهني (DAIP) الذي تم إنشاؤه بموجب المرسوم التنفيذي 126-08 المؤرخ في 2008/04/19 والذي عدل وتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 13-142 المؤرخ في 10 أبريل 2013¹.

ولما كان الأمر كذلك ارتأينا إلى طرح إشكالية تتمثل في مدى فعالية جهاز المساعدة على الإدماج المهني في رفع مستوى التشغيل و التقليل من حجم البطالة ؟، و إجابة على هاته الإشكالية، سنحاول من خلال هذا المقال تقييم فعالية هذا الجهاز كنموذج عن الآليات التي اعتمدها الجزائر في سبيل النهوض بقطاع التشغيل ومدى مساهمته في تقليل حجم البطالة وإدماج الشباب في قطاع الشغل. وذلك من خلال التعرض إلى تحديد المركز القانوني لهذا الجهاز. ومن المعلوم أنّ هذا لن يتأتى إلاّ إذا حدّدنا طبيعته القانونية في مرحلة أولى(I) وحلّلنا تحليلًا قانونيًا آليات وتقنيات عمله كمرحلة ثانية(II).

I/ الطبيعة القانونية لجهاز المساعدة على الإدماج المهني

يعتبر تحديد الطبيعة القانونية لأي جهاز من المسائل التي تسمح بتحديد النظام القانوني والقواعد القانونية التي يخضع لها الجهاز ومن ثم الوقوف عند مدى مرونة تلك القواعد وتعقدها، فبقدر ما تكون القواعد مرنة فبقدر ما يتمتع الجهاز بنوع من الحرية تسمح له بأداء مهامه.

غير أنّ الواضح من خلال استقراء أحكام المرسوم التنفيذي المنشئ لجهاز المساعدة على الإدماج المهني أنه لا يتمتع بأية استقلالية، فهو ذو طبيعة أدوية (أولاً)، يشبه ما يسمى في لغة القانون بسلطة عدم التركيز (ثانياً).

أولاً/ الطبيعة الأدوية لجهاز المساعدة على الإدماج المهني

يظهر الطابع الأدوي لجهاز المساعدة على الإدماج المهني من خلال عدم استقلاليته من الناحيتين الوظيفية والعضوية وعدم تمتعه بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية.

1/ عدم استقلالية جهاز المساعدة على الإدماج المهني من الناحية الوظيفية

لا شك أنّ استقلالية أي جهاز من الناحية الوظيفية تقتضي أن يتمتع بصلاحيات تمكّنه من اتخاذ قرارات هامة ومؤثرة في مجال عمله دون الرجوع في ذلك إلى السلطة الرئاسية أو السلطة الوصية، فالرقابة الوحيدة التي يخضع لها الجهاز هي الرقابة القضائية. غير أنّه بالرجوع إلى الأحكام الناظمة لنشاط جهاز المساعدة على الإدماج المهني نجدها قد أخضعت نشاط الجهاز إلى رقابة مزدوجة تتولّاها الوكالة الوطنية للتشغيل بمعية المديرية الولائية للتشغيل².

وهذا ما تؤكدُه المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، حيث جاء فيها أنه "تضمن الوكالة الوطنية للتشغيل بالاتصال مع مديرية التشغيل للولاية، متابعة المستفيدين وتقييمهم ومراقبة تنفيذ الجهاز خلال فترة الإدماج"³. وتضيف المادة 33 من ذات المرسوم بأنه تنصب مراقبة الوكالة الوطنية للتشغيل ومديرية التشغيل للولاية، لاسيما على ما يأتي:

- تعيين الشاب المستفيد من عقد الإدماج في منصب عمل يتوافق مع تكوينه وتأهيله.
 - تأطير المستفيدين من عقود إدماج حاملي الشهادات في الوسط المهني كما هو منصوص عليه في المادة 24 من ذات المرسوم.
 - مواظبة المستفيدين من عقود الإدماج على منصب العمل غير الإرسال الشهري لأوراق الحضور التي يؤشّر عليها المستخدم.
 - توظيف المستفيد عند انتهاء فترة الإدماج عبر إرسال نسخة من عقد العمل والإنتساب للضمان الاجتماعي.

- تسليم شهادة الإدماج المذكورة في عقد الإدماج عند انتهاء الفترة التعاقدية للإدماج بالنسبة للمستفيدين الذين لم يتم توظيفهم⁴.

فمن خلال استقراء المواد السالفة الذكر نتساءل حول الدور الذي يلعبه الجهاز في تسيير الملفات المطروحة باسم الجهاز وما هي سلطة القرار الممنوحة له، فجعله تحت رقابة و سلطة جهاز آخر يقلل من حريته في العمل و اتخاذ المبادرات و القرارات اللائقة في الوقت المناسب.

2/ عدم استقلالية جهاز المساعدة على الإدماج المهني من الناحية العضوية

تتعدد مظاهر استقلالية أي جهاز من الناحية العضوية، فيمكن أن يتمثل مظهر الاستقلالية في انتهاج أسلوب الانتخاب في تعيين أعضائه أو تعدد السلطات المختصة في تعيين الأعضاء أي توزيع سلطة التعيين بين عدة سلطات وكذلك قد تتمثل الاستقلالية العضوية من خلال التشكيلة الجماعية والضمانات المحاطة ضد عزلها وضمانات تتعلق بالحياد أثناء أداء عملها⁵.

وبالرجوع إلى جهاز المساعدة على الإدماج المهني نجد أنه لا يتمتع بأية استقلالية من الناحية العضوية، مما يجعله في حالة تبعية تجاه السلطة التنفيذية. وهذا قد يؤثر سلبا على أداء الأعضاء.

تؤكد المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 08-126 السالف الذكر، بأنّ ضمان تسيير جهاز المساعدة على الإدماج المهني تتولاه الوكالة الوطنية للتشغيل بالاتصال مع مديرية التشغيل للولاية. وهذا من شأنه أن يخلق نوعا من التضارب بين اختصاصات الهيئتين، ومن ثم قد يؤثر ذلك سلبا على أداء جهاز المساعدة على الإدماج المهني. وحتى لو أنّ المشرع قد أحال تنظيم تحديد علاقة الوكالة الوطنية للتشغيل بمديرية التشغيل للولاية بشأن تسيير الجهاز إلى سلطة الوزير المكلف بالتشغيل الذي يحددها عن طريق منشور. وهذا يعني أنّ اتساع وتضييق تدخل هيئة على حساب أخرى يتناسب طرديا مع فلسفة وأيديولوجية كل وزير⁶.

ثانياً/ جهاز المساعدة على الإدماج المهني تشبه سلطة عدم تركيز

من المعروف لدى أهل الاختصاص القانوني أنّ عدم التركيز الإداري يشكل صورة من صور النظام المركزي، يخوّل بمقتضاه ممثل السلطة المركزية صلاحية القيام ببعض الأعمال وإصدار القرارات بتفويض منها. ويعتبر هذا الأسلوب تطورا لفكرة المركزية التي كانت تنسم بالجماد، فعدم التركيز ظهر حينما ثبت تعذر تطبيق نظام اللامركزية المطلقة، لذا تعيّن على الإدارة المركزية تفويض ونقل جزء من صلاحياتها إلى ممثلها المنتشرين في كل الإقليم⁷.

وإذا كان ممثلو السلطة المركزية يتمتّعون بشيء من الاستقلالية فيفصلون في بعض القضايا دون الرجوع للسلطة المركزية، فإنّ هذا الاستقلال إنّما هو استقلال عارض فرضته عوامل فنية ومنطقية، يمكن حصرها في صعوبة تحكّم السلطة المركزية في كل صغيرة وكبيرة تحدث في كل جزء من أجزاء الأقاليم، كما أنّ ممثل السلطة المركزية يمارس مهامه تحت إشراف ورقابة الوزير بحكم السلطة الرئاسية التي تخوّل ممارسة صلاحيات على أشخاص الموظفين وأعمالهم، وهذا خلافا لاستقلال الوحدات الإدارية المحلية فهو استقلال أصيل لا تستطيع السلطة المركزية أن تنقص منه أو أن تفرض تبعية الهيئة

المحلية لها بحكم تمتّع هذه الأخيرة بالشخصية المعنوية. وتبعاً لذلك فإنه لا تربط بين مسيري الأجهزة المحلية والسلطة المركزية رابطة التبعية أو السلطة الرئاسية مثلما هو الشأن عند تطبيق نظام عدم التركيز الإداري، وإنما تربطهم بها فكرة الرقابة الوصائية كما يرى البعض قد يكون خطوة في سبيل اللامركزية الإدارية، وربما تحدث الدولة هيئات عدم التركيز لتكون بمثابة همزة وصل بين الهيئة المستقلة ذات الطابع المحلي وجهة وصائية مثلما هو الأمر في نظام الدائرة⁸.

وبتفحص المرسوم التنفيذي رقم 08-126 السالف الذكر لا نجد ما يوحي بتمتّع جهاز المساعدة على الإدماج المهني بالشخصية القانونية ولا وجود لذمة مالية مستقلة، مما يضفي عليه صفة سلطة عدم التركيز الإداري، وهو ما يعرقل التسليم الحسن للجهاز، و ضمان الفعالية.

1/عدم تمتع الجهاز بالشخصية القانونية

تعتبر فكرة الشخصية الاعتبارية من أهم الأفكار التي أحرزت طفرة كبيرة ونقلتها نوعية في الفكر القانوني، وقد تضاربت حول أساسها الآراء الفقهية، فمنهم من يرى أنّ هذه الشخصية هي مجرد وهم وخيال صنعه المشرع لضرورة تأمين النظام العام وتسيير المرافق العامة، ومنهم من يرى أنّ هذه الشخصية ليست مجرد خيال وإنما لها وجود حقيقي وليس للمشرع أي علاقة في إنشائها. في حين يرى رأي آخر أنّ الشخصية المعنوية هي ضرورة وجدت لتنفيذ المشاريع⁹. ولكن مهما يكن فإنّ المتفق عليه حالياً أنّ مفهوم الشخصية المعنوية أضحى أحد المفاهيم المستقرة والراسخة المعنى لدى الحقوقيين واعترفت بها كافة التشريعات الحديثة.

وهذا ما فعله مثلاً المشرع الجزائري في المادتين 49 و50 من القانون المدني، وتؤكد المادة الأخيرة أنّ الشخص الاعتباري يتمتّع بمجموعة من المميزات تسمح له بأداء الهدف الذي أنشئ من أجله. فهو يتمتّع بأهلية الأداء والوجوب التي تمكّنه من اكتساب الحقوق وتحملّ الالتزامات. وعلى هذا الأساس يمكن له أن يبرم العقود وأن يتحمّل المسؤولية سواء مدنية أم جزائية بما له من أهلية التقاضي¹⁰.

غير أنّ القانون في كثير من الأحيان يكتفي بالاعتراف بالشخصية القانونية دون الخوض في مميزات الشخصية كأهلية التقاضي والموطن وغيرها. فهذه الأخيرة هي نتائج تترتب عن التمتع بالشخصية القانونية.

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 08-126 الخاص بجهاز المساعدة على الإدماج المهني لا نجد أي أثر للشخصية الاعتبارية أو لأهلية التقاضي أو غيرها، وهذا ما يجعل هذا الجهاز شبيهاً بهيئة عدم تركيز فهي بمثابة همزة وصل. وبناء على ذلك فإنّ جهاز المساعدة على الإدماج المهني ليس شخصاً من أشخاص القانون و ليس لها أية سلطة في اتخاذ القرارات أو الإجراءات ذات الأهمية في تسيير المرفق.

2/ عدم الاستقلالية المالية

لا شك أنّ تمتع أي جهاز بالاستقلالية المالية أو الذمة المالية المستقلة قد يساعد على تحقيق الفعالية في الميدان الذي استحدث فيه، فالاستقلالية تفترض أنّ يكون للجهاز رأسمال تأسيسي ورأسمال ناتج عن الأرباح التي يحققها مقابل الخدمات والمهام التي يقدمها، وأما أن يكون الرأسمال تابعا كلية لجهة أخرى. فهذا يعني أنّ الجهاز لا يستطيع أن يتصرف في تلك الأموال إلاّ على الوجه الذي تحدده السلطة المالكة للمال¹¹.

وبالعودة إلى 34 من المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المشار إليه آنفاً فإنّها تقر بأنّه تسجل النفقات المتعلقة بتمويل الجهاز بعنوان ميزانية الوزارة المكلفة بالتشغيل، وتضيف المادة 35 أنّ التخصّصات المالية الممنوحة لجهاز المساعدة على الإدماج المهني تسيّر من طرف الوكالة الوطنية للتشغيل، وأن تخصّص عملاً بالمادة 36 حصة تقدر بـ 3 % من النفقات لتغطية مصاريف التسيير التي تتحمّلها الوكالة الوطنية للتشغيل. وبناء على نص المادة 37 فإنّه تخصّص حصة 15 % من النفقات إلى التكفل بنشاطات التكوين وتحسين المستوى¹².

وبناء على ما تقدم يتضح أنّ جهاز المساعدة على الإدماج المهني لا يتمتع بشخصية قانونية ولا بذمة مالية مستقلة تسمح له باتخاذ المبادرات والترتيبات اللازمة والتي تكون في صالح الجهاز دون اللجوء إلى الموافقة الأولية للسلطة الوصية مما ينقص من فعاليته على المستوى العملي ويترتب عن ذلك عدم تمتعه بأهلية التقاضي. ومن ثم أي نزاع ينشأ

مع هذا الجهاز ترفع الدعوى ضد السلطة الوصية و التي تعرف إجراءات تقاضي أكثر تعقيدا.

II/ التحليل القانوني لآليات وتقنيات عمل جهاز المساعدة على الإدماج المهني

يهدف الجهاز إلى تشجيع الإدماج المهني للشباب طالبي العمل المبتدئين، وكذلك تشجيع كافة أشكال النشاط والتدابير الرامية إلى ترقية تشغيل الشباب، لاسيما عبر برامج تكوين/ تشغيل و توظيف.

تتم آلية إدماج هذه الفئات الثلاثة من طالبي العمل في عالم الشغل حسب نص المادة 04 من المرسوم السالف الذكر، في شكل من العقود التي تبرم بين الهيئة المستخدمة وطالب العمل و الجهاز كهيئة مشرفة و مراقبة لمدى تنفيذ بنود العقد.

- عقود إدماج حاملي الشهادات (CID) موجهة لخريجي التعليم العالي (طور قصير و طويل المدى) و كذا التقنيين السامين خريجي المراكز الوطنية للتكوين المهني.

- عقود الإدماج المهني (CIP) موجهة للشباب طالبي لأول مرة خريجي الطور الثانوي لمنظومة التربية الوطنية و مراكز التكوين المهني أو الذين تابعوا تكويننا مهنيا.

- عقود تكوين /إدماج (CIF) موجهة لطالبي الشغل بدون تكوين و لا تأهيل بالإضافة إلى هذه العقود فقد تضمنّ الجهاز كذلك عقد للتشغيل مدته 6 أشهر كحد أقصى، وتنصيب الشباب للتكوين لدى حرفيين مؤطرين ، إلى جانب التدابير الخاصة للبحث على البحث عن التكوين المؤهل¹³.

يضيف الجهاز عقد العمل المدعم الذي يتضمّن مساهمة في تحمل أعباء الأجور للشباب طالبي العمل لأول مرة و الذين يتم توظيفهم في القطاع الاقتصادي ، وفق فترات متفاوتة المدة بالنسبة لكل فئة من الشباب، كما يؤسس تحفيزات جبائية و شبه جبائية لفائدة المستخدمين مقابل التشغيل و المنصوص عليها في نص المادة 59 من القانون 24/06 المتضمن قانون المالية لسنة 2007 و المتمثلة أساسا:

- تخفيض في الضريبة على الدخل الإجمالي بنسبة 50 % من مبلغ الأجور المدفوعة للمؤسسات التي تحافظ أو تنشئ مناصب عمل جديدة .

- تخفيض في الضريبة على الربح الخاضع للضريبة في حدود 5%.

- إمكانية الاستفادة من الإجراء لمدة لا تقل عن 4 سنوات¹⁴.

وقد تم تحديد سقف للاستفادة من هذه العقود لكل مستخدم حسب المادة 7 من المرسوم 08-126، بحيث لا يتجاوز 15% من عدد العمال المشغلين بالمؤسسة المعنية، تفاديا للاستعمال المفرط للإمكانات التي يوفرها هذا الجهاز دون مقابل، الذي يشترط في نفس الوقت على المؤسسات التي لم تبادر بتوظيف 25% على الأقل من الشباب المستفيدين من عقود الإدماج، بعدم تمكينها من الاستفادة من تخصيص مناصب جديدة في إطار هذا الجهاز. أما المؤسسات التي حققت نسبة توظيف تفوق 25% فيمكنها الاستفادة من تخصيص إضافي وفي حدود 30% من عدد العمال المشغلين بها¹⁵.

و في هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى انعدام إجراءات ردية أو غرامات تسلط على المستخدمين الذين لا يوظفون الشباب المدمجين، ولقد بين الواقع العملي تهرب الكثير منهم بعد انتهاء مدة العقد من توظيف، ولو جزء من الشباب المدمجين، مما يجعل المستخدمين الراجح الكبير في القضية كونهم يستفيدون من إجراءات تحفيزية دون أي التزام بالتوظيف من قبلهم.

أولا/ شروط التأهيل

للاستفادة من عقود الإدماج المنصوص عليها في إطار الجهاز وضع المرسوم 08/126 لاسيما المادة 13 منه مجموعة من الشروط تتمثل في كل من:

- ذوي جنسية جزائرية .
- البالغين من العمر 18 إلى 35 سنة .
- مثبتين لوضعيتهم إزاء الخدمة الوطنية.
- حائزين على الشهادات، ومثبتين لمستواهم التعليمي و المؤهلات المهنية.
- مسجلين كطالبي عمل مبتدئين لدى الوكالة المحلية للتشغيل الموجودة في مكان إقامتهم و يمكن تخفيض شرط السن إلى 16 سنة بالنسبة للشباب طالبي العمل المبتدئين شريطة أن يقبلوا متابعة تكوين في الفروع أو التخصصات التي تعرف عجزا في سوق التشغيل، كما أن الاستفادة من هذا الجهاز ممانعة لكل استفادة من جهاز آخر مماثل تقرره الدولة¹⁶.

ثانيا/ تعدد آليات عمل جهاز المساعدة على الإدماج المهني

تتعدّد أشكال العقود التي يعمل بها هذا الجهاز، و هي الآليات التي يتم وفقها إدماج الفئات الثلاثة من طالبي العمل في عالم الشغل، و التي سوف نتطرّق إليها حسب كل عقد فيما يلي:

1/ عقود إدماج حاملي الشهادات (CID)

يستفيد منها الشباب طالبي العمل للمرة الأولى حسب المادة 03 من المرسوم، من حاملي شهادات التعليم العالي (خريجي التعليم العالي الطور القصير و الطويل المدى) و كذا التقنيين السامين خريجي المؤسسات الوطنية للتكوين المهني.

أ/ آليات الإدماج

منذ سنة 1998 م خصّص لهذه الفئة جهاز عقود ما قبل التشغيل كآلية لدعم إدماجهم مهنيا ، وبعد 10 سنوات من تطبيق هذا الجهاز اتّضح وجوب تخصيص مرافقة أكثر نوعية سواء على مستوى الفرد في و ضعه كطالب عمل أو على مستوى المؤسسة التي هي في حاجة إلى يد مؤهّلة ، و هنا تظهر أهمية جهاز إدماج حاملي الشهادات فمن خصائصه:

- ربط مسألة تسيير بطالة حاملي الشهادات بالقطاع الاقتصادي، حيث يحقّز التوظيف لدى المؤسسات الاقتصادية في محاربة البطالة.
- مرافقة أحسن لحامل الشهادة الجامعية من خلال نشاطات تكوين و إعادة تأهيل و تحسين المعارف من خلال فترة الإدماج (فترة العقد)، و التي يمكن أن تكتسي هذه النشاطات صيغتين:
- التكوين و إعادة التأهيل في الموقع ، مع تأطير إجباري لحامل الشهادة ، قصد تمكينه من تحسين معارفه .
- تكوين قصير المدى بالمؤسسة المستخدمة في إطار عقد تكوين /تشغيل ينتهي بتوظيف المستفيدين.

يتوخّى الجهاز من خلال هذا التكوين إلى تكييف الطلب مع التشغيل و بالتالي المؤهلات مع حاجيات سوق العمل، من خلال البحث عن أكبر مقارنة بين التكوين والتشغيل و كذا

عن طريق تنشيط الأسواق المحلية للتشغيل بغية مكافحة البطالة. وفي هذا السياق فإنّ الجهاز الجديد يمنح الأولوية في التوظيف للجامعيين الموجودين في وضعية عقد إدماج وذلك بموجب الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية¹⁷.

ب/ الأجر

يستفيد الشباب حامل الشهادة الجامعية من أجرة شهرية تتحمّل الدولة أعباءها و تكون مرجعية حسب مستوى المستفيد إن كان جامعيًا أو تقنيا ساميًا، و حدّدت هذه الأجرة حسب الأجر القاعدي للإطار المبتدئ في التوظيف العمومي 55% بالصنف 11 الرقم الاستدلالي 498 لحاملي الشهادات الجامعية، و 50%، بالصنف 10 الرقم الاستدلالي 453 بالنسبة للتقنيين السامين. و يحتفظ بمبلغ الأجرة عندما يتم تمديد عقد الإدماج في قطاع المؤسسات و الإدارات العمومية، و تتكفل الدولة بحصة أرباب العمل بالنسبة لاشتراكات في الضمان الاجتماعي.

هذه الامتيازات تقع كلها على عاتق الدولة و يمكن استكمالها بدعم لفائدة المستخدمين فيشكل عقد عمل مدعم لتشجيع توظيف حاملي الشهادات المستفيدين من عقود الإدماج لدى المؤسسات العمومية و الخاصة، و يضمن هذا العقد للمستخدم مساهمة من الدولة في أجر الشباب الجامعي و فق صيغة تناقصية تدفع لمدة ثلاث (03) سنوات.

وفي هذا الإطار تعمل الوكالة الوطنية للتشغيل إلى جانب مهمتها بتسجيلها للبطالين أصحاب الشهادات باستغلال كل فرص توظيف هذه الفئة، كما يمكنها التفاوض مع المستخدم بشأن عقود العمل المدعمة لفائدة حاملي الشهادات، وهي الصيغة التي يتم بها المرور من منصب عمل بعقد إدماج على نفقة الدولة إلى عقد عمل مدعم على نفقة المستخدم بمساهمة من الدولة¹⁸.

وفي إطار التشجيع فقد تم منح المستخدمين امتيازات جبائية و شبه جبائية، في إطار هذه الإستراتيجية الجديدة، و امتيازات تشجيعية على خلق مناصب الشغل في إطار التشريع الخاص بالاستثمار.

لقد تم تحديد مدة الإدماج بسنة واحدة غير قابلة للتجديد للقطاع الاقتصادي، و سنة واحدة قابلة للتجديد للهيئات و الإدارات العمومية بطلب منها مع الاحتفاظ بمنحة الإدماج، و في حالة اقتراح الوكالة الوطنية للتشغيل على الشباب حاملي الشهادات عقد عمل مدعم على مستوى مؤسسة عمومية طبقا لمؤهلاته ، خلال فترة الإدماج لدى الإدارات و المؤسسات العمومية ، يستلزم عليه قبول الاقتراح و إلا يفقد هذا الأخير حق الاستفادة من عقد إدماج حاملي الشهادات.

2/ عقود الإدماج المهني

يستفيد منها الشباب طالبي العمل للمرة الأولى خريجي التعليم الثانوي للتربية الوطنية و مراكز التكوين المهني أو الذين تابعوا تربصا مهنيا.

أ/ آليات الإدماج

يتم وضع الشباب طالبي العمل و المستفيدين من عقود الإدماج المهني لدى الهيئات و الإدارات العمومية و المؤسسات الاقتصادية و الخاصة، و التي كانت تستفيد من برامج مناصب العمل الموسمية بمبادرة محلية.

ب/ أجرة الإدماج

يتقاضى المستفيدون من عقود الإدماج المهني أجرة شهرية تعدل حسب القطاع القانوني يحدّد بالأجر القاعدي الملحق بالصنف 8 الرقم الاستدلالي 379 من سلم أجور الوظيف العمومي كما تتكفل الدولة حصة اشتراك المستخدم في الضمان الاجتماعي. من جهة أخرى، و بغرض تشجيع التوظيف و إلى جانب الأجر، فإنّ الدولة ستدعم المستخدمين من خلال:

- عقد عمل مدعم لمدة سنتين (02) على نفقة الدولة، وفق صيغة تدريجية، حيث تحسب مساهمة الدولة كما يلي:

- نسبة 47% منه خلال السنة الأولى.

- نسبة 35% خلال السنة الثانية.

بالإضافة إلى منح امتيازات جبائية و شبه جبائية التي يقرّها الجهاز طبقا لقانون التأسيس¹⁹.

ج/ فترة الإدماج

لقد تم تحديد مدة الإدماج كذلك بسنة واحدة قابلة للتجديد للقطاع الاقتصادي و هو الاختلاف الجوهرى مع العقد السالف الذكر، و يعود ذلك إلى طبيعة الفئة المدمجة ضمن هذا النوع التي تحتاج وقتاً أكثر للإندماج و الحصول على الخبرة المهنية اللازمة نظراً للمستوى العلمى المختلف، و سنة واحدة قابلة للتجديد للهيئات و الإدارات العمومية بطلب منها مع الاحتفاظ بمنحة الإدماج، و في حالة اقتراح الوكالة الوطنية للتشغيل على الشباب حاملي الشهادات عقد عمل مدعم على مستوى مؤسسة عمومية طبقاً لمؤهلاته، خلال فترة الإدماج لدى الإدارات و المؤسسات العمومية يستلزم عليه قبول الاقتراح و إلا يفقد هذا الأخير حق الاستفادة من عقد إدماج حاملي الشهادات.

3/ عقود تكوين - إدماج

هذه الصيغة من العقود المقترحة، تكوين / إدماج موجهة للتكفل بانشغالات فئة بدون تكوين و لا تأهيل و تركز على مقارنة جديدة أساسها ربط التشغيل بالتكوين من خلال صيغ تشجيع على التكوين في الوسط المهني انطلاقاً من أن التكوين هو الذي يوفر أكبر الحظوظ للإندماج في سوق العمل، بحيث يتم وضع الشباب طالبي العمل و المستفيدين من هذه العقود إما في ورشات الأشغال المختلفة التي تبادر بها الجماعات المحلية و مختلف قطاعات النشاط و إما لدى حرفيين مؤطرين (معلمين) لتابعة تكوين.

يستفيد الشباب المدمجون في إطار عقود تكوين / إدماج من منحة شهرية مبلغها 4000 دج عندما يتابعون تربصاً تكوينياً لدى حرفيين مؤطرين، و أجرة منصب العمل المشغول عندما يتم إدماجهم في إطار انجاز ورشات الأشغال المختلفة، كما يتم إخضاعهم للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في مجال العمل و الضمان الإجتماعي.

من جهة أخرى، و بغرض تشجيع التوظيف، يستفيد الحرفيون المؤطرون عند توظيف الشباب بعد انتهاء مدة الإدماج المؤقت من الامتيازات التالية:

- عقد عمل مدعم لمدة سنة (01) على نفقة الدولة، تحسب مساهمة الدولة بنسبة 53% من الأجر القاعدي.

- منح امتيازات جبائية و شبه جبائية، طبقاً للتشريع الساري المفعول.

و الملاحظ أنّه منذ تنصيب هذا الجهاز سنة 2013 تم استحداث ما يقارب 138.973 منصب شغل جديد في هذا الإطار، إلا أنّ هذه المناصب تتسم بالظرفية، فهي ليست دائمة تضمن الاستقرار للمدمجين ضمن هذا الجهاز، فلم يتمكّن الجهاز من دمج بطريقة فعلية و دائمة لقطاع الشغل سوى 10% من العدد المنوّه إليه أعلاه مما يجعل الجهاز حلاً ظرفياً مبنياً على سياسة قصيرة المدى نتيجة عدة أسباب سبق ذكرها²⁰.

4 / التكوين قصد التكيف مع منصب العمل

يمكن للشباب المدمجين في إطار الجهاز الاستفادة بحسب المادة 20 من المرسوم ما يليها، من تكوين تكميلي أو تجديد معارفهم أو تحسين مستواهم من أجل تكيفهم مع منصب العمل و ذلك إمّا في هياكل التكوين العمومية أو الخاصة و إمّا على مستوى المؤسسات العمومية أو الخاصة و إمّا لدى الحرفيين المعلّمين أو لدى الهيئات أو المنظمات المهنية المتوفرة على هياكل تكوين طبقاً للتشريع و التنظيم المعمول بهما، و تخصص حصة محدّدة بنسبة 15% من النفقات الممنوحة للجهاز إلى التكلّف بنشاطات التكوين و التحسين.

و دائماً، ولدعم مستخدمي القطاع الاقتصادي في حالة التوظيف بعد فترة الإدماج، يموّل الجهاز في حدود 60% ولمدة أقصاها ستة (06) أشهر، عملية التكوين التكميلي للتكيّف مع منصب العمل خلال فترة عقد إدماج حاملي الشهادات و عقد الإدماج المهني، بطلب من المستخدم على أساس عقد تكوين / تشغيل يبرم بين المستخدم و مصالح الوكالة الوطنية للتشغيل المختصة إقليمياً يتضمّن تعهّد المستخدم بتوظيف المستفيد لفترة لا تقل عن سنة واحدة عند انتهاء التكوين.

و في إطار هذا الجهاز، و لتشجيع طالبي العمل لأول مرة على اكتساب تأهيل في المهن المفقودة في سوق العمل تم تأسيس منحة تشجيعية للبحث عن تكوين، و تخصّص هذه المنحة للمستفيدين من الجهاز الذين يتمكّنون من تسجيل أنفسهم في تربية تكوينية مؤهلة لا تزيد مدتها عن 06 أشهر في التخصصات أو الشعب التي تعرف عجزاً في سوق الشغل، و يمكن مواصلة هذا التكوين في مراكز تكوينية معتمدة على مستوى المؤسسة، و تحدّد قيمة المنحة خلال فترة التكوين ب 3000 دج²¹.

خاتمة

ما يمكن أن نخلص إليه من خلال هذه الدراسة أنه على الرغم من أن جهاز المساعدة على الإدماج المهني لا يتمتع بأية استقلالية تجعله يتّصف بنوع من المرونة في أداء مهامه وتحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله، إلا أنه يمكن القول أنه قد حقّق إلى حدّ ما دورا هاما في تقليل حجم البطالة، ويكفي هنا أن نستدلّ بما كشف عنه تحقيق الديوان الوطني للإحصائيات الذي أكّد في 17 جانفي من السنة الجارية أنّ نسبة الإدماج المهني للمتخصّصين على شهادات التعليم العالي في الجزائر تقدر بـ 67 بالمائة وفي سوق عمل تقدر النسبة بـ 57.7 بالمائة لدى الرجال و بـ 15.8 بالمائة لدى النساء. فرغم تحقيق الجهاز لنتائج مقبولة ظرفيا، يبقى أنه لا يعتبر بالحل النهائي و الأنجع لأزمة البطالة، لذا ينبغي إعادة النظر في بعض النقاط تسمح للجهاز بتحقيق أكثر فعالية لا سيما بمراجعة النص القانوني المنظّم للجهاز، فكما منح للمستخدمين تحفيّزات، يجب كذلك إدراج إجراءات تلزمهم على توظيف الشباب المدمجين و لو بنسبة معينة، بالإضافة إلى منح أكثر استقلالية للجهاز من حيث التسيير و ذلك لمواكبة التطورات التي قد يعرفها سوق الشغل و التدخل في الوقت المناسب لسدّ الثغرات و السماح لأكثر عدد ممكن من الشباب في الاندماج في الحياة المهنية بطريقة سريعة و فعالة.

الهوامش

- ¹ مرسوم تنفيذي رقم 126-08 مؤرخ في 19 أفريل 2008، يتعلق بجهاز الإدماج المهني، ج ر عدد 22 المؤرخة في 30 أفريل 2008، معدل ومتمم.
- ² لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، متبعة للطباعة، الجزائر، 2006، ص 86.
- ³ المادة 32 من المرسوم 126-08 السابق الذكر.
- ⁴ المادة 33 من نفس المرسوم.
- ⁵ لعويسات جمال الدين، مبادئ الإدارة، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 102.
- ⁶ المادة 31 من المرسوم 126-08 السابق الذكر.
- ⁷ عوابدي عمار، القانون الإداري، النظام الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 204.
- ⁸ بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، دون سنة النشر، ص 70.
- ⁹ بركات زين العابدين، مبادئ القانون الإداري، المطبعة الجديدة، دمشق، 1976، ص 16.

- ¹⁰ المادة 50 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.
- ¹¹ لباد ناصر، المرجع السابق، ص 86.
- ¹² المواد 34-37 من المرسوم 08-126 السالف الذكر.
- ¹³ المادة 04 من نفس المرسوم.
- ¹⁴ المادة 59 من القانون 06-24 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006، المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج ر عدد 85 المؤرخة في 27 ديسمبر 2006.
- ¹⁵ المادة 07 من المرسوم 08-126 السالف الذكر.
- ¹⁶ المادة 13 من نفس المرسوم.
- ¹⁷ المادة 31 من نفس المرسوم.
- ¹⁸ شباح رشيد، ميزانية الدولة و إشكالية التشغيل في الجزائر، دراسة حالة لولاية تيارت، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة تلمسان، 2012، ص 151-155.
- ¹⁹ داود فتيحة، سياسات التشغيل في الجزائر في ظل المرحلة الانتقالية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة وهران، الجزائر، 2004، ص 152.
- ²⁰ احصائيات وزارة العمل والضمان الاجتماعي عبر موقع الانترنت: www.mtess.gov.dz
- ²¹ راجع:

Bourichelacène, le chômage et les politiques de l'emploi « cas de l'Algérie », Mémoire de magistère, Université de Tlemcen, Algérie, 2004 , p166.

مبدأ الإمتياز كضمانة لحماية أجر العامل*

BRAHMI Nassima
 Doctorante en Droit Social et
 d'Entreprise
 Faculté de Droit et des Sciences
 Politiques Université de Mostaganem

براهمي نسيمة طالبة دكتوراه في القانون
 الاجتماعي و المؤسسة
 كلية الحقوق و العلوم السياسية
 جامعة مستغانم

ملخص

كثيراً ما تصادف المؤسسة الإقتصادية صعوبات مالية، تؤدي إلى عدم قدرتها على دفع ديونها أي إفلاسها و تصفيتها، و بالتالي تفتتح الإجراءات الجماعية لتحصيل حقوق دائني المؤسسة، وعادة ما يكون عمالها الذين لم يتقاضوا أجورهم لفترة معينة من بين هؤلاء الدائنين، بحيث تتعرض أجورهم لخطر عدم دفع جزئي أو كلي. و على هذا الأساس نظراً للطابع المعيشي للأجر و أهميته في حياة العامل.

تناولنا في هذا المقال، « مبدأ الإمتياز » كتدبير حمائي بإعتباره الوسيلة التي أقرها القانون لضمان أولوية و أسبقية العامل في إستيفاء أجره عن الديون الأخرى.

الكلمات الدالة

مبدأ الإمتياز، أجر العامل، الإفلاس، الدائنين.

The principle of excellence as a guarantee for the protection of employee's wage

Summary

The economic company faces often financial difficulties that prevent it to pay its debts, such as its bankruptcy and liquidation, consequently; joint proceedings are taken in order to cover the rights of the debtors of the company, so that its employees who have not received their wages during a certain period are often considered debtors in a way that their wages could be unpaid in part or totally.

That's why and in view of the virtual character of the wage and its importance in the life of the employee; we have raised in this article "the principle of privilege" as a preventive measure as it is considered to be a mean provided by law in order to guarantee the priority of the employer to get his wage before the other debts.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 07/07/2014 وتمّ تحكيمه بتاريخ 21/09/2014 وقُبل للنشر بتاريخ 03/05/2015.

Key words

Principle of excellence, employee's wage, bankruptcy, debtors.

Résumé

L'entreprise économique rencontre souvent des difficultés financières l'empêchant ainsi de payer ses dettes, à savoir sa faillite et sa liquidation; par conséquence, des procédures collective sont engagées à l'effet de recouvrir les droit des créanciers de l'entreprise, en sens que ses employés n'ayant pas perçu leurs salaires durant une certaine période sont souvent comptés parmi lesdits créanciers, de sorte que leurs salaires peuvent être partiellement ou intégralement impayés.

Cela étant et vu le caractère vital du salaire et de son importance dans la vie de l'employé , nous avons abordé dans le présent article «le principe du privilège » en tant que mesure préventive , en ce sens qu' il est considéré comme étant le moyen prévu par la loi à l'effet d'assurer la priorité de l'employé à percevoir son salaire avant les autre dettes.

Mots clés

Principe D'esculence, Salaire de L'employé, La Faillite, Créanciers.

مقدمة

يعتبر أجر العامل من الحقوق الأساسية¹، المعترف بها سواء على المستوى الدولي² أو الوطني، لما له من أهمية إذ يعدّ المصدر الرئيس لإشباع حاجيات العامل و أسرته سواء كانت إحتياجات أساسية لبقائه، أو لشعوره بالأمن و الإدماج في المجتمع. و طالما كان موضوع أجر العامل ذو أهمية بالغة، فقد احتلّ حيزاً كبيراً على المستوى الدولي في ظل منظمات العمل الدولية³ وكذا منظمات العمل العربية⁴، وذلك من خلال إرسائها للعديد من الإتفاقيات و التوصيات من شأنها الإعتراف بهذا الحق و كذا العمل على حمايته.

أمّا على المستوى الوطني، فجّل التشريعات العمالية تهتم بموضوع الأجر بإعتباره ذلك المقابل المالي الذي يدفعه صاحب العمل للعامل نتيجة العمل المؤدّى⁵، كما إعترف المشرع الجزائري بهذا الحق في نص المادة 80 من قانون العمل الجديد 90-11 «للعامل الحق في أجر مقابل العمل المؤدّى يتقاضى بموجبه مرتباً أو دخلاً يتناسب ونتائج العمل»⁶.

بيد أنه، قد تتعرض أجور العمال إلى أخطار تؤدي إلى عدم دفعها كلياً أو جزئياً، وذلك لأسباب مختلفة يعود بعضها إلى رب العمل، وبعضها الآخر لدائنه في حين هناك أخطار يكون مصدرها دائني العامل نفسه.

ونحن في إطار هذا المقال نحاول تناول صورة من الصور التي قد يتعرض لها أجر العامل، وهي حالة إفلاس صاحب العمل وتزاحم دائنيه، مما ينجم عن ذلك خطر ضياع أو فقدان العامل لأجره.

وباعتبار مبدأ الإمتياز هو الوسيلة المقررة قانوناً لحماية أجر العامل وذلك بمنحه حق الأسبقية على باقي الديون الأخرى. فمامدى تكريس هذا المبدأ على المستوى الدولي و الوطني؟ وفيما تكمن الصعوبات التي يواجهها من الناحية التطبيقية؟.

I / مبدأ الإمتياز كحق مقرر قانوناً

أولاً / مفهوم حق الإمتياز

قبل التطرق لتبيان مظاهر تكريس مبدأ الإمتياز التي خولها القانون لأجر العامل، يهّمنا تحديد معنى حق الإمتياز و خصائصه، كما يستوجب علينا التمييز بين الإمتياز العام و الإمتياز الخاص وإلى أيّ منهما يندرج أجر العامل؟.

1/ تعريف حق الإمتياز⁷

حقوق الإمتياز أو الإمتيازات أو الحقوق الممتازة؛ يعني إعطاء أولوية معيّنة لشخص معيّن أو لأشخاص معيّنين في استيفاء حقهم، فهو يفيد بالضرورة عدم خضوع هذا الشخص لقسمة الغرماء⁸.

فالإمتياز سلطة يقررها القانون لدائن معيّن مراعاة لصفة حقه، تخوّله أن يستوفي هذا الحق من مال معيّن أو مجموع أموال مدينه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين و الدائنين أصحاب الضمانات التاليين في المرتبة⁹.

وبالتالي فالإمتياز في جوهره ليس إلّا محاباة لدائن معيّن وتفضيله بالتالي على سائر الدائنين وعلى طائفة منهم، وهو ما يتفق مع معنى الأصل اللاتيني لكلمة امتياز فهي اشتقاق من عبارة أي القانون الذي يعمل من أجل الفرد.

أما المشرع الجزائري فقد عرّف حق الإمتياز في نص المادة 982 من القانون المدني «الإمتياز أولوية يقرها القانون لدين معيّن مراعاة منه لصفته و لا يكون لدين إمتياز إلاّ بمقتضى نص قانوني»¹⁰

كما عرّفه المشرع الفرنسي في نص المادة 2324 من القانون المدني على أنه «حق يمنحه صفة الدين للدائن في التقدم على غيره من الدائنين المرتهنين منهم»¹¹.

2 / خصائص حق الإمتياز

بإستقراء نص المادة 982 المشار أعلاه، يتبيّن لنا أنّ حق الإمتياز الذي يتمتع به أجر العامل الدائن يجب أن يشمل على ثلاثة خصائص:

أ- أنّ حق الإمتياز: هو أولوية الدائن الممتاز في إستيفاء حقه، و أولوية الحق لا يأتي إلاّ عن طريق السماح بإستيفائه قبل غيره من الحقوق، وبالتالي صفة الأفضلية أو الإمتياز في هذا الإطار لا يباشر إلاّ عند تزامم الدائنين، فلو كان صاحب الحق الممتاز هو وحده الذي يقوم بالتّنفيد على أموال المدين لما كان لتمسكه بإمتياز أي معنى. كما أنّه يشترط لمباشرة الإمتياز عند تحويل أموال المدين إلى مبلغ من النقود فهذا الأخير الأولوية في الإستيفاء، و يترتب على ذلك أنّ صاحب الحق الممتاز لا يحق له أن يمنع المدين من التصرف في أمواله، ولا أن يمنع دائني المدين من توقيع الحجز على هذه الأموال¹².

ب / أنّ حق الإمتياز لا يتقرر إلاّ بنص قانوني: وفي ذلك تضمنت المادة 982 من القانون المدني عبارة " إلاّ بمقتضى نص قانوني " ؛ بمعنى أنّ القانون هو مصدر حق الإمتياز المباشر و بمقتضاه تعيّن الحقوق الممتازة و يترتب على هذا أنّه لايجوز للأفراد أن يقرّروا وجود إمتياز حق من الحقوق إذا كان المشرع لم يقرر إمتيازهم للحق¹³.

ج- أنّ حق الإمتياز يتقرّر لدين من الديون مراعاة لصفة هذا الدين دون إعتبار لشخص الدائن، فالمشرع يرى أنّه من الديون ما يختص بصفة خاصة تجعله في نظره جديراً بالرعاية فيكتنفه بحمايته ويوقّر ضمان الوفاء به بتقرير إمتيازه، كما هو الشأن بالنسبة لموضوع أجر العامل بإعتباره من المواضيع الحسّاسة، ولذا يترتب عليه أنّ الإمتياز يبقى ولو تحيز الدائن.

3 / أنواع الإمتياز

بإستقراء فحوى المادة 984¹⁴ من القانون المدني، يتبيّن لنا أنّ حق الإمتياز قد يكون إمتياز عاما، كما قد يكون إمتياز خاصا :

أ- الإمتياز العام: هو الإمتياز الذي يكون محله جميع أموال المدين، و هو يخول للدائن التّنفيد على أيّ مال من أموال المدين المملوكة له عند التّنفيد، و يستوفي حقه من ثمنها بالأولوية على غيره من الدائنين، و لكن ليس له حق تتبّع ما خرج من ملكية المدين قبل ذلك .

ب- الإمتياز الخاص: هو الإمتياز الذي يقع على أحد أموال المدين، قد يكون إمتيازاً عقارياً وقد يكون إمتيازاً منقولاً إذا كان محله منقولاً. والإمتياز الخاص يخوّل للدائن سلطة التّنفيد على المال محل الإمتياز و إستيفاء حقه من ثمنه بالأولوية على غيره من الدائنين، و إذا خرج هذا المال من يد المدين كان للدائن حق تتبعه و التّنفيد عليه في يد من إنتقلت إليه ملكيته¹⁵.

ومن خلال إستعراضنا لأنواع الإمتياز يمكن القول أنّ أجر العامل يعدّ من الإمتياز العام، لذا يهمننا معرفة مضمون هذا الإمتياز.

ثانياً / مضمون مبدأ الإمتياز بإعتباره كضمانة لحماية أجر العامل

هذا المبدأ معترف به في مختلف القوانين العمالية المعاصرة بصفة عامة، وفي التّشريع الجرائري بصفة خاصة، حيث يتلخّص مضمونه في إمتياز وأسبقيّة الحقوق المالية للعمال المتمثلة في الأجور و مختلف الملحقات التابعة لها عن الديون الأخرى التي قد تترتب على صاحب العمل، مهما كانت طبيعتها المدنية أو التجارية أو تلك المتعلقة ببعض الديون العامة و مختلف ديون الغير مهما كانت طبيعتهم القانونية¹⁶ و هذا المبدأ يمنح للعامل إمتياز لتحصيل أجوره بحيث يجعله مرتّباً بين الدائنين في الصدارة¹⁷.

وفي إطار هذا الحق " الإمتياز" فإنّ العامل مهما كانت رتبته، فيجب أن لا يتضرر من الوضعية المالية السيئة التي آل إليها صاحب العمل، حين يصبح الجانب السلبي من ذمته أكبر من جانبها الإيجابي، مما ينجر عن ذلك تراحم الدائنين، و من بينهم العمال الذين

قد يتعرّضون إلى احتمال فقدان أجورهم المستحقة على صاحب العمل خاصة إذا كان من الدائنين من لهم أفضلية كالدائن المرتين¹⁸.

ونظراً للصفة المعيشية التي يتمييز بها الأجر فإنّ مبدأ قسمة الغرماء يطبّق على صاحب العمل ماعدا العمال، و لهذا يمكن القول أنّ المشرع الجزائري قطع السبيل أمام الدائنين و منعهم من مزاحمة العمال و ذلك بأن جعل دين العمال بأجورهم من الديون الممتازة¹⁹ التي ترد على جميع أموال صاحب العمل منقولها و عقارها بمقتضى القانون خلافا لبعض الحقوق الأفضلية التي تنتج عن إتفاق²⁰.

1/ محل الإمتياز

إنّ الإمتياز المقرّر لأجر العامل هو إمتياز عام يرد على كل أموال المدين أي صاحب العمل العقارية و المنقولة على حدّ سواء²¹، وهو إمتياز لا يخضع لنظام الشهر، لذلك فهو لا يعطى لصاحبه حق التتبع، ولكنه يخوّل العامل الأفضلية على أي حق إمتياز خاص أو أي حق رهن رسمي²².

2/ المستفيدين من حق الإمتياز

إنّ الهدف الأول من حماية ديون الأجر، هو حماية العامل الذي يكون في إطار علاقة العمل تحت تأثير إعسار أو إفلاس صاحب العمل. حيث تختلف الدول في تحديد نطاق الحماية التي يقرها حق الإمتياز من حيث الأشخاص.

فوفقا لقانون العمل الجزائري يمنح حق الإمتياز لجميع العمال دون تمييز، و ذلك بغضّ النظر عن طبيعة عقد العمل و الأداة التي تنظّمها سواء أكانت عقود مكتوبة أو غير مكتوبة حتى و لو كانت علاقة العمل غير كاملة أو كانت مؤقتة²³.

وفي نفس الرأي نجد المشرع الفرنسي يقرّ حق الإمتياز لجميع العمال مهما كان القطاع الذي ينتمون إليه²⁴.

و خلافا للتشريع الجزائري؛ نجد على سبيل المثال "جزر موريس" تذهب إلى أبعد من ذلك، إذ توسّع من نطاق هذه الحماية لتشمل مستحقات العمال الممتهين على غرار العمال العاديين و بنفس الرتبة. وهناك دول أخرى تحصر طوائف العمال التي تستفيد من

هذا الإمتياز على غرارها "الأرغواي" أين يقتصر هذا الحق على الأجراء و العمال اليدويين و الخدم المنزلي و المحامين و الأطباء والمستشارين القانونيين الذين يشتغلون بعقد عمل²⁵

3/ طبيعة الدين محل الإمتياز

إنّ تحديد طبيعة الأجر الذي يشتمله مبدأ الإمتياز يختلف من دولة لأخرى؛

هناك بعض الدول كالبرازيل، و كولومبيا، و موريتانيا، و السنغال و النيجر: تقرر أنّ دين الأجر الذي يشملته حق الإمتياز يتضمن الأجر القاعدي إضافة إلى كل التعويضات و المكافآت و الحق في العطل بجميع أنواعها.

و في بعض الدول الأخرى كزيلاندا الجديدة؛ يمتد الإمتياز إلى الأجور سواء المحسوبة على أساس الزمن أو على أساس القطعة، سواء كانت أجور ثابتة أو متغيرة، بالإضافة للتعويضات الخاصة بالعطل السنوية و العطل المرضية.

وتتجه بعض الدول الأخرى إلى توسيع أكثر في تحديد مضمون الأجر الذي يشملته الإمتياز، فإلى جانب الأجر و كل العناصر المرتبطة به، نجد بعض الدول تقضى صراحة إعتبار تعويضات التسريح ضمن عناصر الأجر المعنية بالإمتياز كما هو الحال في ماليزيا، كرواتيا، جمهورية التشيك²⁶.

أما في قانون العمل الجزائري يكون دين الأجر محل الإمتياز²⁷، بمفهوم نص

المادة 81 من القانون العمل 90-11 يفهم من عبارة مرتب، حسب هذا القانون

-الأجر الأساسي الناجم عن التصنيف المهني في الهيئة المستخدمة.

-التعويضات المدفوعة بحكم أقدمية العامل أو مقابل الساعات الإضافية بحكم ظروف عمل خاصة، لاسيما العمل التناوبي و العمل المضّر و الإلزامي، بما فيه العمل الليلي و علاوة المنطقة،

-العلاوات: المرتبطة بإنتاجية العمل ونتائجه»²⁸.

II / تكريس حق الإمتياز بإعتباره ضمانة لحماية أجر العامل

كما سبقت الإشارة إليه، أنّ مبدأ الإمتياز يعدّ تديبرا من التدابير الحمائية المقررة

قانوناً التي تخدم مصلحة العامل بإعتباره الطرف الضعيف في علاقة العمل، و على هذا الأساس سنحاول تبيان مدى تكريس هذا الحق " حق الإمتياز " على المستوى الدولي أي في

ظلّ منظمات العمل الدولية و العربية، مع تبيان مدى تكريس هذا الحق على المستوى الوطني أي في ظل التشريع الجزائري، و شتى الصعوبات التي تعترض هذا المبدأ من الناحية التطبيقية.

أولاً/الإعتراف بحق إمتياز أجر العامل على المستوى الدولي

منذ منتصف الثلاثينيات من القرن الماضي إستحوذ موضوع حماية الأجور الصدارة في ظل منظمات العمل الدولية و كذا العربية، حيث إهتمت هذه الأخيرة بشؤون العمل و العمال، ويتمثل ذلك في القيام بالدراسات والأبحاث المتعلقة بالأجور و التي أسفرت عن إقرار مؤتمر العمل الدولي للكثير من المعايير الدولية و العربية التي من شأنها أن تخدم مصالح العمال و حماية حقوقهم و حرصت على إصدار العديد من الإتفاقيات و التوصيات التي تضمنت حدّاً أدنى للأجور ليكفل الحياة الكريمة للعمال، و يوفّر الضمان و الحماية لأجورهم .

و قد لاقت هذه المستويات و المعايير الدولية للأجور صدى بالغ الأثر في التشريعات الوطنية، حيث لعبت دوراً رائداً في تطوير هذه التشريعات، و ساهمت مساهمة فعّالة في تحديد مستويات العمل الوطنية بالنسبة للأجور، كما تعرّضت للوسائل التي من شأنها أن تكفل حماية أجر العامل من الضياع و الفقدان في حالة إفلاس صاحب العمل، حيث يعد حق الإمتياز من بين هذه الوسائل التي يتمسك بها العامل لضمان إستيفاء حقه في الأجر²⁹.

1/إتفاقيات العمل الدولية كأساس قانوني لحق الإمتياز

حظي موضوع الأجور بإهتمام منظمة العمل الدولية منذ نشأتها في عام 1919، بإعتبارها مصدر الدخل الذي يحصل عليه السواد الأعظم من العمال، كما حرصت على تحديد مستويات كافية للأجور³⁰.

بإستقراء أحكام الإتفاقية الدولية رقم(95)³¹ بشأن حماية الأجور نجد أنّها تضمّنت كل ما يتعلق بأجر العامل، بما فيها نطاق الحماية المقرر له، وبالتالي أكّدت على مبدأ أفضلية و أسبقية أجور العمال على سائر الديون الأخرى. حيث تنص المادة 11 من الإتفاقية المشار إليها أعلاه كمايلي:

«- في حالة إفلاس منشأة أو تصفيتها قضائيا يعامل عمالها كدائنين ممتازين سواء بالنسبة لما لهم من أجور عن الخدمة التي أدّوها في الفترة السابقة على الإفلاس أو التصفية القضائية، أو فترة تحددها القوانين أو اللوائح الوطنية، أو فيما يتعلق بالأجور حتى مقدار تحدده القوانين أو اللوائح الوطنية.

-تدفع الأجور التي تشكّل دينا ممتازاً بالكامل قبل أن يطالب الدائنون العاديون بنصيب من الأصول.....».

تضمّنت المادة المذكورة أعلاه، مبدأ أساسيا ألا وهو إعتبار عمال المنشأة المفلسة أو في فترة تصفية قضائية " دائنين ممتازين " أي يتمتعون بميزة الأولوية و الأفضلية على غيرهم من الدائنين سواء بالنسبة لما لهم من أجور عن الخدمة التي أدّوها في الفترة السابقة على الإفلاس أو التصفية القضائية، كما أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة على وجوب دفع أجر العامل بكامله قبل أن يطالب الدائنون العاديون بحصتهم أي بمفهوم المخالفة لا يقبل دفع الأجر جزئيا.

ما تجدر الإشارة إليه، أنّ الإتفاقية الدولية المشار إليها أعلاه منحت الحرية للتشريعات الوطنية في ترتيب أولوية الديون الممتازة المكوّنة من الأجور بالنسبة للديون الممتازة الأخرى. خلافا لإتفاقية العمل العربية التي أقرّت مباشرة بأولوية أجور العمال عن غيرها من الديون الأخرى.

و من خلال ما سبق يتبيّن لنا مدى حرص الإتفاقيات الدولية في إقرارها على و جوب حماية أجر العامل، بهدف ضمان الحماية الإجتماعية للعامل و أسرته، بإعتبار الأجر مصدر رزقه إن لم يكن الوحيد.

2/ إتفاقيات العمل العربية كأساس قانوني لحق الإمتياز

ومن جهة أخرى نجد الميثاق العربي للعمل نصّ في مادته الأولى على إلزام الدول العربية بتحقيق العدالة الإجتماعية و رفع مستوى معيشة العمال، حيث تضمّنت معايير العمل العربية هي الأخرى مجموعة من الإتفاقيات و التوصيات تهدف لحماية كل مايتعلق بمسائل العمل و العمال ومن بينها الوفاء بأجور العمال بإعتبارها من المواضيع الحساسة³².

و في هذا الصدد ؛ إنعقدت الإتفاقية العربية رقم (1) لسنة 1966³³ بشأن مستويات العمل، حيث كرّست مبدأ الإمتياز كحق من الحقوق التي تتمتع بها أجور العمال، جاءت في محتواها رغبة في تحقيق مزيد من الحماية للأجور و توفير ضمانات فعّالة، حيث نصت المادة 38 منها على «أجر العامل وما في حكمه دين ممتاز بأكمله على صاحب العمل وله أولوية على سائر الديون الديون الممتازة».

يعد ديناً ممتازاً بمفهوم المادة 38 السالفة الذكر ، " أجر العامل وما في حكمه "؛ بمعنى أنّ أجر العامل و مختلف الملحقات التابعة له تتمتع بالأولوية و الأسبقية على مختلف الديون الأخرى وتأكيداً لحق الإمتياز الذي يتمتع به أجر العامل أضافت المادة 8³⁴ من الإتفاقية العربية رقم (15) بشأن تحديد وحماية الأجور «تعتبر الأجور و المبالغ المستحقة للعامل الناشئة عن عقد العمل ديناً ممتازاً، و يتمتع بأعلى درجات الإمتياز على ما عداه من ديون بما فيها ديون الدولة (على الأموال المنقولة و غير المنقولة لصاحب العمل)».

يفهم من نص المادة المشار أعلاه أن أجر العامل والمستحقات التابعة له تتمتع بأفضلية على سائر الديون الأخرى بما فيها المتعلقة بديون الدولة.

و في هذا الصدد؛ يتبيّن لنا أن منظمة العمل العربية أرست هذه الأحكام رغبة منها في التأكيد على حق الإمتياز كضمانة يحمي أجر العامل من الضياع، و دليل على ذلك إلحاحها على هذا المبدأ.

من خلال ما تقدم يمكن القول أن منظمات العمل الدولية وكذا العربية كرّست جهودها لدراسة قضايا العمال بصفة عامة وحماية أجورهم بصفة خاصة، إذ عملت على إرساء العديد من المبادئ التي يتبيّن لنا من خلالها مدى تكريس مبدأ إمتياز أجر العامل.

ثانياً/التكريس الوطني لمبدأ الإمتياز كضمانة لحماية أجر العامل

لم يقف المشرع الجزائري في تقرير حمايته لأجر العامل عند حدّ تنظيم القواعد المتقدمة للوفاء به و حصوله عليه في مواعيد منتظمة، وإنما إمتدت حماية المشرع لأجر العامل إلى ما يجاوز ذلك، حيث عمد إلى تنظيم الأجر - بشكل خاص - تنظيماً شمولياً، و

إحاطته بسياج من الحماية التي تكفل وصوله إلى مستحقه كاملاً غير منقوصٍ بتقرير ضمانات لإستيفائه له بإعتباره مورد رزقه الأساسي، إذا لم يكن الوحيد. ونظراً لكون الحماية التي أسبغها المشرع على أجر العامل لاتتخذ صورة واحدة و إنما تتعدد صورها بتعدد المخاطر التي يتعرض لها أجر العامل وعلى هذا الأساس نتعرض لمبدأ الإمتياز كوسيلة لحماية أجر العامل في ظل التشريع الجزائري.

1/ الأساس القانوني لمبدأ الإمتياز بإعتباره ضماناً لحماية أجر العامل

كرّس القانون رقم 78-12 المتضمن القانون الأساسي للعامل مبدأ الإمتياز كحق يتمتع به أجر العامل، وذلك بموجب نص المادة 142³⁵ منه « تدفع الأجور و تسبيقات الأجور بالأفضلية على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة و الضمان الإجتماعي، مهما كانت طبيعة علاقة العمل، مدتها، وشكلها»³⁶

يتضح لنا من مفهوم المادة السالفة الذكر، أنّ المشرع الجزائري منح للعامل حق التمتع بالأولوية في إستيفاء أجره قبل جميع الديون، وذلك مهما كانت طبيعة علاقة العمل، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وسواء كانت محدّدة أو غير محدّدة المدة. وبصدور القانون رقم 90-11³⁷ هو الآخر أكد مبدأ أسبقية أجور العمال على جميع الديون الأخرى حيث تنص المادة 89 على أنّه « تمنح الأفضلية لدفع الأجور و تسبيقاتها على جميع الديون الأخرى، بما فيها ديون الخزينة و الضمان الإجتماعي مهما كانت طبيعة علاقة العمل و صحتها وشكلها».

يفهم من نص المادة المشار أعلاه، تمتع أجر العامل بأولوية وأسبقية على جميع الديون الأخرى، حتى وإن كانت تلك الديون ضمن ديون الخزينة العامة و الضمان الإجتماعي. حيث يتبين لنا من خلال قانون العمل القديم والجديد أنّ المشرع الجزائري منح نفس المرتبة لأجور العمال.

و في نفس السياق، فإنّ حق أفضلية وأسبقية أجور العمال قد حظيت بحماية القانون التجاري، حيث نصّت المادة 294³⁸ منه:

« يجب على وكيل التفلسة خلال عشرة أيام من الحكم بشهر الإفلاس أو التسوية القضائية أن يؤدّي الأجور و التعويضات و التوابع من كل نوع الناشئة بمناسبة عقود

العمل والتي لاتزال مستحقة للعمال المستخدمين مباشرة من طرف المدين، وذلك بمجرد أمر صادر من القاضي المنتدب، وذلك رغم وجود أي دائن آخر وبشرط وحيد هو وجود الأموال اللازمة لهذا الغرض»

أمّا بالنسبة للأحكام الواردة في القانون المدني فبالرغم من تأكيدها وإعترافها على اعتبار أجر العامل من الديون الممتازة، و ذلك بنص المادة 993، غير أنّها منحت لها المرتبة الرابعة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامة و مصاريف الحفظ والترميم. وهذا خلافاً لما ورد في أحكام قانون العمل وكذا القانون التجاري.

2/ إشكالية تطبيق مبدأ إمتياز أجر العامل في التشريع الجزائري

إنّ تطبيق هذا المبدأ أثار تناقضا بين أحكام قانون العمل و أحكام القانون المدني، نجد أنّ قانون العمل و بالخصوص المادة 89 السالفة الذكر التي بدورها تقرّر دفع الأجور و مستحقات العمال في المرتبة الأولى بالأفضلية على جميع الديون الأخرى حيث تضمّنت عبارة «تمنح الأفضلية لدفع الأجور و تسبيقاتها على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة و الضمان الاجتماعي.....»، بينما تقابلها أحكام المادة 4/993 من القانون المدني«...وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامة و مصاريف الحفظ و الترميم»، فهي تخالف الترتيب الوارد في أحكام قانون العمل، بحيث إعتبرت أجور العمال من الديون الممتازة وواجبة الدفع، غير أنّها قامت بإدراجها في المرتبة الرابعة³⁹.

وفي مثل هذه الحالة يطبّق المبدأ المشهور " الخاص يقيد العام " أي تطبيق أحكام قانون العمل بإعتبارها خاصة و مقيدة لما ورد عاماً في القانون المدني، فأجر العامل كيفما كان قدره و طريقة تحديده هو أجر ممتاز⁴⁰.

هذا، و بالرجوع لنص المادة 89 السالفة الذكر، نجد أنّ المشرع الجزائري لم يوضّح فيها مدة تنفيذ مبدأ الإمتياز، فهنا الإشكال يثور حول المدة التي لم تدفع الأجور خلالها و عدد الأشهر التي يشملها الإمتياز، و ذلك خلافاً لما هو وارد في الأمر رقم 31-75⁴¹ المتعلق بشروط العمل في القطاع الخاص، حيث حصر الإمتياز على الديون بمدة إثنا عشر شهراً الأخيرة فقط.

و قد يواجه مبدأ إمتياز أجور العمال على ديون الدائنين الآخرين، صعوبات أخرى منها العاملين في المقاولات من الباطن، حيث تتعرض هذه الأجور إلى خطر عدم الدفع لأسباب قد تعود إلى قانون الصفقات العمومية و ذلك بذريعة إعسار صاحب المشروع أو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلي؛ ففي هذه الحالة يحق للعمال أن يطلبوا مباشرة صاحب المشروع بأن يدفع لهم أجورهم، بدل مطالبة المقاول من الباطن، بالرغم من عدم وجود أي علاقة بين صاحب المشروع و المقاول من الباطن. هذا ما أكدته المادة 565⁴² من القانون المدني.

خاتمة

لا يمكننا إنكار الجهود المبذولة من طرف المشرع الجزائري في إرساء عدة ضمانات تخدم مصلحة العامل بإعتباره الطرف الضعيف في علاقة العمل. التي من بينها حماية أجر العامل في حالة إفلاس صاحب وتزاحم الدائنين، حيث يتمتع العامل بأسبقية وأفضلية في إستيفاء حقه قبل جميع الدائنين.

وفي ضوء القراءة التحليلية لجملة النصوص القانونية الخاصة بموضوع الأجر بصفة عامة ومبدأ "إمتياز أجر العامل" بصفة خاصة، نستطيع القول أنّ هذا التحليل سمح لنا بالتعرف على مدى تكريس هذا المبدأ.

كما نلاحظ مما سبق أنّ المشرع إستنبط الأحكام التي أسبغها "لمبدأ إمتياز أجر العامل" من المعايير والضوابط التي أقرتها منظمة العمل الدولية و العربية. إلا أنّ هذه الأحكام يشوبها بعض الغموض والنقائص منها:

- فيما يخص رتبة أجر العامل من بين الديون الأخرى في أحكام قانون العمل أدرجها في المرتبة الأولى عن جميع الديون الأخرى، أمّا في القانون المدني منح لها المرتبة الرابعة. و هذا الغموض من شأنه أن يعرقل تطبيق مبدأ الإمتياز.

- كما أنّ المشرع لم يتعرض في قانون العمل للمدة وعدد الأشهر التي يشملها هذا الإمتياز. ومن هنا ينبغي على المشرع الجزائر وضع نصوص قانونية خاصة بتطبيق مبدأ إمتياز أجر العامل في قانون العمل لتوضيح الغموض و الإلتباسات و لتسهيل تطبيق هذا المبدأ.

ولقد تفتنت بعض الدول لإيجاد وسيلة لمسألة إستفاء العامل لأجره، فعمدت إلى إنشاء هيئة أو مؤسسة ضمان كهيئات الضمان الاجتماعي تتولى مهمة دفع أجور العمال عند الإفلاس الهيئة المستخدمة، وكانت بلجيكا أول دولة إعتمدت هذا النظام في سنة 1967، ثم هولندا سنة 1968، ثم السويد سنة 1970، ثم في الدانمرك سنة 1972، ثم فرنسا، فنلندا، والنرويج عام 1973.....، تقوم هذه المؤسسات بدفع الأجور المضمونة للعمال ثم تعود بها على المؤسسة المفلسة عن طريق الحلول الذي يكون مضمونا بنفس درجة الامتياز الذي يتمتع به دين الأجر. ويكون تسيير هذه مؤسسات من قبل هيئات مستقلة متساوية الأعضاء (ممثلون عن العمال وآخرون عن أرباب العمل)، ويدخل ضمن الحدود المضمونة في إطار هذه الهيئات ديون الأجر بمعناه الواسع، ويجب الإشارة إلى أن كل الدول التي أخذت بهذا النظام وضعت حدودا لمقدار الدين المضمون بناء على معيار زمني أو معيار حسابي أو الأخذ بالمعيارين معا.

الهوامش

- ¹-أنظر المادة 59 من الدستور 1976، الصادر بموجب الأمر 97-76، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، ج ر، عدد94، الصادر في 1976.
- ²-تنص المادة 3/23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 217، بتاريخ 10-12-1948 « لكل فرد يقوم بعمل الحق في أجر عادل مرض يكفل له ولأسرته عيشة لائقة بكرامة الإنسان تضاف إليه، عند اللزوم، وسائل أخرى للحماية الاجتماعية».
- ³-تعد منظمة العمل الدولية إحدى الوكالات المتخصصة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة و يتكون مجلس المنظمة حالياً من عضوية 56 مقعد. من بينهم عشر مقاعد (10) دائمة تكون تابعة للدول التي تعد «الأكثر أهمية صناعية».و في سنة 1986 تم الإتفاق على قرار تعديل دستور منظمة للعمل الدولية إلا أن هذا التعديل لم يدخل حيز التنفيذ بسبب عدم توفر النصاب القانوني للتصديقات.
- ⁴-تأسست منظمة العمل العربية يوم 12 يناير/ كانون الثاني 1965. وتضم الدول التالية: الأردن، الإمارات العربية المتحدة، البحرين، الجمهورية العربية السورية، العراق، عمان، قطر، الكويت، لبنان، المملكة العربية السعودية، اليمن.
- ⁵-بن عزوز بن صابر، الاتفاقيات الجماعية للعمل بين الإطار القانوني و الواقع العملي؛ أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الإجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران. 2007-2008، ص100.

⁶-تنص المادة 80 من القانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم، ج ر، عدد 17، الصادر في 25 أبريل 1990 « للعامل الحق في الأجر مقابل العمل المؤدى ويتقاضى بموجبه مرتبا أو دخلا يتناسب و نتائج العمل».

⁷-أنظر في ذلك:

Ibtissem Garram ,Terminologie juridique dans la législation algérienne , palais du livre , Blida, 1998 , pp109.« droit de préferance : droit pour le créancier hypothese d'être payé par préferance aux autre le créanciers chirographaire sur le prix de l' immeuble hypotèque».

⁸-يمينة شواردر، أحكام حقوق الإمتياز في الفقه الإسلامي و القانون المدني -دراسة مقارنة-؛ أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية الحقوق الإسلامية قسم الشريعة و القانون، الجزائر، 2010-2011، ص.48.

⁹-السيد عيد نايل، الوسيط في شرح نظامي العمل و التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية؛ مكتبة الفرابي، عمان، (بدون تاريخ النشر)، ص.143.

¹⁰-المادة 982 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج ر، عدد 78، الصادر في 1975.

¹¹-أنظر في ذلك:

www.droit.org: code civil , institut francais d'information juridique ;

Article2324.«Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne a un creancier d'être préféré aux autre creanciere même hypothécaive» .

¹²-يمينة شواردر، أحكام حقوق الإمتياز في الفقه الإسلامي و القانون المدني -دراسة مقارنة-؛ مرجع سابق، ص 34-33.

¹³- المادة 932 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل، مرجع سابق.

¹⁴- تنص المادة 984 من الأمر رقم 75-58، نفس المرجع. « ترد حقوق الإمتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول و عقار. أما حقوق الإمتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين».

¹⁵-السيد نايل عيد، مرجع سابق، ص.143.

¹⁶-سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني: علاقة العمل الفردية؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص.255-256.

¹⁷-عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري و التحولات الاقتصادية؛ دار القصبية للنشر، الجزائر، 2003، ص.299.

¹⁸-حكيم زاوري، « آثار حالات الشركات التجارية عل علاقات العمل (الإفلاس، إندماج، إعادة الهيكلة ...)»؛

مداخلة ألفت في إطار ملتقى الوطني حول الظروف الاقتصادية للمؤسسة و آثارها على علاقات العمل في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2010، ص.174.

¹⁹-أنظر في ذلك:

Ibtissem Garram ,Terminologie juridique dans la législation algérienne , op-cite, pp73« Creance privilegiee :creance payée avant les autre,lorsque la loi le décide (frais de justice.....)».

- ²⁰ -بوخالفة غريب، عنصر الأجر في علاقات العمل؛ مذكر ماجستير، معهد العلوم القانونية و الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1987، ص.150.
- ²¹ - منال سالم شوق الرشيد، الحماية القانونية للأجور في قانون العمل الأردني و الكويتي؛ مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2010، ص.93.
- ²² - أحمد حسن البراعي، الوسيط في القانون الاجتماعي؛ الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص.245.
- ²³ - بشير هدي، الوجيز في شرح قانون العمل؛ علاقة العمل الفردية و الجماعية؛ الطبعة الثانية، دارالجسور، الجزائر، 2009، ص.142.
- ²⁴ -أنظر في ذلك: G.H.camerlynck et Gérard Lyon -Caen, Droit du travail ,8^e édition ; Dalloz, Paris,1976 ,pp.321-322.
- ²⁵ -سمار نصرالدين، « الحماية القانونية للأجور في حالة إفلاس صاحب إفلاس صاحب العمل -دراسة مقارنة-»؛ مداخلة أقيمت في إطار ملتقى وطني حول الظروف الاقتصادية للمؤسسة و أثارها على علاقات العمل في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 242.
- ²⁶ -سمار نصرالدين، «الحماية القانونية للأجور في حالة إفلاس صاحب إفلاس صاحب العمل -دراسة مقارنة-»؛ مداخلة أقيمت في إطار -دراسة مقارنة-؛ نفس المرجع، ص.243.
- ²⁷ أنظر في ذلك: Mahammed Nasr-Eddine Koriche,droit de travail :les transformations du droit algerien du travail entre statut et contrat , tome2 ;office des publications universitaires ,Alger,2009.p 113-114
- ²⁸ - المادة 81 من القانون 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم، مرجع سابق.
- ²⁹ - طه العبيد، «الحماية القانونية للأجر في التشريع الاجتماعي المغربي»، مجلة الفقه و القانون، العدد الرابع، المغرب، 2013، ص.2.
- ³⁰ - محمود سلامة جبر، الحماية القانونية للأجور وفقا لقانون العمل العماني؛ دارالكتب القانونية، مصر، 2008، ص.86.
- ³¹ -المادة 11 من الإتفاقية الدولية رقم (95) لسنة 1949 بشأن حماية الأجور <http://www.alolbor.org>
- ³² -محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص.273-274.
- ³³ -المادة 38 من الإتفاقية العربية رقم (1) لسنة 1966 بشأن مستويات العمل المعدلة بموجب الإتفاقية رقم (6) لسنة 1976 . <http://www.ilo.org>
- ³⁴ -المادة 8 من الإتفاقية العربية رقم (15) بشأن لعام 1983 بشأن تحديد و حماية الأجور <http://www.ilo.org>
- ³⁵ -المادة 142 من القانون رقم 78-12، المؤرخ في 05 أوت 1978، يتضمن القانون الأساسي العام للعامل، ج.ر، عدد32، الصادر بتاريخ 08 أوت 1978.
- ³⁶ - بينما تنص المادة 161 من الأمر رقم 75-31 المؤرخ في 29 أفريل 1975، يتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج.ر، عدد39، الصادر في 16 ماي 1975 (ملغى).« تدفع أجور والتسبيقات و

التعويضات من كل نوع بطريق الأفضلية على جميع الديون بما فيها الخزينة و الضمان الإجتماعي ومهما كان نوع علاقة العمل و شرعيتها، وشكلها، ورغم جميع الأحكام المخالفة...»

³⁷-المادة 89 من القانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم، مرجع سابق.

³⁸-المادة 294 من الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 أكتوبر 1975، يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم، ج ر، عدد 78، الصادر في 1975.

³⁹-سعودي عمر، عنصر الأجر في عقد العمل؛ مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2007، ص 55.

⁴⁰-بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الثاني : نشأة علاقة العمل الفردية والأثار المترتبة عنها؛ الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2010م، ص.110.

⁴¹-تنص المادة 166 من الأمر رقم 75-31 المؤرخ في 29 أفريل 1975، يتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، مرجع سابق. « إذا صدر حكم بإشهار الإفلاس و التصفية القضائية، فإن ديون العمال المتعلقة بالأجور و التعويضات و المكافآت من أي نوع كانت و التي يستحقونها و الواجبة الأداء عن الأشهر الإثنى عشر الأخيرة تكون إمتيازية على أموال صاحب العمل المنقولة و العقارية وذلك ضمن نفس الترتيب المحدد بموجب المادة 161 أعلاه.»

⁴²-تنص المادة 565 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سابق، «...يكون للمقاولين الفرعيين و العمال الذين يشغلون لحساب في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، و يكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي و رب العمل...» .

تأثير النزاعات المسلحة غير الدولية على حقوق الإنسان*

OUBOUZID Lamia Doctorante
Département Droit Public
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques Université A. Mira Bejaia
06000 Bejaia –Algérie

أوبوزيد لامية باحثة دكتوراه
قسم القانون العام
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

ملخص

تؤدي النزاعات المسلحة الحديثة إلى انتهاك حقوق الإنسان، سواء كان ذلك بما تخلفه الأسلحة النووية المستعملة من دمار شامل على حياة الأفراد، أو بسبب العواقب الوخيمة التي تنجم عن التجارب الطبية والعلمية التي تخضع لها الفئات الضعيفة في مثل هذه الأوضاع.

إذ يعتبر القصور الذي يشوب النصوص القانونية التي تكفل حقوق الإنسان إحدى المقومات الأساسية التي تسهل في خلق سياسة للإستلاء على القيم الإنسانية.

الكلمات المفتاحية

حقوق الإنسان، النزاعات المسلحة غير الدولية، انتهاكات صارخة، الأسلحة، التجارب.

The non-international armed conflict's effects on human right

Abstract

Modern armed conflicts give rise to the violation of human rights, whether what causes nuclear weapons of mass destruction on the person's life, or because of the serious consequences resulting from medical and scientific experiments applied on the vulnerable categories in such situations.

The inadequacy of law's texts that guarantee human rights is considerate as one of the keys that lead to make easy creating a policy to violate human values.

Key words

Human rights, non international armed conflicts, flagrant violations, arms, experimentations.

* تم استلام المقال بتاريخ 2014/04/23 وتم تحكيمه بتاريخ 2014/07/03 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Résumé

Les violations des droits de l'homme en temps des conflits armés modernes est une conséquence inévitable. Or, l'utilisation des armes nucléaires et les expérimentations médicales ou scientifiques auxquelles sont soumises les catégories vulnérables, mènent inévitablement à la détérioration de la vie humaine.

Les insuffisances et les failles dont souffrent les lois qui régissent de telles situations et l'une des cause qui facilite aux belligérants de transgresser les principes et les valeurs de l'humanité.

Mots clés

Droits de l'homme, les conflits armés non internationaux, les violations flagrantes, armes, expérimentations

مقدمة

انتهج المجتمع الدولي بعد نهاية الحرب الباردة مسلكا جديدا في العلاقات الدولية حيث تم هجر النزاعات التقليدية الدائرة بين الدول وتبني نوعا آخر اتخذ شكل النزاعات المسلحة غير الدولية التي تعرف بأنّها: "مجموع أعمال العنف المسلح الذي تقع داخل حدود الدولة الواحدة بين رعاياها فيما بينهم، أو في مواجهة الحكومة القائمة، أيّا كانت أسبابه، وأيّا كانت درجة التمزق، شريطة أن ترقى عن أعمال العنف العادي (الإجرام العادي)".¹

فينصرف وصفها إلى طائفة شديدة التنوع من صور التمرد المسلح داخل الدولة لتأخذ إمّا شكل الحروب الأهلية التي بمناسبة تتحلل مقتضيات الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي داخل الدولة، أو تنصرف إلى التظاهرات وأعمال العصيان المسلحة لتشكل حينها حالة التوترات أو الاضطرابات الداخلية.²

وأضحى اللجوء إلى اعتماد أحد هذه الأساليب ضرورة حتمية تهدف أساسا لردع انتهاكات حقوق الإنسان واستعادة الأمن القومي كهدف أول و يليه العمل على حفظ السلم والأمن الدوليين واستتبابهما وذلك دون تهيئة أرضية مناسبة، ما أدى في غالب الأحيان إلى فقدان السيطرة على الوضع والانحراف عن تحقيق الهدف المرجو منها، فبدلاً من ضمان القدر الأقصى من حقوق الإنسان فإنّ هذا الشكل من النزاعات يساهم في تفاقم فرص إهدار الحد الأدنى منها.

فإذا سلمنا بأنّ النزاعات المسلحة غير الدولية، سواء كانت نتيجة لأسباب موضوعية "اقتصادية وسياسية" أو لأسباب ذاتية نظرا لاختلافات عرقية ودينية... إلخ أضحت حقيقة ثابتة في الممارسة الدولية الراهنة وظاهرة متفشية في القارة السمراء بصفة أخص و تهدد الإنسانية جمعاء في دول العالم الثالث، فمن هذا المنطلق يمكن التساؤل: إلى أي مدى يمكن ضمان الحد الأدنى من حقوق الإنسان في مثل هذه الأوضاع؟

يستوجب البحث عن واقع حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية استعراض المجال الواسع لانتهاكها (المبحث الأول)، وذلك بسبب تحفيز جملة من العوامل على ارتفاع نسبة المعاناة من ويلاتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول/ اتساع مجال انتهاك حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية.

تسجل ظاهرة النزاعات المسلحة غير الدولية المنتشرة مؤخرا في الدول الإفريقية وخاصة العربية منها آثارا مأساوية و نسب جد مرتفعة من إزهاق للأرواح وإتلاف للأعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان على قيد الحياة، لامتياز الأطراف المتنازعة بمراكز غامضة على الصعيد الدولي يسهل عليهم اللجوء إلى استعمال وسائل مدمرة ترتب عواقب وخيمة على البشرية جمعاء (المطلب الأول)، كما أنها تساهم في تطوير مجال البحث العلمي، لاسيما العلوم الطبية لأنها فرصة متاحة للتأكد من صحة النظريات وذلك بإخضاع الفئات الضعيفة التي تعاني من ويلات النزاعات المسلحة غير الدولية لعملية التجريب القسري، (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ انتشار ظاهرة استخدام الأسلحة الثقيلة

إن كانت مبادئ القانون الدولي في مجملها تسعى إلى أنسنة النزاعات بالبحث على الاستخدام العقلاني لوسائل القتال ، وكذا حظر اللجوء إلى استعمال أو التهديد باستعمال كل سلاح نووي أو كيميائي ذات الآثار الخطيرة والدائمة على حياة الأفراد (الفرع الأول)، إلا أنّ الأوضاع السائدة حاليا تؤكد السباق الدولي نحو امتلاك واستخدام مختلف أصناف أسلحة الرعب والدمار³ وتجربتها في القارة الإفريقية في بداية القرن الحالي ودون الاكتراث لعواقبها الوخيمة على حقوق الإنسان (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ الحظر المبدئي لاستخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة الثقيلة

ترتبط مسألة حظر استعمال أو التهديد باستعمال الأسلحة النووية والكيميائية ارتباطاً وثيقاً بالاستثناءات الواردة على حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، حيث أجاز ميثاق هيئة الأمم المتحدة للجوء إليها على سبيل الحصر وهي: حالة الدفاع الشرعي وكذا حالة اتخاذ مجلس الأمن تدابير عسكرية للحفاظ على السلم والأمن الدوليين وفقاً للفصل السابع منه⁴، غير أنّ مثل هذه الحالات تستدعي اللجوء إلى القوة لكن دون استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة المشار إليها أعلاه.

أكدت الترسنة القانونية بصفة قطعية وصريحة ذلك؛ فبعد كارثة هيروشيما لسنة 1956، بدأ الحديث عن الحدّ من ظاهرة التسلح النووي والفتاك يتصدر قائمة الانشغالات الدولية التي أفرزت عن مواقف وجهود دولية معتبرة تسعى إلى الحدّ من انتشار الأسلحة الثقيلة⁵، حيث أسندت المهمة في بداية الأمر وبصفة أصلية إلى مجلس الأمن ضمن اختصاصاته المتعلقة بالحفاظ على السلم والأمن الدوليين وعهدت الصلاحية نفسها بصفة استثنائية إلى الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة بصفة استثنائية⁶، كما نشهد في السياق نفسه بالدور الفعال الذي ساهمت به اللجنة المعنية بأسلحة الدمار الشامل التي سعت جاهدة للحدّ من الظاهرة⁷، غير أنّ التجريم الفعلي لأي استعمال لأسلحة ذات آثار خطيرة على حياة الفرد لم يكتمل إلاّ بموجب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي اعتبرت الإتيان بمثل ذلك السلوك يعدّ من جرائم الحرب أو جرائم ضد الإنسانية المعاقب عليهما بموجب أحكام النظام ذاته⁸.

تؤكد الجهود-المنهه بها أعلاه- رغبة المجتمع الدولي في الحدّ من ظاهرة السياق نحو امتلاك أسلحة ثقيلة تهدر حقوق الإنسان بمختلف تصنيفاتها، إلاّ أنّ السيطرة والقضاء التام على الوضع بات من الصعب وإن لم نقول مستحيلًا في الوقت الراهن.

الفرع الثاني/ إحياء الممارسة الدولية الراهنة لاستعمال الأسلحة الثقيلة

أسفرت الأحداث الأخيرة التي عانت منها القارة الإفريقية، لاسيما الوطن العربي على ارتفاع التكلفة البشرية بسبب استعمال أسلحة ثقيلة تلحق أضرار وخيمة بالإنسان، ذات آثار فورية ومباشرة تؤدي إلى سلب الحق في الحياة؛ إذ بلغ على سبيل المثال عدد القتلى

الناتج عن الهجوم الكيميائي على الريف السوري في شهر مايو من السنة المنصرمة-بغض النظر عن المسؤول عنه- إلى حوالي 335 قتيل بالإضافة إلى عدد مضاعف من الجرحى⁹، الذين يعانون من تشوهات أو إعاقة بدنية كانت أو عقلية، بالإضافة إلى عوارض أخرى غير مباشرة تساهم في الانتقاص من تمتع الفرد بالحق في بيئة نظيفة وسليمة بما تتسبب فيه تلك الأسلحة من تغيير مناخي وبيولوجي يؤدي إلى إتلاف الموارد الغذائية بسبب عدم صلاحية الأراضي للزراعة أو ندرة الأمطار وكذا تلويث المياه بفعل الغازات السامة التي تفرزها، فتتولد عن الظاهرة عدة أمراض ناتجة عن سوء التغذية أو أمراض مزمنة نتيجة التلوث البيئي¹⁰، فانتهاك الحق في الغذاء يؤدي بالضرورة إلى انتهاك الحق في الصحة فتجتمع حينها سلسلة من الانتهاكات بفعل واحد.

فنسلم بصفة قطعية حسب المستجدات الدولية عودة السباق نحو التسليح النووي واستعمال أسلحة دمار بمختلف أصنافها خاصة بفعل تهريبها إلى جماعات إرهابية وعدم التردد عن استخدامها¹¹.

المطلب الثاني/ انتشار ظاهرة الإخضاع القسري للتجريب العلمي و الطبي

يتخوف الأفراد من النتائج التي تنجم عن التجارب الطبية، ما يفسر امتناعهم عن إبداء موافقتهم للخضوع لها، وكذا صعوبة الالتزام بالضوابط القانونية والأخلاقية التي يملها الواجب المهني (الفرع الأول)، وهو الأمر الذي أدى إلى الانحراف عن كل المبادئ الإنسانية وذلك باستغلال حالة انعدام الأمن والاستقرار لاسيما تفشي ظاهرة النزاعات المسلحة غير الدولية لإخضاع الفئات الضعيفة إلى مثل هذه التجارب بصفة قسرية وغير مشروعة لا يراعى فيها الحد الأدنى المطلوب من الحماية المقررة لهم، بحيث تلحق بهم أضرار جسيمة تمس بسلامتهم الجسدية وكرامتهم الإنسانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ صعوبة الالتزام بالضوابط القانونية للتجريب العلمي والطبي

يستلزم القيام بتطوير البحث العلمي والطبي عن طريق الإخضاع للتجريب الالتزام بجملة الشروط الواردة في إعلان هلسنكي الصادر عن اجتماع الجمعية الطبية العالمية لسنة 1964 الذي ركز على ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة مفادها إبداء المعنى بالأمر بكل إرادة حرة موافقته بصفة صريحة ورسمية تؤكد رضاه بذلك⁽¹²⁾.

يعدّ هذا الأمر الأقرب إلى المستحيل لانعدام المتطوعين لمثل هذه العمليات بسبب صعوبة إقناعهم بالضرورة الملحة والفوائد الإنسانية للعملية، كما أنّ تخوفهم من العوارض الجانبية التي قد تتسبب فيها الوسائل المستعملة خصوصاً وأنّ تحقيق التناسب بين الحاجة للتجريب وتوفير المناخ المناسب لنجاح العملية غير مضمون ومحقق بنسبة 100 % مادامت التجربة بحدّ ذاتها يغلب عليها الطابع الافتراضي والنسبي¹³. فحرص الأفراد على سلامتهم الجسدية وضمان حقهم في حياة سليمة يمنعهم من الخضوع لمثل تلك العمليات، يؤدي في المقابل هذا الوضع إلى ترتيب المسؤولية الجزائية للمختصين في حال عدم امتثالهم لرغبة المعني بالأمر وتجاوز الشروط القانونية التي يملها الواجب المهني، ما يدفع بالباحثين إلى البحث عن طريقة بديلة تضمن تملصهم من المسؤولية وتطوير مشاريعهم.

الفرع الثاني/ استثمار حالة النزاعات المسلحة غير الدولية لإجراء التجارب

تعتبر النزاعات المسلحة غير الدولية التي اجتاحت القارة السمراء مؤخراً فرصة متاحة للبلدان المتطورة لتجسيد مشاريعهم والتأكد من صحة نظرياتهم المفترضة، حيث تم إخضاع الفئات الضعيفة والمحمية بموجب القانون الدولي الإنساني لاسيما فئة الأسرى إلى تجارب طبية لا تقتضيها الحالة الصحية للشخص المعني ولا تتفق مع المعايير الطبية المطلوبة، إذ تعرضوا لعمليات بتر الأعضاء أو استئصال الأنسجة، وغيرها من الأساليب التي انتهجتها الدول المتطورة لتفعيل المجال العلمي والطبي بصفة غير مشروعة، فما تعرض له الأسرى في سجن غوانتانامو بالساحل الكوبي وأبو غريب في العراق دليل قاطع على استغلال النزاعات المسلحة غير الدولية لتحقيق هذا الغرض¹⁴.

لم يقتصر هذا الاستثمار على فئة الأسرى فقط وإنّما امتدّ ليشمل حتى فئتي الأطفال والنساء، إذ يتم استئصال الأنسجة والأعضاء من الأطفال والاحتفاظ بها في محلول طبي خاص يتفاعل فيه العضو أو النسيج وكأنه لم ينفصل عن الهيكل البشري والغرض من هذه العملية هو سهولة تتبع مراحل النمو، وهي تجربة معتمدة كثيراً على مستوى المراكز الإستشفائية العسكرية، كما يجري استغلال أنوثة النساء لتطوير عمليات التلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري فينجم عن الظاهرة اختلاط في الأنساب¹⁵.

الأكيد في الأمر أنّ النزاعات المسلحة غير الدولية بمختلف صورها تدعم التطور غير المشروع للبحث العلمي خاصة في مجال الطب، لأنّ أطراف النزاع ذات مركز غامض في غالب الأحيان وبالتالي يصعب الكشف عن الفاعل وإسناد المسؤولية، خلافا للنزاعات الدولية وحالة السلم. ففي الحالة الأولى طرفا النزاع معلومين ويسهل حينئذ إثارة المسؤولية الجنائية الدولية عن كل انتهاك صارخ لحقوق الإنسان، أمّا الحالة الثانية فعملية التجريب الطبي والعلمي مقيدة بضوابط قانونية خاصة شرط الموافقة المسبقة من المعني بالأمر والتي تشكل أكبر عقبة تحول دون تفعيلها في تلك الأوضاع¹⁶.

المبحث الثاني/ العوامل المحفزة على ارتفاع انتهاكات حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية

أكدت الأوضاع الراهنة على ارتفاع نسبة انتهاك حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية، إذ تعتبر المجال الخصب لاستعمال أسلحة خطيرة تهدد الإنسانية، وفرصة للتطور غير المشروع تؤدي إلى انتهاك حقوق الإنسان بسبب الثغرات التي تشوب الترسنة القانونية التي تكرسها (المطلب الأول) أو باستغلال الأطراف المتنازعة الأوضاع السائدة لابتكار حيل وطرق تسهل عليهم عدم الامتثال لقواعد القانون الدولي الإنساني (المطلب الثاني).

المطلب الأول/ الاستثمار في الثغرات القانونية

أقرّ القانون الوضعي في العديد من النصوص والمواثيق الداخلية، الإقليمية والدولية بتكريس حقوق الإنسان والحريات العامة بمختلف أصنافها، لكن التسليم بإثراء الترسنة القانونية والجهود النظرية المبدولة في هذا الشأن لا يعني بالضرورة تجسيدها فعليا ولا إقرارا حتميا لحقوق الإنسان خاصة أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية، مادامت تلك الصكوك بحدّ ذاتها تفتح مجال للتجاوز سواء لعدم الضبط الدقيق للمصطلحات والعبارات الواردة فيها (الفرع الأول) أو لاحتوائها على بنود بعضها يقف حاجزا أمام الدفاع عن حقوق الإنسان (الفرع الثاني)، أو لأنها لا تكفل الحماية اللازمة للجهات الناشطة في ذلك الميدان (الفرع الثالث).

الفرع الأول/ استغلال مرونة المادة (39) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة

نتج عن عالمية حقوق الإنسان ارتباطها الشديد بقواعد القانون الدولي الإنساني خاصة الحالات التي لا يحتويها هذا الأخير، كالقلاقل والاضطرابات الداخلية التي تأخذ شكل النزاعات المسلحة وتكون حينها مسرحاً لاستعمال القوة والعنف إلى درجة تهديد السلم والأمن الدوليين، إلا أن البروتوكول الإضافي الثاني لم يعرف هذه الحالة وإنما اكتفى باستثناءها بصريح العبارة من نطاقه بالرغم من أن تأثيرها جدّ سلبي على حقوق الإنسان¹⁷ وهو الأمر الذي يستدعي تدخل مجلس الأمن للسيطرة على الوضع باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في أحكام الفصل السابع من الميثاق وذلك بعد فشل الحكومة الشرعية في التفاوض مع الطرف الآخر الذي يتميز بمركز قانوني غامض، علماً أن بنود الميثاق لم تتبناها بصفة صريحة وإنما هي امتداد إلى استيعاب أوضاع غير مألوفة لا في عمل المنظمة ولا في عمل المجلس¹⁸، وإنما هو واجب أخلاقي يتحمله مجلس الأمن باسم المجتمع الدولي لمنع ارتكاب جرائم ضد الإنسانية وهو ما أكدّه الأمين العام للأمم المتحدة كوفي عنان في تقرير له¹⁹، كما أنها نتيجة حتمية لمرونة الصياغة التي وردت بها أحكام المادة (39) من الميثاق، فنستشف باستقراء أحكام هذه الأخيرة بأنّ مجلس الأمن يتمتع بسلطة واسعة في تكييف الأفعال التي تشكل تهديداً أو إخلالاً بالسلم والأمن الدوليين.

اكتفى النص -المشار إليه أعلاه- بلفت انتباه المجلس إلى مثل هذه الأوضاع دون سعي لضبط تعريف لها أو تحديد الحالات التي تندرج ضمنها. فبالتالي تتعرض الدول التي تعاني من حالة توتر أو اضطراب داخلي إلى تدخل طرف أجنبي لدعم أحد الأطراف، فيفقد الواقع من المجال المحجوز للدول ليتحول إلى نزاع مداول يستوجب تدخل مجلس الأمن لإعمال أحكام المادة نفسها¹⁹ ليتمكن بالاستناد إليها من تكريس الحماية المقررة في القانون الدولي الإنساني وضمان الحد الأدنى منها. تجدر الإشارة في هذا المقام أنّه وإنّ كانت مرونة المصطلحات الواردة في هذه المادة يمكن أن تلعب دوراً حاسماً في احتواء "حالة اللاقانون" التي يمكن أن تتسبب فيها حالة القلاقل والاضطرابات الداخلية، إلا أنّها قد تساهم بصفة فعلية وفعالة في تأزم الأوضاع الإنسانية وارتفاع نسبة انتهاك حقوق الإنسان والحريات الأساسية²⁰. فيثير الأمر ضرورة الاستفسار عن مصير ومآل هذه الأخيرة إن بات مجلس

الأمن ساكنا دون أن يسعى جاهدا للسيطرة على تلك الانتهاكات والحدّ منها، لاسيما ما تعيشه غالبية الدول الإفريقية والعربية حاليا فحالة انعدام الاستقرار الأمني التي تعيشها سوريا مثلا تؤكد التفسير المرن للمادة (39) من الميثاق والتي تمثل "سلاحا ذو حدين" تستعملها القوى العظمى في مجلس الأمن وفق لأهوائها ومصالحها الخاصة.

الفرع الثاني/ استعراض مبدأ السيادة في مواجهة المنظمات الإنسانية

يقع على عاتق المنظمات الإنسانية واجب الحصول على ترخيص مسبق لمباشرة نشاطاتها في الميدان، مفاده اتفاق كلاً من الطرفين على طبيعة النشاط، أهدافه ونطاقه كي تتصف بالشرعية. هذا وإن كان الترخيص المسبق في حالة النزاعات المسلحة الدولية وحالة الاحتمال لا تثيران أي إشكال لأنّ الجهة المخولة لها ذلك معلومة⁽²¹⁾، إلا أنّ الإشكال يثار في حالة النزاعات الداخلية ما دام أطراف النزاع هما الحكومة من جهة، والثوار من جهة أخرى، فما هي الجهة المؤهلة للتعبير عن الموافقة؟ خاصة وإن كان تدخل الهيئة الإنسانية في أراضي تقع تحت سيطرتهم، مع العلم أنّه لا يعترف بهم إلاّ بعد وصولهم إلى السلطة ونجاحهم في الثورة.

اكتفت المادة (18) من البروتوكول الإضافي الثاني في هذا الشأن بالنص على ضرورة استكمال المنظمات الإنسانية لشروط الموافقة المسبقة²²، دون التفطن للحقيقة المنوه بها أعلاه، الأمر الذي حفز العديد من الدول إلى استغلال هذه الثغرة شرط إلزامية الحصول على ترخيص مسبق حينما ترغب في اتخاذ أي إجراء ضد دولة أخرى، كرفض السماح بتقديم المساعدات الإنسانية بدون أي مبرر قانوني، أو إبداء الموافقة بشروط تعسفية تساهم في إفراغ المنظمات الإنسانية من مبادئها كالسماح مثلا بمرور إمدادات الإغاثة شريطة أن تقدم لضحاياها دون ضحايا الطرف الآخر وهذا ما يشكل إخلالا بمبدأ عدم التحيز²³ فكلها مواقف تحدّ من دور المنظمات الإنسانية في تعزيز وكفالة احترام حقوق الإنسان. فكلما بادرت بالسعي لتحقيق هذا الهدف المنشود إلاّ وتم استعراض مبدأ السيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وأنّ مسؤولية حماية حقوق الإنسان تخضع للمجال المحجوز للدولة المعنية.

الفرع الثالث/قصور الضمانات المقررة للمنظمات الإنسانية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية

تصدرت قضايا حقوق الإنسان قائمة الحقائق التي تفرض نفسها على الرأي العام بكافة اتجاهاته، الأمر الذي يفسر الانتشار الواسع للمنظمات الدولية غير الحكومية في المجتمع الدولي المعاصر، إذ ينصب اهتمامها على تكريس مبادئ حقوق الإنسان والقيم الإنسانية المتعارف عليها عالمياً شعارها في ذلك التصدي بشفافية للانتهاكات الخطيرة والحرص الشديد في ضمان القدر اللازم من احتياجات المتضررين جراء ويلات النزاعات الحديثة، فهي دائمة الحضور في المسارح القتالية، سواء لإيصال إرساليات الإغاثة إلى السكان المحصورين²⁴ أو بإسعاف الجرحى والمرضى المتضررين من الاشتباكات المسلحة. فهم يؤدون مهامهم في ظروف خطيرة وغير آمنة، إذ تتسم الحماية المقررة للمنظمات الإنسانية أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية بالقصور خاصة وأنّ البروتوكول الإضافي الثاني لم يول اهتماماً بالغاً لتوفير الحماية اللازمة لها. يتضح ذلك بعد تفحص أحكام المواد (9-10-11) على التوالي من البروتوكول نفسه، إذ اكتفت بالنص على ضرورة احترام أفراد الخدمات الطبية وعدم تعرض أطراف النزاع لهم دون أن تبين الجزاءات المترتبة في حالة تعرضهم لأي اعتداء²⁵. ويسجل في المقابل الغياب التام لأي نص يكفل سلامة أفراد جمعيات الغوث؛ فالمادة (18) من البروتوكول -المشار إليه أعلاه- اكتفت بتبيان وتعداد الالتزامات المترتبة عليهم فقط ولم تهتم بمسألة ضمان أمنهم وسلامتهم في الميدان²⁶.

تبقى حمايتهم -أي أفراد جمعيات الغوث- محدودة في واقعها بالنظر إلى الكم الهائل من الانتهاكات التي ترتكب ضدهم، إذ يدل ارتفاع نسبة الاعتداءات على المنظمات الإنسانية التي لا يمكن إحصائها في مناطق عدة خاصة ما حدث مؤخراً في سوريا وذلك سببه انعدام النصوص القانونية التي تضمن حمايتهم أثناء تنقلهم في المناطق الخطيرة، ليشكل ذلك انتهاكاً مزدوجاً لحقوق الإنسان لأنه يتسبب في انتهاك حقوق المعتدى عليه بحد ذاته، والانتقاص من حقوق المتضررين لعدم تمكن القائمين بالخدمات الإنسانية من أداء مهامها.

المطلب الثاني/ ابتكار عقبات ميدانية

يهدف الاختصاص الردعي الذي تستأثر به بعض آليات حماية حقوق الإنسان إلى قمع الانتهاكات الصارخة حتى وإن استلزم ذلك اللجوء إلى القوة المسلحة لوضع حد نهائي لها؛ فإن كانت أحكام الفصل السابع من الميثاق تفي بالغرض، إلا أنّ حرص القوى الكبرى على مصالحها دفعها إلى خلق تقنيات تصون مصالحها السياسية (الفرع الأول)، في حين يتمتع البعض الآخر منها باختصاص وقائي ودور علاجي يسعى إلى تلبية الحاجيات الضرورية للمتضررين وضمان المواد الأساسية التي تضمن بقائهم على قيد الحياة، وهو ما يرهق كاهل المنظمات الإنسانية بفعل ابتكار أطراف النزاع لأسلوب حربي جديد يرمي إلى تحويل المساعدات الإنسانية لخدمة أغراض حربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ تسييس آليات حماية حقوق الإنسان

تتنوع طبيعة الآليات المكرسة لضمان احترام حقوق الإنسان بحسب الأوضاع السائدة؛ فإن كانت الآليات الوقائية تفتقد للصيغة الإلزامية²⁷ لفرض المبادئ والقيم الإنسانية واكتفت بالتنويه بالانتهاكات والتنديد بها فقط، فإنّ الآليات الردعية بدورها كذلك لا تحقق الهدف المنشود رغم أنّها تتسم بالطابع الإلزامي والسبب هو تأثيرها بالتيارات والعوامل السياسية وإتباع الجماعة الدولية لسياسة انتقائية، فتغض النظر عن حالات عديدة أين تم انتهاك حقوق الإنسان فيها صارخا ووحشيا يجعل من التدخل ضرورة إنسانية لا غنى عنها، كما هو الشأن في سوريا. فالحالة المزرية التي آلت إليها وضعية حقوق الإنسان في تدهور مستمر، دون أن يتحرك مجلس الأمن لوضع إستراتيجية تدخل مشروع، رغم أنّ الأمين العام "بان كي مون" أكدّ في رسالة موجهة إلى رئيس مجلس الأمن بتاريخ 13 جويلية 2012 على وقوع أعمال عنف شديدة وارتفاع عدد الضحايا بسبب استخدام أسلحة ثقيلة، كما أوضح فيها إصراره على اتخاذ المجلس الإجراء الجماعي اللازم المخول له بموجب أحكام ميثاق هيئة الأمم المتحدة²⁸.

إنّ انعدام أي مبادرة لمجلس الأمن لإعمال أحكام الفصل السابع في المنطقة لا يعني أنّ الوضع لا يشكل تهديد للسلم والأمن الدوليين، وإنّما التفسير الوحيد لذلك هو

الخلافاً للسائد بين روسيا والولايات المتحدة الأمريكية، ما يحول دون استكمال النصاب القانوني في مسألة موضوعية كهذه.

امتدّ التأثير السياسي إلى المحكمة الجنائية الدولية رغم اعتبارها جهازاً قضائياً دولياً يسعى جاهداً إلى حماية حقوق الإنسان بمعاينة مرتكبي الجرائم الدولية المنصوص عليها في نظامها الأساسي، ومع هذا لا يمكن إنكار تبعيتها لمجلس الأمن الذي يعتبر جهازاً سياسياً، يختص بتحديد الإجراءات المعتمدة أمام المحكمة سواء بإحالة قضية معينة أمامها، أو بأحقيته بطلب تأجيل نظرها في بعض القضايا²⁹. فيدل ذلك على هيمنته على اختصاص المحكمة وتسييس قواعدها الإجرائية لتبقى بذلك الآليات المعتمدة لحماية حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية رهينة لإرادة الدول القوية.

الفرع الثاني/ تحويل مواد الإغاثة لتلبية أغراض عسكرية

تسعى المنظمات الإنسانية جاهدة إلى تجاوز أزمة التمويل التي تتعثر فيها بسبب اتساع المهام الموكلة إلهما، إذ لم تكتف بالمهام التقليدية المتعلقة بإنقاذ ضحايا النزاعات المسلحة الدولية فقط وإنما امتدّ دورها ليشمل حتى النزاعات والأزمات الحديثة التي يشهدها المجتمع الدولي، بالإضافة إلى الاشتراطات المفروضة عليها من الدول الواهبة؛ فهناك من يشترط عليها تقديم إعانتها في مجال محدود، الأمر الذي يضعها بين خيارين إما أن ترفض وتهدر حقوق الضحايا أو أن تقبلها دون الاكتراث لمبدئي الاستقلالية وعدم التحيز مراعاة لمصلحة الضحايا وضمان لهم ما تيسر من مواد غذائية وإسعافات طبية³⁰، غير أنّ إرساليات الإغاثة الموجهة إلى الضحايا تتعرض إلى اضطراب من الأطراف المتنازعة التي تعتدي على الأشخاص المستفيدين منها بهدف الإستلاء على تلك المواد لتحويلها لخدمة أغراض حربية باستعمال أساليب مختلفة كمضايقة الضحايا لانتزاع المواد الغذائية الموزعة عليهم أو مهاجمة المستودعات والقوافل الإنسانية للإستلاء على المئونة وإعادة بيعها بعد ذلك لشراء الأسلحة، أو حتى استغلال مناطق الأمان الحاشدة بالسكان المدنيين لانتقاء الشباب وتجنيدهم بصفة قسرية، أو استعمال الرهائن لاستخدامهم كطعم لجلب انتباه القائمين بالعمل الإنساني لإسراعهم إلى إمدادهم بالموارد الضرورية التي تضمن بقائهم لتحويلها للجماعة المسلحة بعد ذلك لتلبية مصالحها³¹.

فبدلاً أن تساهم المساعدات الإنسانية في توفير المواد الأساسية التي تضمن بقاء الفئات المتضررة من ويلات النزاعات المسلحة غير الدولية على قيد الحياة والحفاظ على القدر الأدنى من حقوقهم فهي تساهم في إهدارها وتجاوزها بسبب عرقلة الأطراف المتنازعة سير إرساليات الإغاثة أو بسبب غلق الممرات الإنسانية المخصصة لتقديم المساعدة كما كان الحال عليه في سوريا خلال الأشهر المنصرمة بسبب فرض حصار شامل على المنطقة أو بسبب احتجاجها بمبدأ عدم التدخل في شؤونها الداخلية حيث أسفر الوضع على تدهور خطير للحالة الإنسانية وأن كارثة حقيقة تهدد حياة الآلاف من السكان الذين يعانون من الجوع وانعدام المواد الطبية بعد تحويلها إلى مئونة عسكرية³².

خاتمة

نستشف انطلاقاً من هذه الدراسة أنّ النزاعات المسلحة غير الدولية ذات تأثير سلبي على واقع حقوق الإنسان، فيترتب عنها عواقب وخيمة على الإنسانية، حيث تساهم في إهدار حقوق الفئات التي تتمتع بحماية القانون الدولي الإنساني بصفة منافية تماماً لمبادئه، وما يحفز أطراف النزاع على التمادي في خرقها هو استثمارهم للثغرات القانونية الموجودة في الصكوك والمواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان أو سعيهم إلى ابتكار عقبات تحول دون الاكتراث لضمان القدر المطلوب من الحماية اللازمة للمدنيين وغيرهم من الفئات الضعيفة.

تدفع هذه الأوضاع المزرية التي آلت إليها وضعية حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة الحديثة إلى إبداء جملة من الاقتراحات بهدف تحقيق الغاية المنشودة من إمكانية اللجوء إلى استعمال القوة المسلحة في العلاقات الدولية والتي تتمثل أساساً في الحفاظ على السلم والأمن الدولي الذي يضمن بدوره التكريس الفعلي والحقيقي لحقوق الإنسان بدلاً من انتهاكها، حيث نستهلها:

- بضرورة ضبط تعريف دقيق لحالة التهديد والإخلال بالسلم والأمن الدوليين والحد من سلطة مجلس الأمن الواسعة في تكييفها.

- دعوة الأطراف المتنازعة إلى ضرورة توفير الأوضاع الأمنية اللائمة للقائمين بالخدمات الإنسانية لضمان حسن أدائها في تقديم المساعدات في جميع الحالات التي تستدعي الحاجة الملحة إليها.

- وأخيرا رفع قيد الموافقة المسبقة في حالة تعسف الدولة في السماح للمنظمات الإنسانية بمباشرة عمليات الإغاثة، لأنّ اقتران شرعية مهامها بترخيص الدولة المعنية يدلّ على تراجع حقوق الإنسان مادامت هذه الأخيرة تتجاوز إطار الدّول ولا يجب أن تقف الموافقة حاجزا أمام صوتها.

الهوامش

¹ لا يزال تحديد مفهوم النزاعات المسلحة غير الدولية محل اختلاف لانعدام الاتفاق على تحديد ضوابط موضوعية يمكن على أساسها تمييز هذه النزاعات عن غيرها، حيث انقسم الفقه الدولي المعاصر بخصوص هذه المسألة إلى اتجاهين: أولهما تبنى التفسير الواسع لها الذي يتحدد تبعاً لتقلبات الحاجة الدولية، ومن أنصار هذا الاتجاه نذكر صلاح الدين عامر والفقيين *PINTO* و *WILHEIM* فحين ضيق البعض الآخر تعريفها وحصرها في الحرب الأهلية، فهم بذلك سايروا العمل الدولي واكتفوا بمساندة التعريف الذي تضمنه القانون الدولي الإنساني، والسبب في ذلك يكمن في عدم وجود معيار ثابت يبين درجة الخطورة المطلوبة للتمييز بينها وبين النزاعات المسلحة الدولية وغيرها من الأوضاع المماثلة التي يلجأ فيها إلى استعمال مختلف أشكال العنف المسلح، فلا عدد الضحايا أو عدد الاشتباكات أو حتى طبيعة الوسائل المستعملة تصلح لذلك، فتخضع المسألة في غالب الأحيان للسلطة التقديرية للقاضي.

لمزيد من التفصيل في هذا المقام أنظر كل من:

- عواشيرية رقية، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2001، ص. 12-17.

- VINCENT Chetail, permanence et mutation du droit des conflits armés, Ed. Bruylant, Paris, 2014, p.50.

- في حين تشير إليها أحكام المادة (1) من البروتوكول الإضافي الثاني من اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 المتعلقة بحماية ضحايا المنازعة المسلحة غير الدولية، المنعقد بتاريخ 10 جوان 1977، الذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 68/89، المؤرخ في 18 ماي 1989، ج.ر عدد 20 الصادر بتاريخ 17 ماي 1989

كما يلي: "...والتي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتمارس تحت قيادة مسنولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة، وتستطيع تنفيذ هذا اللحق "البروتوكول"

لا يسري هذا اللحق "البروتوكول" على حالات الاضطرابات والتوتر الداخلية مثل الشغب وأعمال العنف العرضية الندرى وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تعد منازعات مسلحة"² -عواشيرية رقية، مرجع سابق، ص 14.

³ -يشتمل مصطلح الأسلحة الثقيلة على ثلاثة أصناف والمتمثلة في: الأسلحة البيولوجية، الكيميائية والنووية وهي أسلحة غير مميزة بطبيعتها وإنما يصعب حسم مشروعيتها استخدامها من عدمه رغم الاتفاق على الآثار السلبية والخسائر البشرية والمادية التي تنجر عن استعمالها. للتمييز بينها أنظر: فرانسواز بوشيه سولتيه، قاموس العملي للقانون الدولي الإنساني، دار العلم للملايين، لبنان، 2005، ص 156-158.

⁴ -راجع المواد: (55، 51 و 56)، من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، المصادق عليه في مؤتمر، سان فرانسيسكو، بتاريخ 2-06-1945 والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 24-10-1945.

www.un.org

⁵ -للتفصيل أكثر في هذا المقام أنظر:

J.R Garaham, traite d'interdiction complète des essais nucléaire United Nations Audiovisuel Library of International Law, 2009.
www.un.org/Law/avl.

⁶ -راجع كل من:

قرار مجلس الأمن رقم 1366، الذي اتخذته في جلسته 4365 المنعقدة بتاريخ: 30 أوت 2001، وثيقة رقم: - S/RES/1366(2001)

[http://daccess-un.org/access.msfc/Gesopenagent&DS=S/RES/1366/20\(2001\)&Lang=A](http://daccess-un.org/access.msfc/Gesopenagent&DS=S/RES/1366/20(2001)&Lang=A)

- قرار مجلس الأمن رقم 2141، الذي اتخذته في جلسته 7126 المنعقدة بتاريخ: 5 مارس 2014، وثيقة رقم: S/RES/2141(2014)

[http://www.un.org/arabic/dcs/véutdoc.osp?documber=S/RES/2141\(2014\)](http://www.un.org/arabic/dcs/véutdoc.osp?documber=S/RES/2141(2014)).

⁷ - اللجنة المعنية بأسلحة الدمار الشامل، أسلحة الرعب: إخلاء العالم من الأسلحة النووية والبيولوجية والكيميائية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 26.

⁸ - راجع كل من المادة: (8) و (7) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 17 جويلية 1998، وقعت الجزائر على اتفاقية روما في 28 ديسمبر 2000 ولم تصدق بعد عليها.

⁹ - تقرير لجنة التحقيق الدولية بشأن الأراضي العربية السورية، الذي تم عرضه على مجلس حقوق الإنسان في دورته الثانية والعشرون في يوم السابع عشر من فبراير سنة 2013.

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A.HRC.22.59_ar.pdf consulté le: 25/03/2014 à 14:30

¹⁰ - دومنيك لوي وروبين كوبلاند، "من سيقدم المساعدة إلى ضحايا الأسلحة النووية أو الإشعاعية أو البيولوجية أو الكيميائية وكيف"، مختصرات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد، 89 العدد 866 يونيو 2007، ص 61-63.

¹¹ - للتفصيل أكثر في هذا المقام أنظر:

CLAVEZ Jean yves, « le retour des armes nucléaires » CAIRN, Tom 403, N°4036, Décembre 2005, Paris, pp.593-594.

<http://www.cairn.info/article.php?ID-REVUE=ETUIDNUMPUBLIE=ETU-0368ID=ETD-036-0585> consulté le : 12/12/2013 à 18 :05.

¹² - يعتبر إعلان هنسلكي الصادر عن الجمعية الطبية الدولية لسنة 1965 أول وثيقة اشتملت على الأطر القانونية لإجراء تجارب طبية، أنظر: طاهر راجح، "التجارب الطبية بين الحرية والتقييد"، ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية-، يومي 28-29، ص.8.

¹³ - تشترط كل من المادة (6) و(7) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 2255 (ألف د-21)، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، الذي دخل حيز النفاذ في 23 مارس 1986 ج.ر عدد 20 الصادر بتاريخ 17 ماي 1988، إبداء المعنى بالتجربة موافقته المسبقة دون أن تبين بقاوية الشروط، وهذا ما فصلت فيه: آيت مولود ذهبية، "ضوابط إجراء البحوث والتجارب العلمية على الجسم البشري"، ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية-، يومي 28-29 نوفمبر 2013، ص.18.

¹⁴ - العسيلي محمد حمد، المركز القانوني لأسرى الحرب في: القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005ص.217-242.

¹⁵ - للتفصيل أكثر في هذا المقام أنظر:

BAN- KI Mon, « les horrible des crimes », disponible sur :

<http://www.org./french/sg/pressarticle> consulté le:27/02/2014 à 10:45.

¹⁶ - آيت مولود ذهبية، مرجع سابق، ص.20.

¹⁷ - اكتفت المادة (2/1) من البروتوكول الإضافي الثاني السالف الذكر، باستثناء حالة الاضطرابات والتوترات الداخلية من نطاق تطبيق أحكامه، وتعداد بعض الأمثلة منها كأعمال الشغب وأعمال العنف العرضية، دون محاولة ضبط تعريف لهذه الحالة، للتفصيل أكثر في هذا المقام أنظر:

-Comité International de la Croix Rouge, Commentaire des Protocoles Additionnels du 9 Juin 1977 aux conventions de Genève du 12 Aout 1949, Comité International de la Croix Rouge, Genève 1986, PP. 34-55.

-Voir : ATCHE Bessou Raymond, « les conflits armés internes en Afrique et le droit internationale », thèse de doctorat en droit, université de CERGY-PONTIOSE, 2008, P.16.

¹⁸ - خلفان كريم، دور مجلس الأمن في مجال القانون الدولي الإنساني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو-، 2007، ص.121.

¹⁹ - لمزيد من التفصيل أنظر:

ZAMBELLI Mirco, la constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies : le champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies, thèse de doctorat en droit, Université de Lausanne, 2002, P.336.

يؤكد مصطلح "يقرر.." الوارد في المادة (39) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة السالف الذكر، على السلطة التقديرية الواسعة التي يستأثر بها مجلس الأمن في تكييف حالة الإخلال أو التهديد بالسلم والأمن الدوليين.

²⁰ خلفان كريم، مرجع سابق، ص. 122-123.

²¹ يمنح الترخيص المسبق من الدولة المعنية وهي كاملة السيادة طبقاً لأحكام المادة (23) من اتفاقيات جنيف الرابعة. أما في حالة الاحتلال فيمنح الترخيص من طرف سلطة الاحتلال وليس السلطة الشرعية باعتبارها المسيطرة الفعلية على السكان إعمالاً بأحكام المادة (59) المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949.

²² راجع: المادة (78) من البروتوكول الإضافي الثاني، السالف الذكر.

²³ أوبوزيد لامية، "دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تعزيز العمل الإنساني"، مجلة جيل حقوق الإنسان، مركز جيل البحث العلمي، العدد الثالث والرابع الخاص بالتربية على قواعد القانون الدولي الإنساني، لبنان، طرابلس، أوت 2014، ص. 125.

²⁴ تمكنت اللجنة الدولية للصليب الأحمر لأول مرة وبعد صراع طويل من إيصال إرساليات الإغاثة إلى الريف السوري يوم 27 فبراير 2014 والعملية لتزال متواصلة إذ تلقى حوالي 51 ألف محتاج مساعدة تقدر بحوالي 31 طن من مواد غذائية تم نقلها جواً من منطقة دمشق إلى حوش بتاريخ 1 مارس المنصرم، هذا ما أكده المصدر الإعلامي الآتي:

بتاريخ 2014/02/27 الساعة 8:15: www.france24.com

²⁵ راجع: المواد (10.9 و11) من البروتوكول الإضافي الثاني، السالف الذكر.

²⁶ تضمنت المادة (18) من البروتوكول نفسه عبارات تبين المساعي المرجو تحقيقها من العمل الإنساني فقط نذكر منها: "...أن تعرض خدماتها، تبذل أعمال الغوث... الخ"

²⁷ للتفصيل أكثر في هذا المقام أنظر:

CLAVEZ LAVEZ Jean yves, op. cit, PP.28 .

²⁸ بان كي مون، رسالة موجهة إلى رئيس مجلس الأمن، بتاريخ 13 جويلية 2012، وثيقة رقم: S/2012/54 .

²⁹ دحماني عبد السلام، التحديات الراهنة للمحكمة الجنائية الدولية في ظل هيمنة مجلس الأمن الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2012، ص. 519 وما يليها.

³⁰ ماكغو لدريك كلوديا، "مستقبل العمل الإنساني في منظور اللجنة الدولية للصليب الأحمر"، مختصرات من اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلد، 93، العدد، 884 ديسمبر، 2011، ص. 12.

³¹ أوبوزيد لامية، مرجع سابق، ص. 126.

³² للتفصيل أكثر في هذا المقام أنظر:

-Entretien avec un représentant de Life4Syria « Le régime syrien a criminalisé toute action humanitaire », Humanitaire 34 | 2013, avril 2013.

<http://humanitaire.revues.org/1809>. Consulté le 22 juin 2014.

ضوابط مشروعية أساليب التحري الخاصة*

MAAMRI Abderrachid
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques, Université de Khenchela

معمرى عبد الرشيد
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة خنشلة

ملخص

يتناول هذا المقال دراسة موضوع الضوابط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحة ومشروعية إجراءات اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور باعتبارها إحدى أساليب التحري الخاصة عن الجرائم، وضوابط تنفيذها وفق قانون الإجراءات الجزائية الجزائري. ويبين النقائص التي تضمنتها أحكام هذه الإجراءات، ويقترح التعديلات المناسبة لها، لتقوية وضمان حماية حرمة الحياة الخاصة وحرمة المحادثات الشخصية والحق في الصورة

الكلمات الدالة

المشروعية، الضوابط، القيود، أساليب التحري الخاصة، محادثات مرئية، اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات، التقاط الصور.

LEGALITY NORMS OF SPECIAL INVESTIGATION PROCEDURES

Summary

This article aims to study objective and formal measures necessary for the validity and legitimacy of interception of correspondence procedures, recording sound and image capture.

And that, because it is a special method of investigation about crime. especially those that threaten the security of society. In addition to This, its application according to the Algerian Code of Criminal Procedure, including deficiencies that are contained in this legislation.

Consequently, this study should also propose appropriate adjustments that should be added to them in order to ensure and strengthen the protection of the sainthood of privacy, personal conversation including the right of the image.

key words

Legitimacy, Measures, Restrictions, Special Investigation Methods, Recording Sounds, Visual Conversations, Intercept Correspondences , Capturing Image.

* تم استلام المقال بتاريخ 2014/02/06 وتم تحكيمه بتاريخ 2014/03/10 وقُبل للنشر بتاريخ 2014/05/03.

Résumé

Cette étude vise à étudier les conditions formelles et objectives nécessaires pour la validité et la légalité des procédures d'interception des correspondances téléphoniques, la sonorisation et de la capture d'images.

Et ce, parce qu'elles sont des procédures d'investigation spéciales en matière des crimes, surtout ceux qui menacent la sécurité de la société.

En outre, leur mise en œuvre à la lumière de disposition de code des procédures pénales algérien.

Par conséquent, le présent article démontre également les lacunes et les imperfections qui caractérisent les procédures de ce code et propose des ajustements et des modifications appropriées qui doivent être introduites à ses dispositions afin de renforcer et assurer la protection de sainteté de la vie privée et de conversations personnelles, y compris le droit à l'image .

Mots clés

Légitimité, Contrôles, Des Restrictions, Des Techniques Spéciales D'enquete, Conversations Visuels, Interceptor Le Courrier, Enregistrer Des Sons, Prendre Des Photos.

مقدمة

قصد مكافحة الجرائم الخطرة على النظام العام وأمن المجتمع، كالجريمة المنظمة وجرائم المخدرات، أجاز المشرع الجزائري اللجوء لبعض الأساليب الحديثة والخاصة أثناء مرحلة التحري والتحقيق الابتدائي ومن بينها: اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات، التقاط الصور، اختراق العصابات الإجرامية، المراقبة الإلكترونية، التسليم المراقب. وتلعب الأساليب السابقة دورا هاما في جمع أدلة الإثبات الجزائية تجاه المشتبه فيهم، والتحقيق مع المتهمين، وكشف وإظهار الحقيقة وضبط الفاعلين الأصليين والمساهمين في ارتكاب الجريمة. وعادة ما يلجأ إليها عند فشل قنوات التحري والتحقيق الابتدائية التقليدية في الكشف عن الجناة وضبطهم. وتنظيمها الحديث من طرف المشرع وعدم تطرق الدراسات والبحوث القانونية لها بصفة معمقة، وعدم وجود قرارات قضائية- حسب علمنا- من المحكمة العليا، يستدعي البحث فيها والوقوف عند مختلف الإشكالات والتساؤلات القانونية التي تثيرها.

ومن خلال هذا المقال سأتطرق لثلاثة أساليب خاصة وهي: اعتراض المراسلات تسجيل الأصوات، التقاط الصور¹، نظرا لخطورتها على حق الحياة الخاصة وحق الإنسان في خلوته وصورته، ولمساسها بحق الدفاع ولانتفاء مبدأ المواجهة فيها.

لقد أخضعها المشرع لمجموعة من الضوابط القانونية لتكون صحيحة ومشروعة وقيدها بمجموعة من القيود أثناء تنفيذها (م 65 مكرر إلى 65 مكرر 10 إ ج ج)، قصد الموازنة بين حقوق الأشخاص في حماية حرمة محادثاتهم الشخصية وحماية حقهم في الصورة والخلوة، وبين مصلحة المجتمع في كشف غموض الجريمة وضبط الجناة. وقد تأثر المشرع الجزائري بالمشرع فرنسي الذي نظم أحكام اعتراض المراسلات السلوكية واللاسلكية أول الأمر أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي بموجب القانون رقم 646/91 المؤرخ في 10/07/1991 المتعلق بسرية المراسلات السلوكية واللاسلكية².

ففيما تتمثل ضوابط صحة ومشروعية أساليب الاعتراض والتسجيل والتصوير وقيود تنفيذها أثناء مرحلة التحري؟ ومن هم الأشخاص الذين يمكن أن يكونوا محللا لها؟ هل يمكن استعمالها من طرف الضبطية القضائية أثناء تحرياتها دون الحصول على إذن قضائي بذلك؟ وما مدى إمكانية لجوء الضحية بنفسه لاستعمال مثل هذه الأساليب قبل مباشرة الضبطية تحرياتها القضائية؟

الإجابة عن التساؤلات السابقة وغيرها، تستدعي منا تحليل نصوص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ومقارنة أحكامه مع قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، والاستفادة من أحكام القضاء الفرنسي لانعدام الأحكام القضائية الجزائية في هذا المجال، مع اعتماد بعض المصادر الفقهية الفرنسية والعربية لإثراء موضوع المقال. وقبل التطرق لمختلف ضوابط صحة ومشروعية أساليب الاعتراض والتسجيل والتصوير وضوابط تنفيذها أثناء مرحلة التحري، يجدر بنا الوقوف عند مفهوم كل أسلوب منها لمعرفة كنهها ولتفادي الخلط بينها أولا، ثم تناول ضوابط صحتها ثانيا، ثم معالجة ضوابط تنفيذها ثالثا.

أولا: مفهوم اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور: أسلوب اعتراض المراسلات (التصنت على المكالمات الهاتفية و المحادثات الخاصة التي تتم عن طريق الهاتف)، وأسلوب تسجيل الأصوات (تسجيل المحادثات الخاصة التي تتم بصفة مباشرة)، وأسلوب التقاط صور الأشخاص، إجراءات مستقلة عن بعضها البعض. فما المقصود

بكل واحد من هذه الأساليب؟ وما هو المعيار المعتمد للتمييز بين الحديث الخاص والحديث العام؟

1/ مفهوم اعتراض المراسلات

أ/ تعريف اعتراض المراسلات: يقصد باعتراض المراسلات حسب المادة 65 مكرر 5 إ ج ج "الاعتراض عن المراسلات السلوكية واللاسلكية وتسجيلها"، وهو ما يطلق عليه الفقه والقضاء التصنت الهاتفية، والذي بموجبه يتعمد استراق السمع والإنصات والاستماع للأحاديث الهاتفية الخاصة المتعلقة بشخص أو أكثر، والتقاط هذه المحادثات وتسجيلها بواسطة أية أجهزة تقنية يخزن فيها ما تم تسجيله³ دون علم وموافقة المعنيين بالمحادثات محل التسجيل. ونكون بصدد التصنت الهاتفية في حالة قيام ضابط الشرطة القضائية باستدعاء شخص للاتصال بمشتبه فيه في ارتكاب جريمة معينة، وتسجيل المحادثة التليفونية على جهاز تسجيل وتحرير محضر بذلك⁴. ويمكن تعريف أسلوب اعتراض المراسلات بأنه "سماع والتقاط وتسجيل المحادثات الخاصة والشخصية التي تتم عن طريق المواصلات السلوكية واللاسلكية بواسطة أجهزة تقنية مخفية عن المعنيين بالتصنت الهاتفية ودون رضاهم بناء على إذن السلطة القضائية المختصة".

ب/ تمييز إجراء اعتراض المراسلات عما يشابهه من إجراءات

1/ تمييز إجراء اعتراض المراسلات عن إجراء المراقبة الهاتفية

المراقبة الهاتفية تسمح فقط بتبيان الأرقام المتصلة والمتصل بها، خلافا لاعتراض المراسلات السلوكية واللاسلكية الذي يسمح بالولوج إلى محتوى المحادثات الشخصية، علما أن المراقبة الهاتفية لا تخضع للشروط الشكلية والموضوعية التي تحكم أسلوب الاعتراض⁵، بل يكفي أن تكون بطلب أو رضا الشخص صاحب الشأن، ووفقا للتدابير المأمور بها من الهيئة القضائية بعد تسخير مصالح البريد والمواصلات للقيام بها⁶.

2/ تمييز إجراء اعتراض المراسلات عن مراقبة الاتصالات الالكترونية

المقصود بالاتصالات الالكترونية حسب المادة الأولى من القانون 04/09 المؤرخ في 05 غشت 2009⁷ كل تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو

أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية"، بشرط أن تتم هذه المراقبة عن طريق وضع ترتيبات تقنية تسمح بتجميع وتسجيل محتواها في حينها⁸.
فمراقبة الاتصالات الإلكترونية تعتبر أسلوباً متميزاً ومستقلاً يشمل كل المراسلات الشفهية و/أو المكتوبة و/أو المصورة و/أو أي معلومات كانت تتم بوسيلة الكترونية، على خلاف اعتراض المراسلات الذي يشمل المحادثات الشفهية التي تتم عن طريق الهاتف فقط.

3/ تمييز إجراء اعتراض المراسلات عن سماع المحادثات المسجلة في أجهزة الاستقبال الهاتفية

سماع ضابط الشرطة للمراسلات المسجلة على جهاز من نوع "tam tam" حسب قضاء محكمة النقض الفرنسية لا يشكل اعتراضاً على المحادثات الهاتفية في الحالة التي لا يضع فيها أي إيصال على الخط الهاتفي لغرض اعتراض المراسلات الهاتفية، كما أن سماع محتوى أجهزة استقبال المراسلات مسبقاً لا يحتاج إلى إذن قضائي⁹.

2/ مفهوم تسجيل الأصوات

أ/ تعريف تسجيل الأصوات

حسب المادة 65 مكرر5 إ ج ج يقصد بتسجيل الأصوات "التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة كالمساكن أو في أماكن عامة، وذلك عن طريق وضع ترتيبات تقنية دون موافقة مسبقة وعلم المعنيين بالتسجيل الصوتي، تُمكن من التقاط محادثتهم وتثبيتها وبثها، وتسجيلها في أجهزة تسجيل، وذلك بناءً على إذن قضائي مسبق".

ب/ تمييز التسجيل الصوتي عما يشاهده من إجراءات

1/ تمييز التسجيل الصوتي عن التصنت الهاتفي

محل التصنت هو تعمد الإنصات على المحادثة الشخصية، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة؛ أي ما يتم تبادله بين الأشخاص فيما بينهم مباشرة أو عن طريق وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية. وكل من التصنت الهاتفي والتسجيل الصوتي الخفي يهدفان إلى

تسجيل الحديث الشخصي على شريط تسجيل، وهما لا يختلفان من حيث النتيجة والفرق بينهما هو أن الأول يتم عبر الهاتف بينما الثاني يتم على الهواء مباشرة.

2/ تمييز التسجيل الصوتي الخفي عن التسجيل العلني والمباشر للمحادثات

يجب عدم الخلط بين مسألة التسجيل العلني والمباشر لإحدى المحادثات المسموعة من طرف المحقق في نفس المكان والزمان الذي يتواجد فيه مع الشخص محل التسجيل، وبين تسجيل المحادثات الشخصية التي تتم خفية عن طريق الهاتف. فالتسجيل الأول مسموح به فقط لو كبل الجمهورية أثناء مرحلة التحري عن طريق استعمال المحادثة المرئية عن بعد إذا استعدى ذلك بعد المسافة أو تطلب ذلك حسن سير العدالة.

فلوكبل الجمهورية استجواب وسماع الأطراف عن طريق المحادثة المرئية عن بعد مع احترام الحقوق والقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وأحكام الفصل الرابع من القانون 03/15 المؤرخ في 01/02/2015 المتعلق بعصرنة العدالة¹⁰، مع وجوب أن تتضمن الوسيلة المستعملة سرية الإرسال وأمانته، وأن تسجل التصريحات على دعامة تضمن سلامتها وترفق بملف الإجراءات، وأن تدون التصريحات كاملة وحرفيا على محضر يوقع من طرف وكيل الجمهورية وأمين الضبط (م 14 من القانون 03/15). فالمشرع لم يسمح لضابط الشرطة القضائية استعمال المحادثات المرئية عن بعد أثناء تحرياته¹¹. ويرى البعض أن التسجيل الذي تجرّبه الضبطية القضائية يكون مشروعاً إذا جرى من طرف وكيل الجمهورية وتوافرت كل الضمانات، وأقره المشتبه فيه، أو كان التسجيل قد جرى برضا المتحدث¹² وعلم بأن أقواله ربما ستصبح دليلاً ضده¹³.

ج/ معيار الحديث الخاص

الأحاديث نوعان: حديث خاص، وحديث عام، والمعيار المعتمد لتحديد فيما إذا كان الحديث خاصاً أو عاماً مختلف فيه، بعض التشريعات تعتمد المعيار المكاني¹⁴ (تأخذ بطبيعة المكان الذي يدور فيه الحديث وتفرق بين المكان الخاص والمكان العام)، وتشريعات أخرى تعتمد المعيار الموضوعي (تأخذ بطبيعة الحديث ذاته بغض النظر عن طبيعة المكان الذي يدور فيه الحديث). والمشرع اعتمد المعيار الموضوعي في المادة 65 مكرر 5 إ ج ج معبراً عن ذلك بعبارة "الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية"، فالشخص

يمكن أن يجري حديث خاص أو سري بغض النظر عن مكان تواجده، والعبرة في تحديد خصوصية وسرية الحديث أو عموميته تتحدد بقصد المتحدث، ويستشف هذا القصد من موضوع الحديث وطريقته، ومن ثم ليس المناط خصوص المكان أو عمومه¹⁵.

3/ مفهوم التقاط الصور

يقصد به "التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص عن طريق أجهزة خاصة تلتقط الصورة لوحدها أو الصورة والصوت معا دون علم الشخص محل الالتقاط"، وعادة ما تستعمل كاميرات الفيديو أو كاميرات التلفزيون أو آلات تصوير أو أجهزة مزودة بخاصية التصوير في عمليات التقاط الصور. ويعد أسلوب التقاط الصور بهذه الآلات من أفضل الأساليب لإثبات الحالة نتيجة ما تنقله أو تلتقطه هذه الآلات من صور كاملة وصادقة لمكان معين أو لحدث معين أو واقعة معينة¹⁶. ونشير بأن الحق في الصورة امتداد لشخصية الإنسان وانعكاس لها، لذلك يملك الشخص سلطة الاعتراض على التقاط صورته في مكان خاص ونشرها وعرضها¹⁷.

ويلاحظ أن المشرع قد نظم التقاط الصور في مكان خاص، ولم يتحدث عن التقاط الصور في مكان عام¹⁸، متأثرا بالمشرع الفرنسي. فالصورة لا تكون محلا للحماية القانونية، إلا إذا كان الشخص متواجدا في مكان خاص، أما إذا تواجد في مكان عام بين الناس دون تمييز بينهم، فذلك ينطوي على قبول ضمني بعلانية أفعاله مما يبيح تصويره¹⁹ سواءً أكان الشخص على علم بأجهزة التصوير أو على غير علم بها. فالتصوير إذا خفية في مكان عام أمر مباح وإجراء مشروع يستطيع ضابط الشرطة القضائية، بل وقاضي التحقيق إجراؤه، كونه تسجيلاً مصوراً لما يحدث بالعين المجردة، وبدل علمي لما يتم وصفه وكتابته بالحروف، ولا يشكل انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة للأفراد²⁰.

ثانيا/ ضوابط صحة أساليب التحري الخاصة: تنقسم هذه الضوابط إلى قسمين: ضوابط موضوعية، وضوابط شكلية.

1/ الضوابط الموضوعية: تتمثل الضوابط الموضوعية فيما يلي:

أ/ أن تتعلق بفئة معينة من الجرائم: لا يرخص بأساليب التحري الخاصة إلا بالنسبة للجرائم المحددة حصرا في القانون. ففي فرنسا يمكن بعد القانون الصادر في 09/03/2004 استعمال التصنت الهاتفى والتسجيل في مرحلة التحري للبحث عن الجرائم المرتكبة في إطار الجريمة المنظمة (م706-95 إ ج ف)²¹، وإذا ما استدعت ضرورات التحري عن شخص هارب يجوز لقاضي الحريات والحبس بناءً على طلب من وكيل الجمهورية الترخيص باعتراض مراسلاته لمدة لا تتجاوز شهرين قابلة للتجديد حسب نفس الشروط الشكلية والزمنية وفي حدود ستة أشهر في مادة الجرح (م2-74 إ ج ف)²². أما المشرع الجزائري فاشتراط لمشروعية الأساليب الخاصة ولضمان عدم التعدي على حقوق الأشخاص، أن يتعلق الأمر بالجرائم المحصورة في ثمانية فئات وهي: جرائم المخدرات، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، جرائم تبييض الأموال، جرائم الإرهاب، الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، جرائم الفساد (م65 مكرر 1/5 إ ج ج)²³، جرائم التهريب (م33 من قانون مكافحة التهريب). ويشترط لصحة إذن القاضي المختص أن يذكر في الإذن الجريمة التي تبرر اللجوء إلى اتخاذ إحدى هذه التدابير، حيث نصت المادة 65 مكرر 1/7 إ ج ج على أنه: "يجب أن يتضمن الإذن المذكور في المادة 65 مكرر 5 أعلاه... الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير"، وقد جاء هذا النص بصيغة الوجوب، مما يجعل كل إذن لا يتضمن الإشارة إلى الجريمة المعاقب عليها إذنا باطلا لا يعتد به، تطبيقا لنظرية البطلان الجوهرى. فالبطلان بطلان مطلق من النظام العام يجوز التمسك به في أية مرحلة كانت عليه الدعوى ولو أمام المحكمة العليا، ويثار تلقائيا من قاضي الموضوع حتى ولو لم يتم التمسك به من ذوي المصلحة. وإذا اكتشفت جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي، فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان الإجراءات العارضة (م65 مكرر 2/6 إ ج ج). فالإجراءات لا تبطل، كون الجريمة المكتشفة من الجرائم المتلبس بها تسمح لضابط

الشرطة القضائية بجمع الأدلة حولها وضبط فاعلها طبقا لإجراءات التلبس بالجريمة. ويمكن لضابط الشرطة القضائية تحرير محضر أو تقرير معلومات بالوقائع الجديدة المكتشفة يوجهه للقاضي الذي انتدبه مما يسمح بفتح تحقيق جديد عن الجرائم التي لم يخطر بها القاضي المختص.

ب/ الإشراف القضائي على أساليب التحري الخاصة

السلطة الوحيدة المؤهلة للإذن بالأساليب الخاصة في فرنسا أثناء التحري هو قاضي الحريات والحبس بناءً على طلب من قاضي التحقيق في إطار التحري عن الجريمة المنظمة (م706-95 إ ج ف)، وهو ما أكده الاجتهاد القضائي الفرنسي²⁴. أما في الجزائر فوكيل الجمهورية هو المؤهل الوحيد أثناء مرحلة التحري (م65 مكرر/1 إ ج ج)، ويكون بذلك المشرع قد وضع ضمانات هامة لحماية حقوق الأشخاص مستوجبا صدور إذن من وكيل الجمهورية يتضمن الترخيص بالأساليب الخاصة، وأن تتم الإجراءات تحت رقابته المباشرة. فلا يجوز لضابط الشرطة القضائية القيام بإحدى الأساليب الخاصة من تلقاء نفسه ودون إذن مسبق من وكيل الجمهورية. والفقهاء والقضاء متفقان على أن هذه الإجراءات محظورة على ضابط الشرطة القضائية دون الإذن له بذلك، حتى ولو تعلق الأمر بحالة التلبس بالجريمة²⁵. ويمتنع على ضابط الشرطة القضائية أن يندب غيره للقيام بإحدى الأساليب الخاصة، لأن الندب لا يكون إلا من طرف وكيل الجمهورية، ولا يحق له إلا تسخير الأعوان المؤهلين لدى إحدى المصالح أو الوحدات أو الهيئات العمومية أو الخاصة المكلفة بالمواصلات السلوكية واللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية لعمليات الاعتراض والتسجيل الصوتي والمرئي (م65 مكرر/8 إ ج ج). والقيام بإحدى هذه الترتيبات التقنية والدخول في المنازل لوضعها دون إذن مكتوب من وكيل الجمهورية المختص، يجعل الأدلة المستمدة باطلة وتبطل جميع الإجراءات التي بنيت عليها، حتى ولو اكتشفت عرضا جريمة متلبس بها، لأن ما بني على باطل فهو باطل. ونشير بأن إذن الاعتراض والتسجيل الصوتي والمرئي ليس له طابع قضائي وغير قابل لأي طعن²⁶، ولا يوجد ضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ولا الفرنسي نص يوجب تبليغه إلى محامي الأطراف

أو المتهم²⁷. وبالتالي لا يمكن التمسك ببطلانه وبطلان الإجراءات التالية له لعدم تبليغه للمتهم أو محاميه.

ج/ أن يكون لأساليب التحري الخاصة فائدة في إظهار الحقيقة

لا بد أن تكون هناك فائدة حقيقية ترجى من وراء هذه الأساليب وهي ظهور الحقيقة²⁸، وهو شرط ضروري رغم عدم النص عليه صراحة. وعلّة هذا الشرط أن الأساليب الخاصة بإجراءات استثنائية تملّحها الضرورة تتضمن اعتداءً جسيماً على حرمة الحياة الخاصة للأفراد ولا تتاح إلا استثناءً وللفائدة المنتظرة منها والتي تتعلق بكشف غموض الجريمة أو العمل على ضبط الجناة²⁹، لذلك يجب أن تفشل جميع وسائل البحث والتحري التقليدية في كشف الجريمة وتحديد هوية الجناة وضبطهم. و في حالة ما إذا ظهر عدم ضرورة الأساليب الخاصة لكشف الحقيقة أضحت غير مشروعة، مما يترتب عليه بطلان الدليل المستمد منها. وتقدير هذه الضرورة في مرحلة التحري متروك لسلطة وكيل الجمهورية تحت رقابة محكمة الموضوع وفقاً لظروف كل جريمة وحسب درجة أهميتها وخطورتها وصعوبة اكتشافها وحاجة التحري إلى معلومات عنها³⁰.

د/ حضر أساليب التحري الخاصة على بعض الأشخاص

في فرنسا تشمل هذه الأساليب جميع الأشخاص حتى ولو كان للشخص محام ومدافع، وتشمل أيضاً الشخص الموضوع تحت المراقبة والشاهد المساعد والمدعي المدني³¹، غير أن المشرع الفرنسي يحضر التصنت على بعض الأشخاص التالي ذكرهم:

- المحامون: المحادثات التي تتم بين المحامي وزبونه يمنع تسجيلها لما لها من طابع شخصي³². ففي فرنسا لا يجوز التصنت على تليفون المحامي أو مسكنه، إلا بعد إخطار نقيب المحامين من طرف قاضي التحقيق (م7-110/2 ج ف)، ما لم يتعلق الأمر بجريمة مرتكبة من المحامي نفسه. وحصانة المحادثات الهاتفية للدفاع تنتهي إذا خرج المحامي عن دوره ورسالته في الدفاع وأضحى فاعلاً مع المتهم أو شريكاً له في الجريمة³³. وهذه الحماية مبسطة للمحامي حتى ولو لم يتأسس³⁴، كما تبسط له سواء كان ممارساً أو متدرباً³⁵. كما منع المشرع الفرنسي في المادة 3/96-706 ج ف وضع الترتيبات التقنية في سيارة أو مكتب أو منزل المحامي لغرض تسجيل أصواته أو التقاط صورته. أما المشرع الجزائري فلم

ينص صراحة على مدى جواز الاعتراض على المكالمات الهاتفية التي تتم بين المحامي وزبونه، كما لم يبين مدى إمكانية تسجيل أصواته والتقاط صوره؛ لكن بالرجوع لأحكام المادة 217 إ ج ج نجدها تنص بأنه: "لا يستنبط الدليل الكتابي من المراسلة المتبادلة بين المتهم ومحاميه"، وعلى الرغم من أن هذا النص يتعلق بالمراسلات المكتوبة إلا أنه يطبق على المراسلات الشفوية³⁶، فالقياس جائز في هذه الحالة لما فيه من حماية لحقوق للمشتبه فيه ولاتحاد المراسلات المكتوبة مع المراسلات الشفوية في الجوهر³⁷. والذي يضيء الحماية القانونية على مراسلات المحامي المادة 24 من القانون 07/13 المؤرخ في 2013/10/29 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة³⁸ المتضمنة حماية العلاقات ذات الطابع السري بين المحامي وموكليه وسرية ملفاته ومراسلاته بمناسبة ممارسة مهنته، وبغض النظر عن طبيعة المراسلة سواء أكانت عن طريق الهاتف أو كتابية، وسواء تعلق الأمر بالهاتفي الشخصي للمحامي أو هاتف مكتبه أو هاتف منزله أو هاتف غيره³⁹.

- الصحفيون: وفقا للمادة 100-05 إ ج ف لا يجوز اعتراض المراسلات التي تتم مع الصحفي والتي تسمح بتحديد مصدر معلوماته الصحفية⁴⁰.

- أعضاء البرلمان: لا يمكن أن تعترض مراسلاتهم الهاتفية دون إعلام رئيس المجلس الذي ينتمون إليه من طرف قاضي التحقيق (م 110-7/1 إ ج ف). وقد قضي في فرنسا أن هذه الضمانة لا تتعلق بنائب في الاتحاد الأوروبي وبأنه لا يوجد أي نص قانون أو نص اتفاقية قضائية يمنع التصنت على المحادثات الهاتفية لأعضاء البرلمان الأوروبي⁴¹. وقد لاقى هذا القضاء معارضة من الاتحاد الأوروبي لدى السلطات الفرنسية⁴². أما المشرع فلم ينص على وجوب إعلام رئيس المجلس الذي ينتمي إليه البرلماني أثناء اعتراض مراسلاته⁴³.

- القضاة: الخط الهاتفي لمكتب القاضي أو مسكنه، لا يمكن أن يكون محل اعتراض، إلا إذا أعلم رئيس المجلس القضائي أو النائب العام لدى مجلس الاستئناف الذي يقيم فيه (م 110-7 فقرة 3 إ ج ف). وتمنع المادة 706-96/3 إ ج ف وضع الترتيبات التقنية في سيارة أو مكتب أو منزل القاضي لغرض تسجيل أصواته أو التقاط صوره. ولا مقابل لمثل هذه الأحكام في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ولا في القانون العضوي 11/04 المؤرخ في 2004/09/06⁴⁴.

لا يشترط أن يكون المشتبه فيه طرفا في المحادثات المعارضة وتسجيلها، فالأساس القانوني الذي تستند إليه هذه الأساليب، هو أن يكون لها فائدة في إظهار الحقيقة. وعليه لا يحق للمشتبه فيه أو المتهم أو الغير الدفع ببطلان هذه الأساليب لعدم الموافقة المسبقة عليها، كما لم يشترط أن يوافق المشتبه فيه أو الغير عليها، لأنها تتم في سرية تامة عنهما. ولكن جانبا من الفقه المصري يستوجب أن يكون المتهم طرفا في المحادثات التي يؤذن بتسجيلها وأن يكون صاحب الهاتف أو حائزه و أن تكون هناك دلائل قوية على أن هذا الشخص يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة⁴⁵.

2/ الضوابط الشكلية: تتمثل الضوابط الشكلية فيما يلي:

أ/ صدور إذن مكتوب: يجب أن يصدر إذن مكتوب من وكيل الجمهورية يتضمن الترخيص بالأساليب الخاصة لضباط الشرطة القضائية⁴⁶.

ب/ صدور الإذن من وكيل الجمهورية المختص محليا

يجب أن يكون وكيل الجمهورية الآذن مختصا محليا، طبقا للقواعد العامة للاختصاص المحلي (م 29 إ ج ج)، وكذا طبقا للقواعد الخاصة بتمديد اختصاصه المحلي، خاصة قواعد تمديد اختصاصه إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق المرسوم التنفيذي 348/06 المؤرخ في 08/10/2006 (م 2/40 إ ج ج)⁴⁷.

وتثير مسألة التصنت الهاتفي على المكالمات الهاتفية التي تتم في الخارج مشكلة في الاختصاص المحلي، فهل يجوز الاعتراض عليها من داخل الإقليم الوطني؟ في فرنسا لا يمكن أن يؤذن بالاعتراض على خط هاتفي موجود في الخارج، إلا في حالة ما إذا مرت المراسلات محل الاعتراض بمراكز عبور دولية موجودة في فرنسا⁴⁸، كون الاعتراض على المحادثات الهاتفية التي تتم من خط خارجي أجنبي يعد انتهاكا للاختصاص الإقليمي ولسيادة الدول⁴⁹. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 07/06/2000 طلب بطلان إجراءات اعتراض المحادثات التي تمت بهاتف نقال أجنبي من خارج فرنسا، طالما صدر إذن من قاضي التحقيق الفرنسي لمعامل هاتف نقال فرنسي يسمح له باعتراض المحادثات المارة على شبكة الاتصالات الفرنسية دون حاجة لأية مساعدة تقنية من طرف دولة أجنبية عضو في الاتحاد الأوروبي⁵⁰.

ج/ أن يكون المندوب ضابط شرطة قضائية مختص

يجب أن يكون الشخص المنتدب ضابط شرطة قضائية مختص محليا ونوعيا، فلا يجوز ندب عون ضببوية قضائية لانتفاء صفة الضببوية القضائية عنه، أو ندب ضابط شرطة قضائية غير مختص محليا. ويطرح التساؤل حول مدى شرعية الإجراء الذي يتم من طرف الضحية نفسه، فهل يأخذ بالدليل المستقى من هذا الإجراء في هذه الحالة أم لا؟ يرى البعض أن التسجيلات التي تتم من طرف الأفراد فيما بينهم لا تعد من قبيل الإجراءات الجنائية. وما تضمنته من أقوال أو تصريحات لا تعد اعترافا، كونها لم تصدر في خصوصية جنائية أمام إحدى السلطات التي خولها القانون صلاحية القيام بها؛ بل تطبق عليها أحكام ما يقدمها الأفراد من أشياء مادية لتأييد ادعاءاتهم⁵¹. ويرى البعض الآخر أن المحادثات الهاتفية التي تنطوي في ذاتها على وقوع الجريمة، لا تصلح في ذاتها لتكون محلا لحق يحميه القانون⁵². وقد قضي في فرنسا بأن اعتراض المراسلات من طرف ضحايا استعمال الهاتف وتسجيل إحدى الجرائم المعاقب عليها قانونا لا يمس بحرمة الحياة الخاصة⁵³. وتبدو حجة "عدم المساس بالحياة الخاصة" المستند عليها للوهلة الأولى أنها مقنعة، غير أنها لا تستجيب إطلاقا لإلزامية أن يكون الدليل المستقى دليلا قويا، فلا يتحقق هذا الأمر عندما يقوم أحد الأفراد العاديين بتسجيل ما يشاء ومتى شاء وكيفما يشاء⁵⁴. ويسير على نهج القضاء الفرنسي القضاء المصري، حيث قضي بأنه لا جناح على المدعين بالحقوق المدنية إذا وضعا على خط التليفون الخاص بهما جهاز تسجيل لضبط ألفاظ السباب الموجهة إليهما توصلتا للتعرف على شخص من اعتاد توجيه ألفاظ السباب والقذف إليهما عن طريق الهاتف⁵⁵.

وما يزيد الإشكال تعقيدا التسجيلات التي تتم من طرف الأفراد العاديين لاستعمالها في دفاع الضحية، فما مدى شرعية الدليل المتحصل عليه في هذه الحالة؟ يرى جانب من الفقه الفرنسي أن ما هو ممنوع على ضابط الشرطة القضائية غير ممنوع على الغير، حيث يمكن لأي شخص أن يقدم للعدالة معلومات وبأي طريقة كانت، بشرط أن لا يكون هناك أي تحريض من ضابط الشرطة القضائية يسبق التسجيل⁵⁶. وقد أعتبر جانب من الفقه الفرنسي ويؤيده القضاء الفرنسي أن تسجيل المحادثات من طرف الغير يعد من

وسائل الدفاع، على خلاف ضابط الشرطة القضائية الذي يعد الإجراء بالنسبة إليه إجراءً من إجراءات التحري لا يقوم به إلا وفقاً للقانون⁵⁷.

د/ تسبب الإذن

الأساليب الخاصة تمس بحرمة الحياة الخاصة، لذا يستوجب تسبب الإذن المرخص بها حتى تكون صحيحة، رغم عدم اشتراط المشرع لهذا التسبب. فالإذن يجب أن يكون محددًا للأسباب التي كانت وراء إصداره، أي تحديد عناصر الربط بين إذن الاعتراض والتسجيل والتصوير والجريمة⁵⁸.

هـ/ تحديد العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات والأماكن المقصودة

استوجبت المادة 65 مكرر 1/7 إ ج ج أن يتضمن الإذن المذكور في المادة 65 مكرر 5 إ ج ج كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها، كتحديد أرقام هواتف الأشخاص الذين يعدون طرفاً في المحادثات - يستوي أن يكون الأشخاص مشتبه فيهم أو متهمين أو لهم علاقة بالجريمة بصفة مباشرة أو غير مباشرة - والأماكن السكنية أو الأماكن العامة، والجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير ومدتها وتعيين كل هذه العناصر الغرض منه ضمان عدم المساس بالحياة الخاصة ومنع تعسف المشرفين عليها. ولم يضع كل من المشرع الجزائري والفرنسي قيوداً زمنية لتنفيذ الأساليب الخاصة⁵⁹، فالدخول مسموح به خارج المواعيد المحددة في المادة 1/47 إ ج ج (تقابلها م 59 إ ج ج)؛ أي أن الدخول إلى هذه الأماكن جائز ليلاً ونهاراً⁶⁰. ولا يحتاج الأمر إلى إصدار إذن مسبق بالدخول حسب القانون الجزائري. كما لا يحتاج الدخول لرضا وعلم الأشخاص الذين لهم حق على الأماكن (م 65 مكرر 5 إ ج ج)، كون أساليب الاعتراض والتسجيل والاتقاط تتم في سرية وخلصة عن الشخص الذي يكون محللاً لها. وبالتالي لا يمكن التمسك ببطلان إذن دخول المساكن لكونه قد تم ليلاً، أو لعدم موافقة ورضا من له حق على الأماكن. أما المشرع الفرنسي فلا يسمح بالدخول للمساكن لوضع الترتيبات التقنية⁶¹ خارج الساعات القانونية للتفتيش، إلا بإذن مسبق ومسبب من قاضي الحريات والحبس بناءً على طلب من قاضي التحقيق (م 709-96 فقرة 2 إ ج ج).

و/ تحديد مدة أساليب التحري الخاصة

من ضمانات حماية الحرية الشخصية والحفاظ على راحة وأمن واطمئنان الأشخاص تحديد مدة زمنية للقيام بالإجراءات الخاصة، فلا يمكن إطلاق مدتها دون تحديد⁶². وقد حدد المشرع مدة أربعة أشهر كحد أقصى للأساليب الخاصة في المادة 65 مكرر 2/7 إ ج ج، قابلة للتجديد⁶³ حسب مقتضيات التحري وضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية. ولا يبدأ حسابها من التاريخ المذكور في إذن القاضي، بل من تاريخ الوضع الفعلي للترتيبات التقنية⁶⁴. وفي حالة انتهاء المدة المعينة في الإذن ولم تظهر الحقيقة، يمنع القيام بأي أسلوب من الأساليب المأذون بها طالما انتهت مدتها؛ غير أنه يمكن تجديدها لمدة أقصاه أربعة أشهر بموجب إذن مكتوب من وكيل الجمهورية المختص. وقد قضي في فرنسا بأنه يجب تجديد المدة قبل انتهائها وبأن فترة الشهرين التي تم تجديدها في الإذن الأول لوضع الأجهزة في منزل المتهم إذا لم يتم تجديدها يجب أن تزال الأجهزة الفنية الموضوعة. كما قضي بأنه في حالة غياب المدة المشار إليها في إذن التجديد فهي نفسها المدة الموافق عليها في بداية الأمر⁶⁵. وفي حالة تحقق الغرض من الاعتراض وظهور الحقيقة، ولم يعد هناك مبرر للاستمرار فيه أمر القاضي المختص برفعه حتى ولم يصل إلى نهاية مدته، فالاعتراض يرتبط بالضرورة وجودا وعدما.

ثالثا/ ضوابط تنفيذ أساليب التحري الخاصة

المشرع الفرنسي لم يضع أحكاما حول كيفية تنفيذ الأساليب الخاصة، ونتيجة الانتقادات والإدانة التي وجهتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضيتي *Kruslin et Huvig*⁶⁶ لفرنسا، بادر المشرع الفرنسي بإصدار القانون رقم 646/91 المؤرخ في 10/07/1991 المتعلق بسرية المراسلات المرسله عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية والذي نظم التصنت الإداري(الأمني) الذي يأمر به الوزير الأول تحت رقابة لجنة وطنية، والاعتراض القضائي المأمور به من طرف السلطات القضائية المختصة (م 100 إلى 100.7 إ ج ف)⁶⁷. وعدله فيما بعد ووضع مجموعة من الضوابط أثناء تنفيذ التصنت الهاتفي والتسجيلات الصوتية والمرئية تتمثل فيما يلي:

1/ تسخير أحد الفنيين

أجاز المشرع الفرنسي لقاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية المنتدب للتحقيق تسخير كل عون مؤهل لدى مصلحة أو هيئة موضوعة تحت وصاية الوزارة المكلفة بالاتصالات السلكية أو اللاسلكية أو كل عون مؤهل لدى مستغلي شبكة المواصلات السلكية واللاسلكية المرخص لهم بذلك، لتركيب الأجهزة اللازمة للتصنت على المحادثات الهاتفية (م100-3 إ ج ف). أما المشرع الجزائري فقد أجاز لوكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية الذي أذن له تسخير كل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية واللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية لعمليات اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور (م65 مكرر8 إ ج ج).

ولم يحدد المشرع نوع التسخير، فهل يجب لصحته أن يكون مكتوبا أو يكفي لصحته أن يكون شفويا؟ حسب الفقه الفرنسي يجب وضع الترتيبات التقنية بناء على تسخيرة مكتوبة يحررها ضابط الشرطة القضائية أو القاضي المختص تتضمن كافة العناصر التي تسمح بالتعرف على المراسلات موضوع الاعتراض ومدته، علما أن الأشخاص المسخرين غير ملزمين بأداء اليمين القانونية، ولا تطبق عليهم أحكام المادة 49 إ ج ج المتعلقة بأداء اليمين، فهي خارجة عن مجال الأساليب الخاصة حسب قرار محكمة النقض الفرنسية في 23/05/2006⁶⁸. ونشير بأن الأعوان المؤهلين المسخرين تقتصر مهمتهم على وضع الترتيبات التقنية الداخلة ضمن اختصاصهم ولا يسمح لهم بالتدخل في مجريات التحري، وملزمون بالحفاظ على سرية التحريات. وبخصوص تركيب الأجهزة خارج المكان الذي يتواجد فيه الشخص المراد تسجيل محادثاته الخاصة والتقاط صور له لا يطرح أي إشكال، غير أن المشكلة تدق بخصوص تركيب هذه الأجهزة داخل المكان الخاص، إذ يتطلب الأمر في هذه الحالة دخوله، ويحتاج ذلك إلى إذن يسمح بوضع الترتيبات التقنية وبالدخول إلى المكان الخاص (م65 مكرر5/2 إ ج ج).

2/ تحرير محضر بأساليب التحري الخاصة ومحضر بوصفها أو نسخها

يحرر ضابط الشرطة القضائية المأذون له من القاضي المختص محضرين اثنين: المحضر الأول: يثبت كل عملية اعتراض المراسلات وتسجيل المحادثات والتقاط الصور وكذا كل

عملية من عمليات وضع الترتيبات التقنية، يبين فيه تاريخ وساعة بداية ونهاية هذه العمليات⁶⁹ (م 65 مكرر 9/1 إ ج ج)، والمحضر الثاني: يصف فيه أو ينسخ فيه المراسلات أو الصور أو المحادثات المسجلة والمفيدة في إظهار الحقيقة بدقة يودعه بملف التحري (م 65 مكرر 1/10 إ ج ج).

يعد المحضر الوصفي أو المحضر الذي تنسخ فيه المراسلات والصور والمحادثات المسجلة المفيدة في إظهار الحقيقة ضروري في عملية الإثبات، يسجل فيه كل ما يتعلق بالجريمة و/أو ما له علاقة بها فحسب. أما المراسلات الشخصية والمحادثات والصور الشخصية المتعلقة بالحياة اليومية والخاصة للشخص فلا تنسخ ولا توصف فيه. فلا يمكن تسجيل المعلومات التي تخرج عما هو مجرم حسبما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 2004/03/02⁷⁰. كما لا يمكن نسخ المحادثات التي تتم بين المحامي وزبونه وكل ما يتعلق بحقوق الدفاع، إذ يترتب البطلان عن تسجيل المحادثات التي تتم بين المحامي والمتعلقة بحقوق الدفاع؛ إلا إذا تبين من محتواها وطبيعتها مساهمة المحامي في أحد الجرائم (قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2007/02/21⁷¹). ويودع المحضران والإذن في ملف الإجراءات بعد تنفيذ الاعتراض ليكون الدفاع على علم بهما، وللمتهم أن ينازع في صدقها، كما له الحق في طلب سماع التسجيل⁷². ويمكن أثناء تحقيق جديد الاستناد إلى المعلومات الواردة في محضر التسجيل⁷³ وإلحاق على سبيل المعلومات وثائق ملف مأخوذة من تحقيق آخر، إذا كانت هذه الوثائق مهمة في التحريات والتحقيقات. فالاعتماد على تسجيلات قضية أصلية في قضية ثانية، لا يشكل حالة من حالات البطلان لعدم وجود نص قانوني يمنع إلحاق عناصر مستخلصة من إجراءات ما إلى إجراءات أخرى، والتي في حالة استغلالها تنير المحقق وتساهم في إظهار الحقيقة⁷⁴.

3/ تحريز أشرطة التسجيل

وفقا للمادتين 100-4 / 02، و706-100 / 2 إ ج ف يجب وضع أشرطة تسجيل المحادثات في أحرار مختومة لغرض عرضها على الخصوم في حالة النزاع. ولا توجد نصوص مماثلة في القانون الجزائري تنص على التحريز، مما يفتح الباب واسعا للتلاعب بالتسجيلات

وتحريفها وتغييرها وإتلافها. وعليه ندعو المشرع إلى النص على تحريز أشرطة التسجيل لغرض صونها من أي حذف أو إضافة أو تغيير أو الإحالة على أحكام المادة 84 إ ج ج.

4/ نسخ وترجمة المكالمات التي تتم باللغات الأجنبية بمساعدة مترجم

عند الاقتضاء تنسخ وترجم المكالمات التي تتم باللغات الأجنبية بمساعدة مترجم يسخر لهذا الغرض (م 65 مكرر 10/2 إ ج ج)، و في الحدود اللازمة لإظهار الحقيقة .

5/ إتلاف التسجيلات في حالة تقادم الدعوى العمومية

نصت المادتان 100-06 و 706-102 إ ج ف على إتلاف التسجيلات من طرف وكيل الجمهورية بعد انقضاء آجال تقادم الدعوى العمومية و تسجيل هذا الإتلاف في محضر رسمي، ويستثنى من الإتلاف محاضر التسجيل التي تشكل وثيقة إجراءات تحفظ ويبقى عليها في ملف التحري⁷⁵. ولم يتحدث المشرع عن مصير التسجيلات عند تقادم الدعوى العمومية مما يطرح التساؤل حول مدى إمكانية الرجوع إلى هذه التسجيلات في هذه الحالة؟ لا مناص من اتباع نهج المشرع الفرنسي.

وواضح مما تقدم ذكره من ضوابط أن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي أكثر ضمانا في حماية الحياة الخاصة للأشخاص مقارنة بقانون الإجراءات الجزائية الجزائري. ومع ذلك تبقى هذه الضمانات غير كافية نظرا لما تقوم به الشرطة القضائية في فرنسا من مراقبة ومتابعة الأشخاص عن طريق جهاز تحديد المواقع الذي يثبت في الهواتف النقالة أو في السيارات، مما يطرح التساؤل حول مدى شرعية هذا الإجراء غير المنصوص عليه قانونا؟ لقد أجازت محكمة النقض الفرنسية⁷⁶ في قرار لها بتاريخ 2011/11/22 استعمال جهاز تحديد المواقع ورفضت طلب بطلان إجراء وضع الترتيبات التقنية المتعلقة بتحديد موقع أحد السيارات وأيدت قرارا لغرفة ، مسببة قرارها بأن: 1- الإجراء لم يخالف أحكام المادة 81 إ ج ف (تقابلها م 69 مكرر إ ج ج)، 2- خاضع لرقابة القاضي ويشكل ضمانا كافية، 3- يتعلق بجريمة تهريب مخدرات عن طريق منظمات إجرامية تشكل خطرا جسيما على الأمن العام والصحة العامة، 4- توافقه مع أحكام المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁷⁷.

خاتمة

على ضوء ما تم عرضه تبين لنا أن أساليب اعتراض المراسلات والتسجيل الصوتي والمرئي في القانون الجزائري من الإجراءات المسماة والمستقلة عن إجراءات المراقبة الالكترونية والتسجيل الصوتي العلني لمحادثات الأشخاص أثناء سماع أقوالهم واعترافاتهم المباشرة، ولا يشترط أن يكون المشتبه فيه طرفاً فيها. ولا يباح استعمالها مباشرة من طرف ضابط الشرطة القضائية في مرحلة التحري دون ندب مسبق من وكيل الجمهورية، ويأمر بها لمدة أقصاه أربعة أشهر غير قابلة للتجديد بنفس الشروط الشكلية والزمينية. وكل هذه الضوابط الموضوعية والإجرائية وغيرها وضعت لضمان عدم المساس بالحياة الخاصة للأشخاص محل هذه الأساليب الخاصة للتحري. وقد كانت أهم النتائج المتوصل إليها كالآتي:

1. عدم مواكبة قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لقانون الإجراءات الجزائية الفرنسي خاصة ما تعلق بمسألة: عدم فصله بين أحكام اعتراض المراسلات وإجرائي التسجيل و/أو التقاط التصوير، حضر التصنت الهاتفية على بعض الأشخاص كالمحامين والقضاة وأعضاء البرلمان والصحفيين إلا بضوابط معينة، عدم تجديد مدة الاعتراض في مرحلة التحري إلا مرة واحدة صونا لحقوق الأشخاص من التعدي عليها من رجال الضبطية القضائية، تحريز التسجيلات بعد نهاية تنفيذ عمليات الاعتراض لحمايتها من التغيير والتبديل والإضافة، إتلاف التسجيلات في حالة تقادم الدعوى العمومية والتخلص منها في حالة ما إذا لم تكن لها فائدة في كشف وإظهار الحقيقة، النص الصريح على عدم قابلية أمر الاعتراض و/أو التسجيل الصوتي و/أو المرئي لأي طريق من طرق الطعن لعدم إعاقة التحري، إخضاع عمليات إزالة الترتيبات التقنية المتعلقة بالاعتراض والتسجيل الصوتي والمرئي لنفس شروط وضعها.

2. عدم وجود أحكام قضائية من القضاء الجزائري، تسد النقص الملاحظ في قانون الإجراءات الجزائية خاصة ما تعلق به التسجيلات العلنية لأقوال الأشخاص المسجلة من طرف ضابط الشرطة القضائية أو القاضي المختص خارج المحادثات المرئية عن بعد والمسموح بها بموجب القانون 03-15 المتعلق بعصرنة العدالة، التسجيلات المتحصل عليها

من أجهزة التسجيل الهاتفية الفردية، استعمال التسجيلات المودعة في ملف ما في قضية أخرى والاستناد عليهما في فتح تحقيق جديد، التسجيلات التي يقوم بها المجني عليه نفسه لجمع أدلة الإثبات ضد من تجنى عليه قبل مباشرة أي تحريات أو تحقيقات أو بعدها، التسجيلات التي يقوم بها المدعي المدني لجمع الأدلة المؤيدة لادعائه المدني، التسجيلات التي يقوم بها الغير لصالح الضحية، متابعة الأشخاص عن طريق أجهزة تحديد المواقع.

الهوامش

¹ نظمت هذه الأساليب لأول مرة بموجب المادة 14 من القانون 22/06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، «ج ر ج ج، عدد84، بتاريخ 24 ديسمبر 2006، ص4». وقبلها سمح المشرع باللجوء لأساليب تحري خاصة بموجب الأمر رقم 06/05 المؤرخ في 2005/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب، «ج ر ج ج، عدد59، بتاريخ 23 غشت 2006، ص3»، قصد التحري عن الجرائم المتعلقة بالتهريب دون توضيح نوع هذه الأساليب. كما سمحت المادة 1/56 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، «ج ر ج ج، عدد14، بتاريخ 8 مارس 2006، ص4»، في الباب الرابع منه إمكانية اللجوء إلى أساليب التسليم المراقب والتتبع الإلكتروني (المراقبة الإلكترونية) والاختراق (التسرب) لغرض التحري عن جرائم الفساد.

² - عدل القانون 646/91 بموجب القانون رقم 204/2004 المؤرخ في 2004/03/09 ووسع من مجال استعمالها لتشمل التحريات الأولية، وحضر الاعتراض على مراسلات أعضاء البرلمان والمحامين والقضاة، ثم عدل بالقانون 1/2010 مؤرخ في 2010/01/04 الذي وسع من مجال حضر الاعتراض ليشمل مراسلات الصحفيين، ثم عدل أخيرا بالقانون 525/2011 مؤرخ في 2011/03/17 الذي وضع جملة من الشروط بخصوص التحري عن الجريمة المتلبس بها والتحقيق الأولي المتعلق بقضايا الجريمة المنظمة. *Jean Paradel, procédure pénale, Edition cujas, paris, France, 16^e édition, 2011, p 413*

³ - يفترض التصنت الهاتفي سماع الحديث وتسجيله، ويستوي في ذلك مختلف طرق التسجيل، وبواسطة أي جهاز يخزن فيه ما تم سماعه، كاستخدام القلم والورق لتسجيل الحديث وهي الطريقة القديمة في التسجيل، كندة. فواز الشماط. (الحق في الحياة الخاصة)، رسالة دكتوراه إشراف هشام محمد رشيد فرعون، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2007، ص295.

⁴ - نقض جنائي فرنسي بتاريخ 1981/11/24 و1996/02/27 أنظر:

Serge Guinchard et Jaques Buisson, procédure pénale, Leseis Nexis, France, 8^e édition, 2012, p 1232.

⁵ *Christian Guéry et Pierre Chanbon, Droit et pratique de l'instruction préparatoire, Juge d'instruction - chambre de l'instruction Dalloz, paris, France, 8^e Edition, 2012, p 925.*

⁶ - عبد الرحمان، خلفي: محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د، 2012، ص73.

⁷ - القانون 04/09 المؤرخ في 05 غشت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، « ج ر ج ج، عدد 47، بتاريخ 16 غشت 2009م، ص 5».

⁸ - المادة 3 من نفس القانون.

⁹ Christian Guéry et Pierre Chanbon, *Op.cit*, p 925 .

¹⁰ - قانون 03/15 مؤرخ في 01/02/2015 المتعلق بعصنة العدالة، « ج ر ج ج، عدد 02، بتاريخ 10 فبراير 2015، ص 4».

¹¹ - المحادثات المرئية أثناء مرحلة التحري عن بعد لا يسمح بها إلا لوكيل الجمهورية حسبما بينا في المتن، ولقاضي التحقيق أثناء استجواب أو سماع شخص أو إجراء مواجهات بين عدة أشخاص، ولجهة الحكم أثناء سماع الشهود أو الأطراف المدنية والخبراء دون المتهمين، ما عدا بالنسبة لقضايا الجنج حيث يمكن لجهة الحكم اللجوء إلى نفس الآلية لتلقي تصريحات متهم محبوس إذا وافق المعني والنيابة العامة على ذلك بشرط أن تتم هذه الإجراءات بمقر المحكمة الأقرب في مكان إقامة الشخص المطلوب تلقي تصريحاته بحضور وكيل الجمهورية المختص إقليمياً وأمين الضبط، وبعد تحقق وكيل الجمهورية من هوية الشخص الذي تم سماعه وتحرير محضر بذلك، وإن كان الشخص محبوساً تتم المحادثة المرئية عن بعد من المؤسسة العقابية المحبوس فيها. (المادتان 15 و16 من القانون 03/15).

¹² - هذا الرضا يحو عن الأحاديث الشخصية خصوصيتها ويزيل سريتها ويرفع عنها الحماية التي قررها القانون، ويمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً. أحمد فتحي، سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، المجلد الأول، الجزء الأول والثاني، ط 1981، ص 4، ص 482.

¹³ - وفق أصحاب هذا الرأي، إذا جرى التسجيل كحديث موجه للجمهور دون تخصيص في مكان عام لكان التسجيل مشروعاً، نظراً لخلو الإجراء من أي اعتداء على حرمة المتحدث أو مكان الحديث، الكبسي، عبد الستار سالم: ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2013، ص 436 و437.

¹⁴ - اعتنق المشرع المصري معيار المكان الخاص لتحديد طبيعة الحديث، وإضفاء الحماية على المحادثات التي تتم فيه (م 309 مكرر ع م)، ويرى جانب من الفقه المصري أن العبرة بطبيعة الحديث وقصد ذوي الشأن لا بمكان صدور، أنظر: أحمد فتحي، سرور، المرجع السابق، ص 374؛ محمد أمين، الخرشة، (مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، إشراف إبراهيم عيد نايل، جامعة عين شمس، مصر، مطبوعة من طرف دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2011، ص 126 وما بعدها.

¹⁵ - إدريس، عبد الجواد عبد الله بريك: ضمانات المشتبه فيه في مرحلة التحريات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د ط، 2005، ص 258..

¹⁶ - فوزي، عمارة، (اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب كإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، عدد 33، 2010، ص 235-254.

¹⁷ - للتفصيل أكثر راجع كندة، فواز الشماط، المرجع السابق، ص 177 وما يليها.

- ¹⁸ - قضي في فرنسا أن نشر صورة شخص التقطت له وهو يسير في الطريق العام، لا تمثل اعتداءً على حقه في الحياة الخاصة. *Cour Aix provance 19 oct 1973*، نقلا عن نصر الدين، ماروك، (الحق في الخصوصية)، *مجلة النائب، المجلس الشعبي الوطني، الجزائر*، عدد 2، السنة 2003، ص.ص 16-32.
- ¹⁹ - محمد أمين، الخرشنة، المرجع السابق، ص 129.
- ²⁰ - فضيلة، عاقلي، (الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه)، إشراف طاشور عبد الحفيظ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012، ص 188.
- ²¹ *Michèle laure rassat, Michèle laure rassat, procédure pénale, Ellipses édition, Paris, France, 2^{em} Édition, 2013, p 306.*
- ²² *Christian Guéry et Pierre Chanbon, Op.cit, p 922.*
- ²³ - أنظر: عبد الرحمان، خلفي، المرجع السابق، ص 70؛ محمد، حزيط: قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2009، ص 114.
- ²⁴ *Jean Paradel, Op.cit, p 414.*
- ²⁵ - إدريس عبد الجواد، عبد الله بريك، المرجع السابق، ص 263.
- ²⁶ - هذا ما نصت عليه صراحة المادة 100 فقرة 02 إ ج ف. *Jean Paradel, Op.cit, p 414*. ووفق المادتين 172 و 173 إ ج ج، لا يعد أمر اعتراض المراسلات والتسجيل الصوتي والتقاط الصور من الأوامر الجائز استئنافها أمام غرفة الاتهام، ويرى *Christian Guéry* أنه يمكن للشخص المعني رفع طلب ببطلان الإجراءات المخالفة للقانون، المرجع السابق، ص 922.
- ²⁷ *Christian Guéry et Pierre Chanbon, Op.cit., p 922.*
- ²⁸ - طارق، صديق رشيد: حماية الحرية الشخصية في القانون الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ص 319.
- ²⁹ - لا يشترط المشرع أن تكون هناك دلائل قوية أو كافية على اتهام الشخص ليكون محلا للأساليب الخاصة بل يكفي أن تكون الأساليب ضرورية لإظهار الحقيقة، وهو ما يشترطه المشرع والفقهاء في فرنسا، أنظر: *Serge Cuinchard. Jaque Buisson. Op.cit. p 1232*، على خلاف ما يشترطه الفقهاء والقضاء المصري من وجوب أن تكون هناك دلائل قوية على مساهمة المتهم في الجريمة.
- ³⁰ - محمد أمين، الخرشنة، المرجع السابق، ص 113.
- ³¹ - علي عبد القادر، القهوجي: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، ل 2، 2002، ص 283.
- ³² *Christian Guéry et Pierre Chanbon, Op.cit, p 921.*
- ³³ - في هذه الحالة لا يمكن التحصن خلف حق الدفاع، كاضم السيد، عطية (الحماية الجنائية لحق المتهم في الخصوصية)، رسالة دكتوراه، إشراف مأمون محمد سلامة، جامعة القاهرة، مصر، 2007، ص 539.
- ³⁴ *Michèle laure rassat, Op.cit, p305, marge 4.*
- ³⁵ - كاضم السيد، عطية، المرجع السابق، ص 520 و 521.
- ³⁶ - لا يجوز ضبط المراسلات المكتوبة التي تتم بين المحامي وموكله، فلا جدوى منها للحصول على دليل ضد المشتبه فيه أو المتهم، لتمتعها بالسرية. والاستناد على دليل من هذا القبيل في الإثبات يترتب عنه البطلان، إلا في

حالة ما إذا كانت هذه الرسائل تتصل بجريمة قائمة ومستمرة أو يُدبر لارتكابها مستقبلا. حينها يجوز ضبطها⁴¹ عبد الحميد، الشواربي: الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 1997، ص146.

³⁷ - قضت محكمة النقض المصرية بأن "مدلول كلمتي الخطابات والرسائل يتسع في ذاته ليشمل كافة الخطابات والرسائل والطرود والرسائل التلغرافية، كما يندرج تحته المكالمات التليفونية لكونها لا تعدو أن تكون من قبيل الرسائل الشفوية لاتحادها في الجوهر وإن اختلفتا في الشكل"، نقض جنائي مصري في 12/02/1936، أحكام النقض، س13، رقم37، ص135.

³⁸ - قانون 07/13 مؤرخ في 29/10/2013، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج ر ج ج، عدد48، بتاريخ 30 أكتوبر 2013، ص3.

³⁹ - نصت المادة 24 من قانون تنظيم مهنة المحاماة على أن المحامي يستفيد بمناسبة ممارسة مهنته من الحماية التامة للعلاقات ذات الطابع السري القائمة بينه وبين موكله، وضمان سرية ملفاته ومراسلاته، بشرط أن تكون بمناسبة تأديته لمهنته.

⁴⁰ - لا مقابل لهذا الحكم في القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالإعلام، ج ر ج ج، عدد02، بتاريخ 15 يناير 2006، ص03.

⁴¹ Cass. Crim, 16 mars 2005, pourvoi n°05-80092, Bull. crim. criminel, 2005, N° 97, p. 341.

⁴² Michèle laure rassat, Op.cit, p 305.

⁴³ - راجع المواد 109 و100 و111 من دستور الجزائر لسنة 1996م والتي لم تشر لذلك، ولا مناص من اتباع ما اعتمده المشرع الفرنسي، وهو وجوب إعلام وإخطار رئيس المجلس الذي ينتهي إليه البرلماني.

⁴⁴ - قانون عضوي 11/04 مؤرخ في 06/09/2004، متضمن القانون الأساسي للقضاء، «ج ر ج ج، عدد57، بتاريخ 08/09/2004، ص13.

⁴⁵ - لا يشترط كل من المشرع الفرنسي والجزائري ذلك كما سبق بيانه في الهامش 35.

⁴⁶ - إذن الاعتراض في فرنسا يتم عمليا بموجب إنابة قضائية مستعجلة وخاصة من قاضي الحريات والحبس، تحرر لضابط الشرطة القضائية، تتضمن أسماء وعناوين الأشخاص محل الاعتراض، وأرقام الهواتف التي سيتم إيصالها تحت طائلة البطلان، وهذا البطلان من النظام العام.

Serge Guinchard et Jacques buisson, Op.cit, p1233.

⁴⁷ - المرسوم التنفيذي رقم 348/06 المؤرخ في 08/10/2006 المتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق، «ج ر ج ج، عدد63، الصادرة 8 أكتوبر 2006، ص29».

⁴⁸ - Cass. Crim, 14 juin 2000, pourvoi n°00-81386, Bull. crim. criminel, 2000, N° 224, p. 661.

⁴⁹ - Serge Guinchard et Jaque buisson, Op.cit, p 1239.

⁵⁰ - Christian Guéry et Pierre Chanbon, Op.cit, p 921.

⁵¹ - أنظر: ما شاء الله، عثمان.(الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في التشريع الليبي بالمقارنة مع التشريعين الفرنسي والمصري)، رسالة دكتوراه، إشراف مأمون محمد سلامة، جامعة القاهرة، مصر، 2010، ص 224.

⁵² - محمد أمين، الخرشة، المرجع السابق، ص 116.

⁵³ - نقض جنائي فرنسي في 17/07/1984 و13/05/1992 و31/01/2007، وقضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 19/01/1974 بأن استخدام جهاز مخصص فقط لاكتشاف رقم موضع الطالب بغرض تحديد شخصيته بدون تسجيل حديث لا يعتبر اعتداءً على الحق في الخصوصية، خاصة إذا وضع هذا الجهاز بناءً على طلب من الشاكي لتحديد شخص الفاعل الذي درج على إزعاجه باستعمال جهاز التليفون، نقلا عن ماروك نصر الدين: المقال السابق، ص.ص 16-32.

⁵⁴ - *Michèle laure rassat, Op.cit, p276*.

وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 07/10/2007 أيضا تسجيلًا تم من ضابط شرطة قضائية في تحقيق أجراه مع أحد المتهمين عرض عليه رشوة، مستندة إلى أن التسجيل في هذه الحالة لا يمس *Michèle laure rassat, ibid,p277*. أيضا بحرمة الحياة الخاصة

⁵⁵ - نقض جنائي مصري في 18/05/2000، رقم 22340، سنة 62 ق.

⁵⁶ - يجب أن يقتصر دور الضابط على التصنت على المحادثات وتسجيلها فحسب دون تدخل من جانبه، فالمتفق عليه فقها وقضاءً أنه لو صاحب الاعتراض تحريض أو تهديد أو كذب أو استخدام وسائل من شأنها أن يبدل الشخص بمعلومات ما كان يبدل بها لولا هذا التحريض، فإن الأدلة التي تنتج عن ذلك تهدر ولا يعول عليها. إدريس عبد الجواد، عبد الله بريك، المرجع السابق، ص 264 و265.

⁵⁷ - *Christian Guéry et Pierre Chanbon, Op.cit, p 926*.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 31/01/2012، بأن التسجيلات التي يقوم بها الغير لصالح الضحية وسيلة من وسائل الدفاع البسيطة، رافضة بطلانها، بحجة أن التسجيلات المتعلقة بالمحادثات الشخصية التي يقوم بها الغير لصالح شخص تهمه، لا تشكل في حد ذاتها إجراءً أو وثيقة من إجراءات التحقيق حسب المادة 170 إ ج ف، طالما لم يكن هناك تدخل مباشر أو غير مباشر من السلطات العمومية، وبأنه لا يمكن أن تكون هذه التسجيلات محل إبطال تطبيقاً لأحكام المواد من 171 إلى 173 إ ج ف، والأمر نفسه بالنسبة لنسخ هذه المكالمات والذي يهدف فقط لجعل محتواه مادياً فقط، واعتبرت أن الأمر يتعلق بمجرد وسيلة إثبات بسيطة *Cass. Crim, 31 janv 2012, pourvoi n°464-85-11, Bull. crim. criminel* تخضع للمناقشة الوجيهة.

,2012, N° 01 p, 39

⁵⁸ - محمد أمين، الخرشة، المرجع السابق، ص 87.

⁵⁹ - فوزي عمارة مرجع سابق، ص.ص 235-254.

⁶⁰ - يسمح الإذن المتضمن تعيين الأماكن التي سيتم فيها وضع الترتيبات التقنية لضابط الشرطة القضائية المأذون له وكذا الأعوان المسخرين المتكفلين بالجوانب التقنية للعمليات المتعلقة بهذه الإجراءات الدخول إلى هذه الأماكن، دون التقيد بالفترة الزمنية المعينة في المادة 47 إ ج ف.

⁶¹ - هذا ما تلزمه المادة 706-96 فقرة 2 إ ج ف، وإزالة الترتيبات التقنية تخضع لنفس أحكام هذه المادة، ولا نظير لهذا الحكم في القانون الجزائري.

⁶² - طارق، صديق رشيد، المرجع السابق، ص 320.

⁶³ - المشرع الفرنسي كان صريحاً في نص المادة 706-95 إ ج ف، بأن التجديد لا يجوز إلا مرة واحدة، خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم يراع العامل الزمني أثناء التجديد، حيث لم يحدد عدد مرات قابلية الإذن للتجديد.

فوزي عمارة: المقال السابق، ص 235-254. وعبارة "قابلة للتجديد" وردت مطلقة دون تخصيص وتجعل المجال مفتوح للتجديد، عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 74.

⁶⁴ Cass. Crim, 10/05/2012, pourvoi n°11-87.328, Bull. crim. criminel. 2012. N° 05 p. 188.

⁶⁵ Cass. Crim, 13/11/2008, n° 230, Bull. crim. criminel. 2008, N° 09, p 1071.

⁶⁶ - صدرتا بتاريخ 1990/04/24 وكشفا عن قصور التشريع الفرنسي من حيث الضمانات الخاصة بالاعتراض على المحادثات الشخصية وكيفية تنفيذها، للتفصيل أكثر حول هذين الحكمين، أنظر: كاضم السيد، عطية، المرجع السابق، هامش 1، ص 536 و 537.

⁶⁷ - Christian Guéry et Pierre Chanbon, Op.cit , p 919.

⁶⁸ - Serge Cuinchar et Jaque Buisson, Op.cit. p 1233.

⁶⁹ - يرى Jacques Georget أنه يجب أن تحرر محاضر عن كل مرحلة بصفة مستقلة، وبشكل منفصل، نقلا عن فوزي عمارة المقال السابق، ص. 235-254.

⁷⁰ - Christian Guéry et Pierre Chanbon, Op.cit, p 921.

⁷¹ - Jean Paradel, Op.cit, p415.

⁷² - Serge Cuinchar et Jaque Buisson, Op.cit, p 1235.

⁷³ - Christian Guéry et Pierre Chanbon, , Op.cit, p 921 .

⁷⁴ - يشترط أن تكون هذه الإجراءات محل مواجهة ومناقشة من الأطراف حسب قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 2004/04/02. Christian Guéry et Pierre Chanbon, , Op.cit. p921.

⁷⁵ - وحدها التسجيلات التي تتلف، أما محاضر التسجيلات تشكل وثيقة في الإجراءات، تحفظ في الملف، ويمكن الاستناد عليها في متابعات جزائية جديدة، نقض جنائي فرنسي بتاريخ 2007/02/21،

Christian Guéry et Pierre Chanbon, Ibid, p921. Serge Cuinchar et Jaque buisson, Op.cit, p 1237.

⁷⁶ - يرى Christian Guéry أن أحكام المادة 81 إ ج ف كانت محل حكمين سابقين من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (قضية *Kruslin et Huvig*)، وهي غير كافية لتنصيب أجهزة التنصت الهاتفية، المرجع السابق، ص 929.

⁷⁷ - قبلت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ذلك واعتبرته غير ماس بحق الحياة الخاصة. بشرط أن يكون: 1- وفقا للقانون، 2- أن يتعلق بجريمة جسيمة 3- أن يساهم في تحقيق الغاية المنشودة (إظهار الحقيقة)، قضية *UZUN* ضد/فرنسا في 2010/09/02، أنظر: Michéle laure rassat, Op.cit, p 925.

دولة القانون : الضمانات و القيود*

Dr. BOUAMRANE Adel
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Souk ahras

د. بوعمران عادل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سوق أهراس

ملخص

تقوم الدولة الحديثة على مبدأ سمو القانون و سيادة حكمه أو ما يصطلح عليه فقها بمبدأ المشروعية، ومقتضاه أن تكون جل تصرفات الادارة في حدود القانون، ويتطلب مبدأ المشروعية لتطبيقه العمل على بقاء الدولة وعلى علو إرادتها وفاعليتها، وهو ما يقتضي تخويل الحكومة إستثناء وفي بعض الحالات من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الاجراءات التي يتطلبها الموقف ولو خالف ذلك مقتضيات المشروعية ما دامت تبتغي الصالح العام وهو ما يصطلح عليه بقيود المشروعية، ومهما يكن الأمر فمن المؤكد أن الإصراف في العمل بتلك الاستثناءات والقيود من شأنه أن ينعكس سلباً على فكرة دولة القانون وعلى منظومة الحقوق والحريات.

الكلمات المفتاحية

المشروعية، الظروف الاستثنائية، أعمال السيادة، السلطة التقديرية، دولة القانون

the guarantees and restrictions State of Law

Abstract

The modern state is based on a fundamental legal principle known by the public law jurists as the principle of legitimacy.

This principle means that the general administration must act within the law, and to enforce this principle to keep the existence of the state and the highness of its will and effectiveness, the government must be given exceptions in some cases which allows it to take the measures required in any attitude even if this attitude does not go with the requirements of legitimacy as long as it is seeking the public interest, these requirements are called restrictions of legitimacy .

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/10/01 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/11/10 وقُبل للنشر بتاريخ 2015/05/03.

Whatever the case, it is sure that the exaggeration in using those exceptions and restrictions will reflect negatively on the idea of the state of law and the system of rights and freedoms.

Keywords

the legitimacy, Exceptional circumstances, Acts of sovereignty , Discretion , State of Law.

Resumé

L'Etat moderne ce constitue sur un principe fondamental connu par la doctrine de droit public dite la légéimité .

Ce principe oblige l'administration générale à agir en respectant la reglementation et toute infraction commise peut etre l'obliget de l'annulation.

mais pour preserver la securité de l'etat et la protection de l'ordre public, le gouvernement peut exceptionellment agir loin du principe malgres qu'il ya ateinte a l'Etat de droit.

mots clés

la légéimité, circonstances exceptionnelles, actes de souveraineté, discrétion, État de droit

مقدمة

إذا كان يسهل التسليم بعلو أحكام القانون تجاه المحكومين بحكم تبعيتهم لسلطة تملك أمرهم وتملك من أدوات الجزاء الكثير، فإن خضوع الحاكم للقانون لا يتأتى إلا بالعمل بجملة من الوسائل و الضمانات، والتي تتفاوت في مضمونها ودرجتها ونتائجها من دولة لأخرى بحسب طبيعة النظام السائد في الدولة ومدى إحترامه لحقوق الإنسان¹. ومهما تكن درجة تلك الضمانات فإن خروج الدولة عن هذا المبدأ بات أمرا واقعا في ظل ما يصطلح عليه بالاستثناءات المقررة على المشروعية والتي تجد تبريرها في حماية السيادة، أو في الظروف الاستثنائية التي قد تمر بها الدولة، أو في فكرة السلطة التقديرية والتي تتحقق بمنح ما أمكن من سلطات تقديرية للإدارة لضمان سرعة وفاعلية تحركها لغايات الصالح العام.

وستحاول ومن خلال هذا العمل تسليط الضوء على أبرز الضمانات المعتمدة لحفظ مقومات المشروعية، وعلى أبرز الإستثناءات المقررة على مبدأ المشروعية مع بيان أثر تلك الأخيرة على مفهوم دولة القانون .

أولا/ ضمانات مبدأ المشروعية

يعد مبدأ سيادة القانون أحد أبرز معايير تمييز الدولة القانونية عما سواها من الدول الاستبدادية البوليسية، لأجل ذلك فقد عمدت الدول الحديثة بصرف النظر عن الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تتبناها الى توطيد دعائم دولة القانون من خلال توفير الضمانات اللازمة لذلك، وهي الضمانات التي نوجزها فيما يلي :

1/ وجود دستور مكتوب

يعد الدستور مصدرا هاما للمشروعية بصفة عامة وللمشروعية الادارية بصفة خاصة، إذ تلتزم به جميع الهيئات الموجودة في الدولة بما فيها السلطة التنفيذية، وتظل أحكامه نافذة في مواجهة الكافة حكاما كانوا أو محكومين .

وتحتل القواعد الدستورية قمة الهرم القانوني في الدولة ما يؤهلها لتكون المرجع الأساسي لمشروعية أعمال الادارة العامة وهي الأعمال التي تكون عرضة للإلغاء في حال تنافيا مع موجبات سمو الدستور .

2/ مبدأ تدرج القوانين

كي تضمن الحماية اللازمة للمشروعية وحتى يكفل إحترام السلطات لها فإنه يتوجب أن توضع النصوص الرسمية في الدولة في شكل هرمي تسلسلي تتدرج فيه تلك النصوص بحسب قوتها فتكون النصوص الدستورية في قمة الهرم تليها المعاهدات الدولية ثم القوانين العضوية العادية وأخيرا النصوص التنظيمية، ويتعين على سلطات الدولة سيما التنفيذية والتشريعية منها مراعاة هذا التدرج والتقيد به فيما يصدر عنها من أعمال من الناحيتين الشكلية والموضوعية، ذلك أن مخالفته يجعل تصرفاتها عرضة للإلغاء لعدم دستورتيتها .

3/ مبدأ الفصل بين السلطات

ومؤداه أن تتعاون سلطات الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية وأن تتداخل في صلاحياتها بشكل يخدم خضوعها جميعا لسلطة القانون، ولاريب أن حكمة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات هي تحقيق التوازن والتعاون بين السلطات وتوفير الحيادة لكل منها في مجال اختصاصها، فضلا عن ضمان مراقبة كل سلطة للأخرى للحيلولة دون إنحرافها

أو إستبدالها، بحيث يكون نظام الحكم قائماً على أساس أن " السلطة تُحَدَّ أو توقف السلطة "، وهو ما يعبر عنه باللغة الأجنبية بـ " Le pouvoir arrête le pouvoir " فيؤدي ذلك إلى حفظ الحريات العامة، وضمان احترام القوانين وتطبيقها تطبيقاً عادلاً وسليماً.² فالسلطة القضائية تراقب عمل السلطة التنفيذية وتقرر إلغاء أعمالها إن هي حادت عن موجبات المشروعية في الأطر والأشكال التي حددها القانون، وللسلطة التنفيذية من الأدوات الكثير للتصدي لإنفلات السلطة التشريعية ومخالفتها للقانون كالإمتناع عن إصدار النصوص التي تسنها أو باللجوء لحلها أو باخطار المجلس الدستوري لإلغاء أعمالها، وفي مقابل ذلك فإن للسلطة التشريعية سلطة مراقبة الحكومة من خلال المصادقة على مخطط عملها ومن خلال مساءلتها واستجوابها ومن خلال أعمال أدوات ملتزم الرقابة وسحب الثقة .

4/ ديمقراطية النظام السائد

من الطبيعي أن نسوق للدارس هذه الضمانة ذلك أنه لا يستقيم الحديث عن خضوع الدولة للقانون في ظل نظم شمولية استبدادية تفتقد لشرعية الوجود ومشروعية العمل من الأساس، فالنظام الديمقراطي هو المجال الطبيعي لتكريس دولة القانون وهو النظام الذي تمنح فيه الفرصة لأفراد الشعب للمشاركة في صناعة القرار السياسي بل والقرار الإداري أيضاً وفقاً لما يصطلح عليه بالديمقراطية الإدارية، كما تعد النظم الديمقراطية فضاءاً للحريات الفردية وتحظى المعارضة فيها بنفس القدر من الأهمية التي تحظى بها أحزاب الإدارة فالرأي فيها للجميع والقرار للأغلبية، فإن إنحرفت السلطة الحاكمة وحادت عن المشروعية كان للمعارضة أمر تنبيهها بشتى الوسائل الشرعية المتاحة .

5/ الرقابة على أعمال الإدارة العامة

يستوجب لحماية المشروعية في أي دولة خضوع الإدارة في كل أعمالها وتصرفاتها لأحكام القانون، وتتخذ الرقابة على أعمال الإدارة صوراً مختلفة تختلف باختلاف الهيئة التي تباشرها وبإختلاف طبيعة الرقابة، فقد تكون هذه الرقابة سياسة أو إدارية أو قضائية، وتعد الأخيرة أجدى أنواع الرقابة في الدولة من حيث ضمان فاعليتها وحيادها وموضوعيتها

ومن حيث القدرة على التعرف على الخطأ والصواب في العمل والتصرف موضوع الرقابة ومحل الطعن في شرعيته.

ولم تنتهج الدول منهاجاً واحداً في تنظيم شكل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة إذ تباينت النظم القضائية فيما بينها وفقاً للايدولوجيات السياسية السائدة في كل منها³، فمن الدول من أسند هذا الدور في الرقابة للقاضي العادي دون تمييز بين المنازعة الإدارية وغيرها كالنظام الأنجلو سكسوني، ومنها من عهد بهذا الدور في الرقابة القضائية لقاضٍ متخصص بالفصل في منازعات الإدارة وهو ما يصطلح عليه فقهاً بالنظام اللاتيني⁴.

6/ استقلالية القضاء

إن وجود قضاء مستقل يشكل أحد أهم العناصر لقيام دولة القانون، فعلى استقلال القضاء يتوقف الوجود الفعلي لبقية مقومات أو عناصر دولة القانون، فلا قيمة للدستور ولا لمبدأ الفصل بين السلطات إلا بوجود رقابة قضائية تضمن احترام أحكام القانون، وتضمن ممارسة كل سلطة لوظائفها في حدود مبدأ الفصل بين السلطات، وتضمن حماية الحقوق والحريات الفردية. و لاقية لهذه الرقابة إلا في كنف قضاء مستقل⁵.

ثانياً/ الإستثناءات المقررة على مبدأ المشروعية

1/ نظرية الظروف الاستثنائية

تعد هذه النظرية من النظريات العامة في القانون إذ لا يقتصر مجال إنطباقها على القانون الدستوري فحسب بل يتعداه إلى مجالات القانون الأخرى، ونظراً لأهمية هذه النظرية وحساسية موضوعاتها وخطورتها والتي تمثل الجانب الاستثنائي للمشروعية، فقد أخذت حيزاً كبيراً من الدراسات الفقهية والقضائية، وهي الدراسات التي عملت على بيان مدلولها ووضع شروط وضوابط تطبيقها، وهو ما سنعمد إلى استعراضه فيما يلي :

أ/ مدلول نظرية الظروف الاستثنائية

من المعلوم أن القواعد القانونية وجدت لتنظيم ممارسة السلطة في الدولة، تلك القواعد ترتكز بالأساس على مبادئ تهدف إلى تقييد سلطة الحكام وتعمل على بعث نوع

من التوازن بين المؤسسات من أجل تأمين وحماية مبدأ سيادة القانون وحقوق الانسان وحرياته.⁶

وغني عن البيان أن هذه المبادئ شرعت لتطبق في الظروف الطبيعية العادية لكن متى استجدت ظروف استثنائية قاهرة وكان من شأنها المساس بكيان الدولة وسلامة مؤسساتها ومواطنيها فإنه لا مجال للحديث عن تلك المبادئ، ذلك لأنه تمنح للادارة وفي ضل تلك الظروف جملة من السلطات الاستثنائية لمجابهة الأخطار التي تهدد النظام العام لإعادة الحال الى ما كان عليه، وليس معنى ذلك على الاطلاق أن تفلت الأعمال التي تباشرها الادارة في تلك الظروف من الخضوع لقواعد المشروعية على نحو مطلق بل تبقى تخضع للمشروعية في حدها الأدنى وهو ما يصطلح عليه فقها بالمشروعية الاستثنائية.⁷

ب/ شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

يتوجب لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية توافر جملة من الشروط نوجزها فيما يلي:
- وجود ظرف استثنائي: بمعنى وجود حالة واقعية تشكل خطرا فعليا يهدد النظام العام أو السيرورة العادية للمرافق العامة.

- صعوبة مواجهة الظروف الاستثنائية بالوسائل العادية : بمعنى أن اضطراب الادارة العامة للتخلي عن المشروعية بسبب تلك الظروف ولافتقادها للوسائل المناسبة للتصدي لها في الظروف الطبيعية.

- أن يكون الإجراء الضبطي ملائما للظروف الاستثنائية : ومعنى ذلك أن يكون الإجراء المتخذ ملائما للظرف الذي يواجهه ومناسبا له، إذ يحظر على الادارة أن تتجاوز الحدود المطلوبة في سلطاتها عند مجابهتها للمخاطر التي تهدد النظام العام، ويتوجب عليها أن تتصرف بالقدر الذي يمليه الظرف وأن تختار أنسب الوسائل وأقلها إضرارا بالأفراد.⁸

2/ أعمال السيادة

أ/ نشأة العمل السيادي

وهي النظرية التي أرغم القضاء الاداري الفرنسي على إقرار العمل بها نتيجة الظروف التاريخية التي أحاطت به في منتصف القرن التاسع عشر،⁹ حيث أراد المجلس تفادي الإصطدام بالعهد الملكي الجديد الذي نشأ إثر سقوط نابليون بإنتهاجه سياسة يحافظ

من خلالها على بقاءه ويتفادى خطر إقدام الملكية على إلغائه خاصة وأنه يدرك مدى تدمير هذا النظام وارتياحه منه باعتباره من صنائع نابليون عدو الملكية،¹⁰ وتجسدت هذه السياسة في قبوله فكرة أعمال السيادة التي وجدت الحكومة فيها تبريرا لتحسين بعض أعمالها من الرقابة القضائية فحرص المجلس على التسليم بفكرة أعمال السيادة بعدم قبول الطعون التي قدمت ضد قرارات يعلم المجلس يقينا أن الحكومة تتمسك بها لتعلقها بالنظام الجديد¹¹ و ضل المجلس حصيفا وفي اتجاه الحكومة نتيجة حصوله على ثقتها فحجب رقابته على أعمال السيادة في مقابل الإبقاء عليه والحفاظ على كيانه واضعا نفسه في اطر تضمن له حسن أداءه لرسالته دون الاصطدام بسلطة الحكم المقررة للسلطة التنفيذية ليضل مستشارها الأمين وقاضيا الذي يحمي حقوق وحرية الافراد ويصلح ما قد يعترى أعمالها من أعوار أو مخالفة،¹² حتى قيل أن أعمال السيادة كانت الثمن الذي قدمه المجلس لقاء منحه القضاء المفوض،¹³ بل وقد تأيدت النظرية من جانب المشرع الفرنسي وذلك بمقتضى نص المادة 47 من القانون الصادر في 03 مارس 1849 وكذلك من خلال نص المادة 26 من قانون 24 ماي 1872 المتعلق بتنظيم إختصاصات مجلس الدولة¹⁴.

ب / تقدير نظرية أعمال السيادة

لقد تظارت الآراء بخصوص نظرية أعمال السيادة في القضاء الاداري فمن الفقه من يرى أنها ضرورة واقعية لها ما يبررها ما يستدعي الإبقاء عليها والتمسك بها، ومنهم من يذهب الى اعتبارها خطأ تاريخي و حل لمشكلة ظرفية أملته ظروف معينة وفي حقبة قد إنقضت ما يوجب التخلي عنها، وهي الآراء التي سنحاول بيانها فيما يلي:

ب1/ حجج المؤيدون لنظرية أعمال السيادة

يرى جانب من الفقه أنه من الضروري الإبقاء على نظرية أعمال السيادة استنادا للحجج التالية :

- أعمال السيادة حتمية عملية وبدعة قضائية مصطنعة لتفادي الاصطدام بين الإدارة والقضاء، ناهيك عن المبررات العملية والتي يعتقد أنها كافية لإعمالها وإن كان بصفة إستثنائية، فإستبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء لم يكن لأسباب تاريخية فحسب

بل لأسباب عملية أيضا حيث أن إخضاع تلك الأعمال لرقابة القضاء يقتضي توافر معلومات وموازنين تقديرية مختلفة لا تتاح للقضاء، فضلا عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علنا في ساحات القضاء .

- يقتضي فقه الموازنات تغليب مصلحة الدولة على الفرد إذ لا يعقل أن نضحي بوجود الدولة واستقلالها أو بأمن شعبيها من أجل الحفاظ على المشروعية، بل إن مبدأ المشروعية ذاته يتطلب أولا وقبل كل شيء لتطبيقه العمل على بقاء الدولة ما يستتبع تخويل الحكومة استثناءا وفي حالات الضرورة من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الاجراءات التي يتطلبها الموقف ولو خالف ذلك مقتضيات المشروعية ما دامت تبتغي الصالح العام¹⁵ .

ب2/ حجج المعارضون لنظرية أعمال السيادة : ونوجزها فيما يلي :

- من الضروري التخلي عن العمل بنظرية أعمال السيادة لما تمثله من إنتهاك لمبدأ المشروعية، فضلا عن كونها تمثل إحدى وضعيات إنكار العدالة ولإغفالها للقانون إغفالا تاما ولخروجها عن أحكامه و تغليبها للسلطة على حساب القانون¹⁶ .

- إقرار القضاء الإداري العمل بفكرة أعمال السيادة يعني إخراج بعض أعمال الإدارة من مجال اختصاص القضاء الإداري وجعلها محصنة ضد رقابة القضاء ككل، وهو ما يشكل مساسا بمبدأ المشروعية وهتك لمبدأ استقلالية القضاء، وما يقتضيه من عدم إصدار أنظمة يكون من شأنها حرمان الأفراد من التقاضي بشأن حق من الحقوق، لأن مثل هذه الأنظمة إذ تشل ولاية القضاء فإنها تتضمن عدوانا صارخا على وظيفته الطبيعية.

- إن حق الدولة ليس أقوى من حق الفرد وأن كلا من الحقين مستمد من القانون ولا يمكن التذرع بمفهوم أعمال السيادة من أجل إستبعاد تطبيق حكم القانون لأنه في الدولة الديمقراطية لا أحد فوق القانون¹⁷ .

- إن التوسع في العمل بفكرة أعمال السيادة مدعاة لتعطيل حكم القانون ولرفع يد القضاء عن رقابة الكثير من تصرفات الادارة ما يشكل اعتداءا صارخا على الحقوق والحريات المقررة بموجب الوثيقة الأساس في الدولة، وهي الوثيقة التي ذاتها التي منحت للسلطة شرعيتها، فهل يصح ويستقيم أن تعتدي السلطة على شهادة شرعيتها بالتواري خلف نظرية أعمال السيادة¹⁸ .

- تدور هذه النظرية البالية في مفهومها المخالف لسيادة القانون والمناقض للمشرعية في نطاق افضية النظم الشمولية والتي لا تتوانى في إضفاء طابعا من التقديس لأعمال السلطة التنفيذية ورئيسها لتحسينها من رقابة القضاء بأفكار تتنافى مع النظم الديمقراطية وتعزز من استمرارية الحكم الفردي، بل إنه لا مجال للشك في أن نظرية أعمال السيادة في حقيقتها هي وجها من أوجه الحكم بحسب تصور مكيا فيلي وهو الذي ذهب في كتابه الأمير الى التاكيد على مشروعية إبادة الشعب بأسره متى إستدعى حماية الدولة ذلك .

3/ نظرية السلطة التقديرية

أ/ مدلولها : اذا كان لا يترك للادارة وفقا لما يصطلح عليه فقها بالسلطة المقيدة للإدارة أي قدر من الحرية في التصرف و لا يكون أمامها الا اتباع وتنفيذ الأوامر والتعليمات المحددة نصا وإلا عد عملها باطلا¹⁹ ، فإن السلطة التقديرية للإدارة تكون حينما يترك لها القانون الذي يمنحها الإختصاص الحرية في أن تتدخل و في تحديد وقت التدخل وكيفيته وفحوى القرار الذي تتخذه.

وتأسيسا على ما سبق فإن السلطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله وما يصح تركه²⁰ ، ولعل من أبرز الأمثلة التي تظهر فيها بجلاء ما يتعلق بصلاحياتها في النقل المكاني لموظفيها وفقاً لمقتضيات الصالح العام، وكذلك فيما يتعلق بحريتها في منح أو منع دخول الأجانب لأراضيها والإقامة فيها، وحريتها في إختيار الوسائل المناسبة لمجابهة الاخطار التي تتهدد النظام العام .

ب/ مبرراتها: تجد السلطة التقديرية تبريرها فيما يلي :

- ضرورات الحياة الإدارية المعقدة والمتشعبة وما يقتضيه العمل الميداني من مرونة وتكيف وواقعية، اذ أن المشرع يضع قواعد عامة و مجردة لا تسمح له بالتنبأ بجميع الحالات الخاصة التي تحكمها هذه القواعد .
- إن الإسراف في تقييد الادارة و تحت أي تبرير له بالغ الأثر من الناحية السلبية على الصالح العام، إذ من شأنه أن يشل حركة الإدارة ويقتل روح المبادرة والمبادأة لديها.

- السلطة التقديرية حتمية لتكملة الفراغ الذي قد يكتنف المنظومة القانونية، فمن الطبيعي جدا وفي ضل الحياة المتغيرة أن يستعصي على المشرع الإمام بكل الحلول وبكل الجزئيات، ما معناه ضرورة منح قسما من الحرية للإدارة في العمل لمعالجة كل حالة على حدا وفقا لظروفها وملابساتها.

- أن الإدارة هي الأدرى بما يصلح وما لا يصلح لتحقيق الصالح العام، كما أنها هي الأقدر على تحديد التوقيت المناسب للتدخل والوسائل الملائمة له وهو ما لا يتاح للمشرع، ذلك أنه يستحيل عليه أن يتصدى لتنظيم النشاط الإداري بشكل مفصل ودقيق في ضل اتصافه بالحركية والتجدد.

خاتمة

إذا كان مبدأ المشروعية يتطلب لتطبيقه العمل على بقاء الدولة وعلى علو إرادتها وفعاليتها، فإن ذلك يقتضي تخويل الحكومة إستثناء وفي بعض الحالات من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الاجراءات التي يتطلبها الموقف ولو خالف ذلك مقتضيات المشروعية، ما دامت تبغي الصالح العام وهو ما يصطلح عليه بقيود المشروعية، ومن المؤكد أن الإصراف في العمل بتلك الاستثناءات والقيود من شأنه أن ينعكس سلباً على فكرة دولة القانون وعلى منظومة الحقوق والحريات العامة، لذلك يتوجب وبغية بعث التوازن المأمول بين تلك السلطات والحقوق والحريات المقررة للأفراد دستورا ولتوطيد دعائم الدولة القانونية العمل على مايلي:

- تضيق العمل بفكرة الأعمال السيادية بإدراجها ضمن نصوص دستورية ذلك أنه إذا كان حق التقاضي مسألة مدسرة فمن الطبيعي أن الإنتقاص منه يقتضي النص عليه أيضا بنص مماثل ومن نفس القوة .

- الحد من الآثار الخطيرة المترتبة عن نظرية السيادة بقصر حصانتها في حدود الإلغاء دون التعويض، فالذي يعني الحكومة من عمل السيادة وبالدرجة الأولى هو بقاءه قائما وساريا على الوجه الذي ترضيه ولكن لن يضيرها أن تتحمل الجماعة نتائج عمل السيادة الضارة لأن هذا هو النتيجة المنطقية لمبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة.

- تفعيل دور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة بإعتبار كونها أحد أهم ضمانات دولة القانون من خلال العمل على استقلال القضاء الإداري واعطائه الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية، وعدم تحجيم إختصاصه أو تقييده، بالإضافة الى تطوير منظومة القضاء الإداري وعصرنتها ودعم تخصص القضاة في المادة الإدارية .

الهوامش

- ¹ - بوعمران عادل، دروس في المنازعات الإدارية، دراسة تشريعية فقهية وقضائية، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 05.
- ² - ادريس حسن محمد، "مبدأ الفصل بين السلطات ودوره في حماية الحقوق والحريات العامة"، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، العدد 04، 2008، ص 244 وما يلها.
- ³ - حسن السيد بسبوني، دور القضاء الجزائري في المنازعة الإدارية : دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، دون سنة، ص 111.
- ⁴ - بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 11.
- ⁵ - عبير سهام مهدي، "بناء دولة القانون في العراق"، المجلة السياسية والدولية الصادرة، العدد 09، 2008، ص 66.
- ⁶ - أمير حسن جاسم، "نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة"، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، العدد 08، 2007، ص 240-241.
- ⁷ - للتفصيل راجع بكر القباني، الحريات والحقوق العامة في ظل حالة الطوارئ أزمة حقوق الانسان في الوطن العربي، مركز اتحاد المحامين العرب، 1999، ص 104؛ حارث أديب ابراهيم، "الظروف الاستثنائية وأثرها في الحريات الشخصية"، مجلة الرافدين، العدد 31، 2007، ص 237.
- ⁸ - رشا محمد الهاشمي، "الرقابة الإدارية على سلطة الضبط في الظروف الاستثنائية"، مجلة العلوم القانونية، العدد 02، 2011، ص 306.
- ⁹ - للتفصيل راجع درويش إبراهيم، "نظرية الظروف الاستثنائية"، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، 1966، ص 111؛ عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة : دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1955، ص 13.
- ¹⁰ - بوضيف عمار، علاقة مبدأ المشروعية بالدعاوى الإدارية -دعوى الإلغاء نموذجاً، أعمال مؤتمر القضاء الإداري (الإلغاء والتعويض)، المملكة العربية السعودية، أكتوبر 2008، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة 2009، ص 375.
- ¹¹ - سبيلا عبد الحميد، نظرية أعمال السيادة بين الإطلاق والحصر، أعمال المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبو ظبي، 11 و 12 سبتمبر 2012، ص 03.
- ¹² - محمد محمود أرسلان، جمال طه ندا، حمدي الوكيل: مبدأ المشروعية والحد من أعمال السيادة في القضاء الإداري المصري، أعمال المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية حول أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد المنظم بأ بوظبي، 11 و 12 سبتمبر 2012.

- ¹³ - للتفصيل راجع حنان محمد القيسي، "أعمال السيادة بين النظرية والتطبيق"، مجلة القانون المقارن، العدد 49، 2007، ص 06 وما يليها؛ طعيمة الجرف: رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر 1980، ص 333-334؛ حيدر حسن شطاوي، "القرارات الادارية من حيث الخضوع لرقابة القضاء الإداري دراسة مقارنة بقرارات تمييزية"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية، العدد 07، ص 264؛ إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري: مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 185.
- ¹⁴ - رمضان محمد بطيخ، القضاء الاداري ومبدأ المشروعية، أعمال مؤتمر القضاء الإداري (الإلغاء والتعويض) السعودية، أكتوبر 2008، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2009، ص 124.
- ¹⁵ - وهو ما جاء في قرار المحكمة الادارية العليا المصرية في جلسة 1962 04/14 في القضيتين رقم 956.958، نقلًا عن محمد واصل، المرجع السابق، ص. 393.
- ¹⁶ - للتفصيل راجع إسماعيل البدوي: المرجع السابق، ص 79؛ حسين مسعودي، أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبوظبي، أيام 11 و 12 سبتمبر 2012، ص 13.
- ¹⁷ - محمد واصل: "أعمال السيادة والاختصاص القضائي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية العدد 02، 2006، ص 385.
- ¹⁸ - بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 55.
- ¹⁹ - هناء عباس كاضم، صعب ناجي عبود، "السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ المشروعية"، مجلة الكلية الاسلامية العدد 04، السنة 2011، ص 21.
- ²⁰ - للتفصيل راجع سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الاداري : دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 683 وما يليها.
- عصام عبد الوهاب البزرنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1970، ص 58 وما يليها.
- أحمد حافظ عطية نجم: "السلطة التقديرية للإدارة ودعاوي الإنحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي"، مجلة العلوم الإدارية، السنة 23، العدد 01، القاهرة، 1982، ص 46.
- فريدة أبركان: "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة"، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، الجزائر، 2002، ص 3.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Revue Académique de la Recherche Juridique

RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/ sixième Année/ Volume 11/ N° 01/2015

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

KHELFI Abderrahmane, Maitre de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques - Université Abderrahmane Mira - Bejaia

Secrétariat technique

- Mr. Benkhelifa Samir
- Mr. Aouf Saadi
- Mr. Assiakh Samir
- Mlle. Yousfi Faiza

Révision linguistique

- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi (Anglais)
- Dr. TRIKI Farid (Arabe)
- Dr. BERRI Nouredine (Français)

Comité scientifique :

- Pr. ZOUAÏMIA Rachid, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. TAYEB Essaid, Université d'Alger,
- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Alanbar, Irak,
- Pr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Pr. DJAFOUR Mohamed Saïd, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou,
- Pr. KACHER Abdelkader, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Insititut d' Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. RAZGUINE Ramdhan, Université de Batna,
- Pr. KAHLOULA Mohamed, Université de Tlemcene,
- Pr. BAZI Mohamed, Université El-kadhi Ayadh, Marrakech, Maroc,
- Pr. MOHAMED Hacen Elkacimi, Université des Emirats Arabes-Unies,
- Pr. MOHAMED Khallil Youcef Aboubaker, Université El-Zaytouna, Jordanie
- Pr. KHALED Hamad Ahmed Mustapha, Université Adjmane, Emirats Arabes-Unies,
- 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. REVET THIERRY, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Dr. BOUDRIOUA Abdelkrim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. 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. KEBAÏLI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabi Saoudite,

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 de l'auteur suivis du titre universitaire ou professionnel qu'il souhaite utiliser.

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 développements et taille 16 pour les notes.

- Pour les articles rédigés en français il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police Time New Roman taille 14 pour développements et taille 12 pour les notes.

Les articles doivent être remis ou transmis en 2 exemplaires formats papier accompagné 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

**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 grimper aux grades supérieurs de leur carrière, de les habilités au rang magistral ou de leur permettre de soutenir leurs Thèses de Doctorat.

Sommaire

Pr. ZOUAÏMIA Rachid

Réflexions sur la nature juridique du Conseil supérieur de la magistrature.....07

Dr. BERRI Nouredine

L'ordre Régulatoire : Essai sur l'émergence d'un concept.....26

Mme. HAMMADI Nadia Khadoudja

La procéduralisation, paradigme d'un droit nouveau.....46

Dr. Saddam Faisal Kokez Al-Mohammadi

Cyber terrorism on the Internet, the specific realities and challenges of combat it.....63

Réflexions sur la nature juridique du Conseil supérieur de la magistrature*

Pr. ZOUAÏMIA Rachid
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ)
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université A-Mira Bejaïa, 06000 Bejaïa,
Algérie.

بروفيسور زوايمية رشيد
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé

L'un des traits caractéristiques du conseil supérieur de la magistrature réside dans son ambivalence qui trouve sa source dans la constitution. Il est chargé tantôt de se prononcer sur les dossiers ayant trait à la carrière du corps de la magistrature, tantôt du contrôle de la discipline des magistrats : ce dédoublement fonctionnel du conseil s'accompagne d'un dédoublement organique, ce qui implique qu'il ne peut faire l'objet de la même qualification lorsqu'il exerce les deux types d'attributions que lui confient les textes juridiques.

Mots clés

Autorité administrative - Conseil - Institution publique - Juridiction - Magistrature - Qualification.

Reflections on the legal nature of the Supreme Judicial Council.

Abstract

One of the main characteristics of the High Council of the Judiciary is its ambivalence is rooted in the Constitution. It is responsible for deciding on cases relating to the career of judges and also control the discipline of judges: the functional duplication of the Council is accompanied by an organic duplication, which implies that it may be the subject to the same qualification in exercising both types of functions assigned to it the legal texts.

Key words

Administrative authority - Council - Judicial - Jurisdiction - Public Institution - Qualification

ملخص

تتمثل أحد السمات المميزة للمجلس الأعلى للقضاء في ظاهرة الإزدواجية المجدسة بموجب أحكام الدستور. فيختص بالنظر في القضايا الخاصة بالمسار المهني للقضاة كما بالبت في المادة التأديبية. إضافة إلى هذه الإزدواجية الوظيفية يتسم المجلس بازدواجية

عضوية، مم يتطلب تحديد طبيعته القانونية بسبب أنه يختلف تكيفه باختلاف الاختصاص الذي يمارسه.

الكلمات المفتاحية

سلطة إدارية - مجلس - هيئة عمومية - الاختصاص - جهة قضائية - التكييف.

Introduction

Qualifié d'abord par le Conseil d'Etat d'autorité administrative centrale¹, puis, à la suite d'un revirement jurisprudentiel, de juridiction administrative spécialisée², le Conseil supérieur de la magistrature pose de redoutables problèmes de qualification juridique qui n'ont pas manqué d'alimenter des discussions doctrinales où les convictions préétablies prennent souvent le pas sur l'argumentation juridique³. Pour tenter de clarifier le débat, il est nécessaire de brosser un bref aperçu sur l'évolution des textes y ayant trait avant d'entrevoir sa véritable nature juridique à la lumière des dispositions de la Loi fondamentale et du texte législatif qui en détermine la composition, le fonctionnement et les attributions⁴.

La Constitution du 8 septembre 1963 institue un Conseil supérieur de la magistrature dont elle fixe la composition tout en renvoyant à la loi pour en déterminer les attributions et les règles de fonctionnement⁵. C'est l'objet de la loi organique du 5 juin 1964 qui précise en son article 8 que « le Conseil supérieur de la magistrature statue comme conseil de discipline sous la présidence du premier président de la Cour suprême ». Toutefois, l'article 9 dispose que « la détermination des sanctions applicables et la procédure disciplinaire sont fixées par le statut de la magistrature »⁶. En l'absence d'un tel texte, la loi organique précitée est restée lettre morte, spécialement au lendemain du 19 juin 1965 qui marque le gel des dispositions de la Constitution de 1963.

En 1969 est promulguée une ordonnance portant statut de la magistrature qui réserve un ensemble de dispositions au Conseil supérieur de la magistrature⁷. Celle-ci précise que certaines sanctions applicables aux magistrats sont prises par le ministre de la justice, d'autres, les plus graves, sont prononcées par décret. Quant au Conseil supérieur de la magistrature, son rôle se limite à émettre un avis motivé sur la sanction applicable. En un mot, il s'agit d'un organe consultatif.

Dans le cas de la loi du 12 décembre 1989 portant statut de la magistrature⁸, on remarque une contradiction entre certaines dispositions qui donnent un véritable pouvoir de décision au Conseil supérieur de la magistrature en matière disciplinaire et celles qui prescrivent que les sanctions sont « arrêtées » par le ministre de la justice ou « prononcées » par décret lorsqu'il s'agit d'une mesure de révocation.

Enfin, la loi organique du 6 septembre 2004 ayant trait au Conseil supérieur de la magistrature précise en son article 33 que l'organe en cause « prononce les sanctions disciplinaires prévues par la loi organique portant statut de la magistrature »⁹. A ce titre, le Conseil est doté d'un véritable pouvoir disciplinaire.

De telles dispositions diffèrent de celles de la loi de 1989 en ce que les sanctions ne sont plus « arrêtées » ou « prononcées » par le pouvoir exécutif. Elles sont désormais prononcées par le Conseil et mises en œuvre soit par le ministre de la justice, soit par le Président de la République. A ce titre, il ne s'agit plus d'un organe consultatif, ce qui nécessite sa qualification juridique lorsqu'il siège en formation disciplinaire.

I - La nature juridique du Conseil supérieur de la magistrature ou l'ambivalence

Le Conseil supérieur de la magistrature est un organe ambigu et l'ambiguïté qui le caractérise trouve sa source dans la Loi fondamentale qui en fait un organe ambivalent.

En dehors des compétences consultatives dont le dotent tant la Constitution que la loi organique du 6 septembre 2004 précitée, le Conseil supérieur de la magistrature dispose de deux types d'attributions :

- Il est chargé de se prononcer sur les dossiers ayant trait à la carrière des magistrats (nomination, mutation, promotion). Dans cette situation, le Conseil est présidé par le Président de la République ou le ministre de la justice qui y exerce en tant que vice-président.
- En second lieu, il est chargé du contrôle de la discipline des magistrats. Dans ce cas de figure, ni le Président de la République, ni le ministre de la justice n'y siègent et la présidence du Conseil échoit au premier président de la Cour suprême.

On relève ainsi que le dédoublement fonctionnel du Conseil s'accompagne d'un dédoublement organique, ce qui implique qu'il ne peut faire l'objet de la même qualification lorsqu'il exerce les deux types d'attributions que lui confie la loi organique.

1 - Le Conseil : une institution publique nationale

Lorsque le Conseil est présidé par un représentant du pouvoir exécutif et traite de questions de carrière, il répond parfaitement à la qualification d'institution publique nationale telle que prévue par les dispositions de l'article 9 de la loi organique n° 98-01 ayant trait au Conseil d'Etat¹⁰.

L'expression qualifie divers organes qui ne peuvent être rangés dans la catégorie des autorités administratives centrales en ce qu'une telle notion vise « l'administration centrale de l'Etat ... constituée par l'ensemble des autorités qui forment le pouvoir exécutif »¹¹ et ce, par opposition aux autorités administratives locales. Parmi les institutions publiques nationales, certaines sont prévues par la Constitution. D'autres organes ayant une compétence géographique de caractère national peuvent être qualifiés d'institutions publiques nationales soit à raison de l'importance de leurs missions, soit au motif qu'ils bénéficient d'une large indépendance qui les place en dehors des structures administratives classiques.

Ainsi, et outre le contrôle sur les actes des autorités administratives centrales, le Conseil d'Etat se voit reconnaître un pouvoir de contrôle de la légalité des actes ayant le caractère d'actes administratifs (décisions réglementaires ou individuelles) de diverses institutions. On peut y ranger :

- Le Conseil de la Nation ainsi que l'Assemblée populaire nationale. Il y a lieu de préciser ici que ne sont visés que les actes susceptibles de se rattacher à l'administration des services parlementaires¹², à l'exclusion évidemment des actes législatifs ou encore des actes ayant pour assise la fonction parlementaire¹³, comme dans le cas de la constitution d'une commission d'enquête.

- Le Conseil constitutionnel. Dans l'une de ses décisions, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que les actes du Conseil constitutionnel échappent au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. A l'origine de l'espèce soumise à l'appréciation de la Haute juridiction, le rejet par le Conseil constitutionnel d'une candidature aux élections présidentielles au motif que le requérant n'a pu justifier de sa participation à la Révolution du 1^{er} Novembre 1954 comme l'exigent les dispositions de l'article 73 de la Constitution pour les candidats nés avant juillet 1942. Le Conseil d'Etat rejette la requête au motif que les actes pris dans le cadre de l'exercice par le Conseil constitutionnel de ses attributions définies à l'article 163 de la Constitution relèvent de la catégorie des actes constitutionnels qui, de par leur nature, ne sont pas susceptibles d'être soumis à l'appréciation du juge de l'excès de pouvoir¹⁴. A *contrario*, on en déduit que le juge administratif retrouve la plénitude de sa compétence lorsque les actes en cause ne rentrent pas dans une telle catégorie et relèvent de celle des actes administratifs. C'est le cas, par exemple, des décisions ayant trait à la carrière du personnel administratif du Conseil constitutionnel.

- La Cour des comptes : Au vu du statut ambivalent de la Cour des comptes, considérée comme « une institution à compétence administrative et juridictionnelle »¹⁵, il y a lieu de distinguer entre, d'une part les décisions à caractère juridictionnel qui sont susceptibles de pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat¹⁶, d'autre part les décisions à caractère administratif qui relèvent du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, la Cour des comptes étant considérée comme une institution publique nationale¹⁷.

- Le Conseil national économique et social (CNES) : S'il s'agit d'un organe consultatif, il reste qu'il est amené à prendre des décisions ayant le caractère d'actes administratifs. A titre d'exemple, l'article 10 du décret présidentiel instituant le CNES dispose que « des mesures de suspension peuvent être prises à l'encontre d'un membre à la majorité des 2/3 du bureau dans les conditions et selon des modalités prévues dans le règlement intérieur »¹⁸. Ce dernier précise en son article 35 que « la proposition de suspension, émise par le président de séance, à l'encontre d'un membre du conseil, entraîne saisine du bureau du conseil, qui entend le membre concerné et statue sur la demande de suspension conformément à l'article 10 du décret présidentiel n° 93-225 du 5 octobre 1993. Le contrevenant peut, pour se défendre, se faire assister par deux ou trois de ses pairs »¹⁹. En cas de violation des termes du règlement intérieur, la personne poursuivie dans le cadre d'une telle

procédure disciplinaire peut intenter un recours devant le juge de l'excès de pouvoir, soit le Conseil d'Etat. Ce dernier est également compétent pour connaître des recours formés par le personnel administratif et technique du CNES ainsi que le personnel d'encadrement, régis par la législation et la réglementation applicables aux institutions et administrations publiques²⁰.

- Le Haut Conseil islamique : il s'agit d'un organe consultatif institué auprès du Président de la République par les dispositions de la Constitution dans le but « d'encourager et de promouvoir l'ijtihad » et « d'émettre son avis au regard des prescriptions religieuses sur ce qui lui est soumis »²¹. Au même titre que le Conseil économique et social, le caractère consultatif de l'organe ne s'oppose pas à ce qu'il prenne des décisions exécutoires ou des actes unilatéraux comme dans le cas de la gestion de la carrière des fonctionnaires qui y exercent²². A ce titre, les recours contentieux contre de telles décisions relèvent de la compétence du Conseil d'Etat en ce que l'organe constitue une institution publique nationale.

- Les autorités administratives indépendantes qui relèvent bien de la notion d'*institutions publiques nationales*²³. On y range : le Conseil de la monnaie et du crédit, la Commission bancaire, la Commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse, le Conseil de la concurrence²⁴, l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, l'Autorité de régulation des transports, l'Autorité de régulation des services publics de l'eau, l'Organe national chargé de la prévention et de la lutte contre la corruption, la Commission de supervision des assurances, l'Agence nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine, la Cellule de traitement du renseignement financier, l'Autorité de régulation de la presse écrite, l'Autorité de régulation de l'audiovisuel²⁵. Certaines de ces autorités bénéficient de la personnalité morale qui s'oppose à ce qu'elles rentrent dans la catégorie des administrations centrales, ces dernières en étant dénuées du fait qu'elles représentent l'Etat. C'est donc au titre d'institutions publiques nationales que le contentieux de l'annulation des actes de ces organes relève de la compétence du Conseil d'Etat.

- Le Conseil supérieur de la magistrature : Lorsque l'organe statue sur les questions autres que disciplinaires, comme sur la carrière des magistrats, le Conseil supérieur de la magistrature ne peut être qualifié d'autorité administrative centrale au même titre que le gouvernement ou un ministère. Dans ce cas, la compétence du Conseil d'Etat ne peut être fondée que sur la base de la qualification de l'organe en cause d'institution publique nationale. Dans une espèce, le Conseil d'Etat a malencontreusement qualifié le Conseil supérieur de la magistrature de juridiction lorsqu'il statue sur les questions de carrière des magistrats, ce qui constitue une aberration. Dans un tel cas de figure, l'organe est présidé par le Président de la République ou par le ministre de la justice et agit en tant qu'institution publique nationale et non comme autorité juridictionnelle²⁶.

2 - Le Conseil : une juridiction administrative spécialisée

Dans une première étape, le Conseil d'Etat ignore le dédoublement du Conseil supérieur de la magistrature en le qualifiant d'autorité administrative centrale sans faire la distinction entre la formation ordinaire de l'organe et sa formation disciplinaire²⁷. Une telle position est remise en cause à la suite d'un revirement jurisprudentiel où le Conseil d'Etat qualifie l'organe en cause de juridiction administrative spécialisée²⁸. La Haute juridiction reprend à son compte la position du Conseil d'Etat français qui, dans un arrêt de principe, a jugé que le Conseil supérieur de la magistrature statuant en matière disciplinaire est une juridiction administrative spécialisée : « Considérant qu'il ressort des prescriptions constitutionnelles et législatives qui fixent la nature des pouvoirs attribués au Conseil supérieur de la magistrature à l'égard des magistrats du siège, comme d'ailleurs de celles qui déterminent sa composition et ses règles de procédure, que ce Conseil a un caractère juridictionnel lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège, qu'en raison de la nature des litiges qui lui sont soumis et qui intéressent l'organisation du service public de la justice, il relève du contrôle de cassation du Conseil d'Etat statuant au contentieux »²⁹.

Dans l'arrêt de principe du 7 juin 2005 précité, le Conseil d'Etat algérien reprend les mêmes arguments que son homologue français en ces termes : « Le Conseil supérieur de la magistrature est une institution constitutionnelle et que sa composition et les procédures de poursuite devant lui ainsi que les attributions particulières qui lui sont dévolues en tant que conseil de discipline, font de lui une juridiction administrative spécialisée rendant des jugements définitifs susceptibles de recours en cassation en vertu des dispositions de l'article 11 de la loi organique 98-01... », que « par conséquent, le recours dans le cas d'espèce ne peut être qu'un recours en cassation assujéti obligatoirement aux conditions requises par l'article 233 du code de procédure civile... ».

Tandis que le Conseil d'Etat français se fonde sur la nature des pouvoirs de l'organe puis sur la composition et les règles de procédure, le juge algérien renverse les critères en mettant d'abord en exergue la composition du Conseil avant de se référer à la procédure et à ses attributions. Il reste que quel que soit l'ordre adopté, on ne manque pas d'être saisi par la similitude des critères adoptés par les deux juridictions.

En France, le Conseil d'Etat a eu à qualifier de juridictions administratives spécialisées un ensemble d'organes ayant des attributions de caractère disciplinaire : dans l'arrêt d'Aillières, le Conseil d'Etat a jugé, à propos d'un jury d'honneur, « qu'il résulte de l'ensemble des prescriptions législatives relatives au jury d'honneur et notamment de celles qui concernent tant sa composition et ses pouvoirs que les recours en révision dont il peut être saisi, que cet organisme a le caractère d'une juridiction qui, par la nature des affaires sur lesquelles elle se prononce, appartient à l'ordre administratif et relève à ce titre du contrôle du Conseil d'Etat statuant au contentieux ».

Dans une autre affaire, Sieur de Bayo, le Conseil d'Etat retient essentiellement le critère matériel pour se prononcer sur la nature des décisions prises par l'organe national d'un ordre professionnel. Il estime que le caractère juridictionnel d'un organisme tient « non aux formes mais à la nature de la matière dans laquelle il décide »³⁰. Il est vrai que dans l'espèce soumise, la décision contestée ne concerne pas la discipline de l'ordre mais l'inscription au tableau des vétérinaires et docteurs vétérinaires, ce qui justifie que le Conseil d'Etat se contente du critère matériel qui est suffisant pour rejeter le caractère juridictionnel de l'organe en cause.

Enfin, il estime que « la sanction que le conseil d'administration, constitué en formation disciplinaire, de l'université des sciences humaines de Strasbourg (université Marc Bloch Strasbourg II) a infligée le 22 janvier 1998 à Mme Popin, professeur des universités, a été prise dans l'exercice des attributions juridictionnelles que la loi confère en premier ressort aux universités »³¹.

On le voit, le Conseil d'Etat français n'utilise pas un critère unique mais se fonde sur divers indices : il fait appel au critère matériel ainsi qu'à des éléments formels qui ont trait à la composition collégiale de l'organisme, à la participation de magistrats au délibéré, à la procédure à laquelle il est soumis. A ce titre, les organes disciplinaires des ordres professionnels remplissent parfaitement les conditions posées par le Conseil d'Etat pour se voir qualifier de juridictions. Une telle solution est étendue aux organes disciplinaires institués dans la fonction publique lorsqu'ils disposent d'un pouvoir de décision et non simplement d'attributions consultatives. S'agissant de la méthode utilisée par le Conseil d'Etat, comme dans l'arrêt l'Etang, elle consiste à faire appel à un faisceau d'indices qu'on ne peut dissocier dès lors que la Haute juridiction en fait un usage combiné.

Dans le cas du Conseil d'Etat algérien, il apparaît à la lumière des considérants de l'arrêt rapporté du 7 juin 2005 qu'il fait sienne la démarche de son homologue français en ce qu'il ne privilégie aucun critère mais en fait également un usage combiné. Une telle démarche est nécessairement ardue en ce que, en l'absence de qualification d'un organe par les textes qui l'instituent, il n'est pas toujours aisé de déduire sa véritable nature juridique à partir d'indices sans faire appel à l'intention du législateur que l'on doit chercher à déceler.

II – Appréciations de la jurisprudence du Conseil d'Etat

Si la qualification du Conseil supérieur de la magistrature de juridiction administrative spécialisée par le Conseil d'Etat n'a pas manqué de soulever un ensemble de critiques, il est nécessaire d'en apprécier les fondements au regard de la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire et ce, sans se limiter aux critères sur lesquels il s'est basé pour justifier le revirement de jurisprudence consacré dans l'arrêt rapporté.

1 – Les fondements de la qualification juridictionnelle

En vertu de l'article 138 de la Constitution, « Le pouvoir judiciaire est indépendant ». A ce titre, le principe de séparation des pouvoirs ne peut s'accommoder de ce qu'un organe administratif puisse connaître de la discipline de membres de juridictions qui relèvent du pouvoir judiciaire. Il y a là une évolution remarquable par rapport aux pays arabes où le pouvoir disciplinaire relève essentiellement du pouvoir exécutif. « En Egypte et en Jordanie, les services d'inspection judiciaire compétents pour enquêter sur le comportement des magistrats dépendent du ministère de la Justice. Au Maroc, l'ensemble du processus disciplinaire relève de la compétence du ministre de la Justice, du déclenchement des poursuites à la prise de sanction à l'encontre des magistrats. Ainsi, le Conseil supérieur de la magistrature est quasi absent de la procédure disciplinaire menée à l'encontre des magistrats, à l'exception des Territoires palestiniens où le comité d'inspection judiciaire dépend du Conseil supérieur de la magistrature et où le comité disciplinaire est constitué exclusivement de magistrats »³².

Dans le cas des régimes démocratiques, la situation est tout-autre. La Charte européenne sur le statut des juges prévoit que « le manquement par un juge à l'un des devoirs expressément définis par le statut ne peut donner lieu à une sanction que sur la décision, suivant la proposition, la recommandation ou avec l'accord d'une juridiction ou d'une instance comprenant au moins pour moitié des juges élus »³³.

Au plan pratique, les pays européens sont dotés de corpus qui attribuent la compétence en matière de discipline des magistrats à un Conseil de justice ou à un Conseil de la magistrature, à des tribunaux ou cours de droit commun ou encore à des organes spécifiques. Dans le cas des Conseils de justice ou Conseils de la magistrature, l'organe ne relève ni du pouvoir exécutif, ni du pouvoir judiciaire. Il s'agit d'autorités constitutionnelles situées « aux confins »³⁴ des autres pouvoirs. « Par cette situation constitutionnelle, les Conseils sont en devoir de garantir l'indépendance de la fonction de juger et, selon les pays, de la fonction de poursuivre à l'égard des atteintes que pourraient être amenées à lui faire supporter les autorités politiques, économiques, sociales, médiatiques et même judiciaires »³⁵. Dans le cas français, si le constituant n'a pas qualifié le Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil d'Etat a tranché en faveur de la nature juridictionnelle de l'organe en cause, étant entendu qu'il ne s'agit pas d'une juridiction ordinaire mais d'une juridiction spécialisée³⁶.

A l'échelle internationale, divers textes se sont focalisés sur le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire : on relève des principes de base, recommandations, chartes, déclarations ou statuts. A titre d'exemple, le Statut Universel du Juge, approuvé à l'unanimité par le Conseil Central de l'Union Internationale des Magistrats lors de sa réunion à Taipei (Taiwan) le 17 novembre 1999, précise en son article 11, au titre de l'administration et principes en matière de discipline, que « La gestion administrative et disciplinaire des membres du pouvoir judiciaire est exercée dans des conditions permettant de préserver leur indépendance, et se fonde sur la mise en œuvre de critères objectifs et adaptés ». Il ajoute que

« l'administration judiciaire et l'action disciplinaire doivent relever d'un organe indépendant comportant une part substantielle et représentative de juges ». Enfin, il stipule que « Afin de préserver l'indépendance judiciaire, la procédure disciplinaire doit être menée par un Conseil supérieur de la magistrature indépendant statuant sur des fautes disciplinaires définies par la loi »³⁷.

On relève par ailleurs :

- « Les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature » adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985³⁸. Il y est mentionné que « L'indépendance de la magistrature est garantie par l'Etat et énoncée dans la Constitution ou la législation nationales. Il incombe à toutes les institutions, gouvernementales et autres, de respecter l'indépendance de la magistrature ».

- « Les Règles pour l'application effective des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature »³⁹ adoptées en mai 1989 par le Conseil économique et social à la demande des Nations unies et par l'Assemblée Générale dans la résolution 162/44 du 15 décembre 1989. Il y est notamment spécifié au titre de la règle 1 que « Tous les États adoptent et appliquent dans leur système judiciaire les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, conformément à leur procédure constitutionnelle et à leur pratique nationale ».

- La Résolution du Conseil économique et social sur le renforcement des principes fondamentaux relatifs à la conduite des magistrats qui stipule que « L'indépendance de la magistrature est une exigence préalable du principe de légalité et la garantie fondamentale d'un procès équitable »⁴⁰.

- Les principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire : il s'agit du projet de Bangalore de 2001 sur un code de déontologie judiciaire, adopté par le Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice et révisé lors de la table ronde des premiers présidents organisée au Palais de la Paix à La Haye les 25 et 26 novembre 2002⁴¹.

A la lecture de ces divers instruments, on constate que l'indépendance du pouvoir judiciaire constitue la pierre angulaire de l'Etat de droit. On en conclut que la nature juridictionnelle de l'organe en charge de la discipline des magistrats est une exigence du principe de l'indépendance tant du pouvoir judiciaire que de celle des magistrats. Il reste à savoir si la solution retenue par le Conseil d'Etat ne pose pas de problèmes particuliers au regard de l'ordonnement juridique algérien.

2- Retour sur les critiques doctrinales

Dans sa contribution parue dans le dernier numéro de la *Revue du Conseil d'Etat*, M. Ghennai émet un certain nombre de réserves sur la position du Conseil d'Etat. Il reste que l'examen minutieux de telles critiques révèle qu'elles ne sont pas fondées.

a – De la composition de l'organe

Le premier argument ayant servi à critiquer la position du Conseil d'Etat a trait à la composition du Conseil supérieur de la magistrature⁴². La notion de composition renvoie à une double situation : d'abord l'organe présente une composition collégiale, par ailleurs il est composé en partie de magistrats⁴³. Ces derniers n'y exercent pas un emploi, ils remplissent un mandat en vue d'y exercer non une mission de représentation de leurs pairs, mais une mission qui consiste à œuvrer pour l'indépendance de la magistrature à travers les attributions reconnues à l'organe.

Quant à la position du Conseil constitutionnel, elle ne peut servir d'argument en ce sens qu'elle a été mal appréciée. Il a jugé que « le mandat de membre du Conseil supérieur de la magistrature n'entre pas dans le cadre des mandats prévus par la Constitution ni parmi les emplois civils et militaires de l'Etat », cela signifie qu'il ne s'agit pas d'un emploi au sens des dispositions de l'article 78 de la Constitution. En outre, il ne s'agit pas d'un mandat prévu par la Constitution : à la lecture des dispositions de la Loi fondamentale, on découvre en effet que le Président de la République nomme à un certain nombre de mandats tels celui du tiers des membres du Conseil constitutionnel ou encore celui du tiers des membres du Conseil de la Nation. Ainsi, le mandat de membre du Conseil supérieur de la magistrature n'ayant pas été prévu par la Constitution, mais par la loi organique, cela explique que le Conseil constitutionnel rejette la référence à l'article 78-2 et 7 de la Constitution dans les visas de la loi organique.

Par ailleurs, la présence de magistrats dans la composition du Conseil supérieur de la magistrature n'est pas un critère déterminant pour qualifier l'organe de juridiction. Il s'agit simplement d'un indice qui doit être examiné à la lumière d'autres éléments et ce, de manière combinée. En effet, il existe des juridictions qui ne sont pas composées de magistrats : c'est le cas de la Cour des comptes dont les membres ne sont pas des magistrats au sens de la loi organique relative au statut de la magistrature. Ils sont soumis à un statut spécifique et ne sont considérés comme magistrats que par excès de langage. On peut citer également le cas des juridictions arbitrales constituées de personnes privées.

Quant à la jurisprudence du Conseil d'Etat ayant trait à la Commission bancaire (qui est présidée par le gouverneur de la Banque d'Algérie et non par un magistrat comme le laisse entendre l'auteur de l'article), elle a été qualifiée par le Conseil d'Etat d'autorité administrative indépendante exerçant des attributions « juridictionnelles ». Elle ne pouvait être qualifiée de juridiction pour une raison simple : la référence à l'intention et à la volonté du législateur. La loi de 1990, dont les termes ont été repris par l'ordonnance de 2003⁴⁴, est une reproduction fidèle de la loi française du 24 janvier 1984 dont les dispositions ont été incorporées dans le Code monétaire et financier. A la lecture des deux textes, on est frappé par la similitude des dispositions qu'ils renferment et qui montre de manière éclatante que le législateur n'a pas simplement puisé des règles dans le droit français, il a franchi le pas de la reproduction intégrale.

Toutefois, et au même titre que pour les conventions internationales que l'Etat ratifie avec réserves, la loi française est incorporée dans l'ordonnancement juridique interne sous bénéfice d'inventaire. Il s'agit d'un micro-mimétisme en ce sens que certaines dispositions de la loi française ont été purement et simplement écartées. Tel est le cas des dispositions de l'article 48-1 de la loi 24 janvier 1984 reprises dans l'article L. 613-23-I du Code monétaire et financier qui dispose que « lorsque la commission bancaire statue en application de l'article L. 613-21, elle est une juridiction administrative ».

Ainsi, la mise à l'écart de telles dispositions n'est pas fortuite. Elle est au contraire intentionnelle et renseigne sur la volonté du législateur d'adopter une position différente de celle du législateur français quant à la nature juridique de la Commission bancaire. Tandis qu'en France la Commission bancaire se voit reconnaître la qualité de juridiction lorsqu'elle statue en matière disciplinaire, le même organe ne se voit pas reconnaître une telle qualification en droit algérien de sorte que c'est la qualification d'autorité administrative qui l'emporte dans tous les cas et quelle que soit la matière dans laquelle elle statue⁴⁵.

Par ailleurs, la question a été définitivement tranchée par le législateur qui, à l'occasion de l'amendement de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit en 2010 a exclu d'en faire une juridiction en y intégrant un représentant du ministre chargé des finances. Or, en application du principe de la séparation des pouvoirs, un organe juridictionnel ne peut être composé de représentants du pouvoir exécutif.

Enfin, la jurisprudence du Conseil d'Etat semble évoluer vers la qualification de juridiction de toutes les structures disciplinaires des ordres professionnels, contribuant par là à asseoir un régime unifié en matière de contrôle disciplinaire des membres des ordres en cause. A signaler toutefois deux exceptions de marque : la discipline des architectes relève des conseils locaux de l'ordre des architectes. La décision de ces derniers est susceptible de recours auprès du conseil national et la décision du conseil national est susceptible de recours auprès du ministre chargé de l'architecture et de l'urbanisme⁴⁶. A ce titre, le conseil national ne peut être qualifié de juridiction.

Le second cas est celui de l'ordre national des experts comptables, commissaires aux comptes et comptables agréés qui a subi une restructuration : la loi a en effet créé un ordre national des experts-comptables, une chambre nationale des commissaires aux comptes et une organisation nationale des comptables agréés, administrés chacun par un conseil national élu par les professionnels⁴⁷. Par ailleurs, la loi les dépouille des prérogatives qui leur étaient reconnues par la loi de 1991. Ils n'interviennent plus que dans des domaines assez secondaires comme défendre l'honneur et l'indépendance de leurs membres, émettre un avis sur toutes les questions relatives à ces professions ainsi que sur leur bon exercice. S'ils sont habilités à élaborer leur règlement intérieur, la loi précise que ce dernier doit être approuvé par le ministre chargé des finances. En définitive, la seule attribution importante qu'ils conservent se résume à l'élaboration du code de déontologie de la profession.

Quant aux compétences en matière disciplinaire, elles relèvent désormais d'un organe administratif : le conseil national de comptabilité, placé sous l'autorité du ministre chargé des finances et ayant pour missions l'agrément, la normalisation comptable, l'organisation et le suivi des professions comptables⁴⁸. La discipline des experts comptables, commissaires aux comptes et comptables agréés relève de la commission de discipline et d'arbitrage composée de manière paritaire. Il s'agit d'un organe administratif en ce qu'il est composé pour moitié de représentants du pouvoir exécutif et ne peut, de ce fait, être qualifié de juridiction. Par ailleurs, les règles de procédure applicables en la matière comme les sanctions sont définies par un acte réglementaire et non un texte à caractère législatif. Il s'ensuit que les recours contre les décisions de la commission statuant en matière disciplinaire relèvent du contrôle du Conseil d'Etat par la voie du recours en annulation⁴⁹.

b - De la création des juridictions

En traitant de la procédure suivie par le Conseil supérieur de la magistrature siégeant en formation disciplinaire, l'auteur de l'article précité soulève la question de la création des juridictions qui relève de la loi : « S'il arrive au législateur de créer des organismes sans spécifier pour autant leur qualité de juridiction, cela veut dire tout simplement que ces organismes ne sont pas considérés par lui comme des juridictions ». Une telle affirmation doit être mesurée en ce que le législateur a créé au moins une juridiction sans la qualifier ainsi : il s'agit de la Commission nationale de recours en matière de révolution agraire qui est une juridiction spécialisée, placée en dehors de l'ordre juridictionnel.

En outre, ni le législateur organique, ni le Conseil d'Etat n'ont créé de juridiction *ex nihilo*. Le Conseil supérieur de la magistrature est une institution constitutionnelle prévue par les dispositions de la Loi fondamentale. La loi organique n'a pour objet que de préciser « La composition, le fonctionnement et les autres attributions du Conseil supérieur de la magistrature ». La Haute juridiction a simplement tiré les conséquences d'une situation juridique confuse où ni le constituant, ni le législateur organique ne se sont préoccupés de qualifier le Conseil supérieur de la magistrature. Il a fait ainsi œuvre de jurisprudence dans la mesure où l'organe n'a reçu aucune qualification. C'est sans doute en se référant au caractère ambivalent du Conseil supérieur de la magistrature qui lui a été imprimé par le constituant que le Conseil d'Etat a pu qualifier l'organe de juridiction spécialisée lorsqu'il siège en formation disciplinaire.

c – Les pouvoirs du Conseil

Dans la dernière partie de l'article précité, M. Ghennai dénie au Conseil supérieur de la magistrature la qualité de juridiction au motif qu'un organe juridictionnel ne peut « réprimer du chef de ses propres règles », faisant référence à la Charte de déontologie du magistrat⁵⁰. Une telle affirmation ne tient pas compte du dédoublement organique du Conseil en ce sens que ce n'est pas la même formation

qui établit la Charte de déontologie du magistrat et exerce le pouvoir disciplinaire. La Charte, dispositif à caractère réglementaire, relève de la compétence du Conseil supérieur de la magistrature en qualité d'institution publique nationale tandis que le pouvoir disciplinaire est exercé par l'organe autrement composé.

Par ailleurs, il est nécessaire de revenir au véritable sens des mots pour qualifier les décisions prises par le Conseil supérieur de la magistrature en matière disciplinaire : la loi organique fixant la composition, le fonctionnement et les attributions du Conseil supérieur de la magistrature précise en son article 33 que « Le Conseil supérieur de la magistrature, statuant en matière disciplinaire, prononce les sanctions disciplinaires prévues par la loi organique portant statut de la magistrature ». Le verbe « prononcer » signifie que le pouvoir décisionnel appartient au Conseil supérieur de la magistrature. C'est lui qui prononce la sanction, c'est sa décision qui fait l'objet d'un recours contentieux par la voie de la cassation devant le Conseil d'Etat. Il est ainsi erroné d'écrire que « le véritable pouvoir de sanction relève de la compétence de l'autorité administrative ». Par ailleurs, on ne peut comparer l'incomparable : si le Conseil d'Etat refuse d'accueillir les recours en annulation contre les décisions des commissions disciplinaires en matière de fonction publique, cela s'explique aisément en ce qu'il s'agit d'organes consultatifs qui émettent des avis, le pouvoir de sanction étant mis entre les mains de l'administration.

Reste la question des prérogatives dont disposent le Président de la République et le ministre de la justice : l'article 70 de la loi organique portant statut de la magistrature dispose que « Les sanctions disciplinaires de révocation et de mise à la retraite d'office prévues à l'article 68 ci-dessus sont consacrées par décret présidentiel » tandis que « Les autres sanctions sont exécutées par arrêté du ministre de la justice ». S'agissant du ministre de la justice, il exécute les décisions du Conseil supérieur de la magistrature : cela signifie qu'il en tire les conséquences au plan de la carrière du magistrat poursuivi et ce, en application de la décision du Conseil. Dans le cas du Président de la République, les rédacteurs du texte ont choisi le verbe consacrer au lieu d'exécuter en signe d'égard à l'institution présidentielle. En pratique, le Président de la République exécute la décision du Conseil : il prend un décret présidentiel de mise à la retraite d'office ou mettant fin aux fonctions du magistrat ayant fait l'objet d'une sanction du quatrième degré. Une telle procédure est tout-à-fait logique dans la mesure où la décision juridictionnelle doit être mise en œuvre et exécutée. Quant à la nature des pouvoirs dont disposent le Président de la République et le ministre de la justice, il s'agit non pas d'un pouvoir discrétionnaire mais d'une compétence liée. Lorsque ces derniers refusent d'exécuter les décisions du Conseil, ils contreviennent aux dispositions de la loi et engagent la responsabilité de l'Etat. Si cela semble quelque peu impensable, c'est qu'en pratique, le problème de l'exécution de la décision dépasse le cadre étroit de l'analyse juridique et requiert un débat sur la question de l'Etat de droit⁵¹.

d – La portée des décisions juridictionnelles

M. Ghennai écrit : « Les règles issues de la jurisprudence ne peuvent avoir une portée générale et impersonnelle dépassant le cadre du litige concerné ». Une telle affirmation doit être nuancée en ce que le Conseil d'Etat n'est pas une juridiction de droit commun. Lorsqu'il statue en matière de contentieux de l'annulation, ses décisions ont un effet *erga omnes* : elles s'imposent à tous. Ainsi, lorsqu'il annule un règlement, ce dernier est anéanti. Le juge administratif modifie ainsi l'ordonnancement juridique et on peut soutenir qu'il rend dans ce cas des arrêts de règlement, ce qui constitue une exception à la règle posée par les dispositions de l'article 116 du Code pénal. Il y a donc lieu de faire une distinction entre les décisions juridictionnelles dotées de la force relative de la chose jugée (qui ont un effet *inter partes*) et celles qui bénéficient de la force absolue de la chose jugée (et ayant un effet *erga omnes*).

e - A propos de la question de l'exception d'illégalité

Le moyen privilégié d'assurer le respect de la légalité par l'administration réside dans le recours pour excès de pouvoir, qui a pour objet l'annulation des actes administratifs illégaux. Ce recours constitue la sanction la plus énergique du principe de légalité. L'exception d'illégalité constitue un autre moyen, moins énergique, de mise en œuvre du contrôle juridictionnel. Elle consiste en ce que, à propos d'un procès intéressant l'application d'un acte administratif, l'intéressé invoque son illégalité et donc son inapplicabilité. Le juge ne peut annuler l'acte, mais doit, en l'espèce, en écarter l'application. En d'autres termes, la reconnaissance de l'illégalité d'un règlement par voie d'exception n'entraîne pas l'annulation de celui-ci. Théoriquement, il est toujours en vigueur⁵².

Dans l'affaire Union Bank, celle-ci a soulevé devant le Conseil d'Etat l'exception d'illégalité d'une disposition d'un règlement du Conseil de la monnaie et du crédit ayant trait au contrôle des changes⁵³ et ce, pour demander l'annulation d'une décision imputable à la direction du contrôle des changes prise sur la base de telles dispositions litigieuses⁵⁴. Le Conseil d'Etat annule la décision administrative au motif que les dispositions du règlement ayant servi de base à une telle mesure violent les dispositions de la loi relative à la monnaie et au crédit. Ainsi, le Conseil d'Etat était saisi de l'annulation d'une mesure de sanction qui était fondée sur le règlement litigieux. Le Conseil d'Etat n'était donc nullement saisi en vue de l'annulation dudit règlement. Par ailleurs, la loi relative à la monnaie et au crédit précise clairement que seul le ministre chargé des finances dispose de la faculté d'intenter un recours en annulation contre les règlements du Conseil de la monnaie et du crédit⁵⁵.

Conclusion

Le rôle du juge se borne à trancher les litiges, à dire où est le droit dans chaque cas concret à lui soumis. L'acte juridictionnel suppose une règle préexistante. En matière administrative, il arrive fréquemment qu'aucune règle écrite n'ait prévu le cas

soumis au juge, qui ne saurait pourtant s'abstenir de statuer, étant lié par l'article 1^{er} du Code civil, qui interdit au juge de se retrancher derrière le silence ou l'obscurité de la loi pour refuser de juger⁵⁶.

Le juge administratif a dans ce cas l'obligation de formuler lui-même la règle lui permettant de statuer. La jurisprudence fait plus qu'interpréter, elle supplée les silences de la loi et crée des règles juridiques. Dans les jugements de principe, le juge manifeste son pouvoir normatif : il résout un litige et, en plus, édicte une norme, remplissant ainsi sa fonction jurisprudentielle.

C'est dans cet esprit que le Conseil d'Etat a jugé que le Conseil supérieur de la magistrature constitue une juridiction lorsqu'il statue en formation disciplinaire : il s'agit d'une décision qui, placée dans son contexte, celui de l'indépendance du pouvoir judiciaire, ne fait que rendre compte de la nature spécifique de l'organe en charge de la discipline des magistrats et dont la qualification de juridiction ne peut que le conforter dans son indépendance telle que garantie par la Constitution. Une telle décision cadre par ailleurs parfaitement avec les exigences de l'indépendance du pouvoir judiciaire telles que posées par la société internationale et mises en œuvre dans les Etats démocratiques.

A cela il faut sans doute ajouter que le législateur aurait pu intervenir à la suite de la décision du Conseil d'Etat pour contrecarrer une telle position en clarifiant les dispositions législatives. S'il ne l'a pas fait, encore moins le pouvoir exécutif et spécialement le ministre de la justice dont le département est à l'origine du projet de loi organique, cela signifie simplement qu'il y a, en l'espèce, une approbation tacite de la jurisprudence de la Haute juridiction.

Toutefois, au plan pratique, la question épineuse qui se pose a trait à la connaissance de la jurisprudence. L'article 8 de la loi organique du 30 mai 1998 modifiée et complétée dispose que « Le Conseil d'Etat publie ses décisions et œuvre à la publication de tous commentaires et études juridiques »⁵⁷. En réalité, le Conseil ne publie qu'une infime partie de ses décisions. En outre, beaucoup de décisions de principe, notamment celles marquant un revirement de jurisprudence ne sont pas publiées, ce qui est déplorable autant pour le chercheur que pour les avocats, les magistrats, sans oublier les plaideurs⁵⁸.

Enfin, si la Constitution proclame clairement en son article 138 que « Le pouvoir judiciaire est indépendant », il reste qu'en pratique, il se retrouve dans un état de large dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. A ce titre, tant l'indépendance du pouvoir judiciaire que celle du Conseil supérieur de la magistrature restent à construire. On peut penser notamment à la révision de l'article 154 de la Constitution de sorte que le Conseil supérieur de la magistrature échappe à la tutelle du pouvoir exécutif et qu'il soit présidé, dans tous les cas de figure, par une personnalité extérieure à ce dernier. Dans cette œuvre de longue haleine, les magistrats ont évidemment un rôle essentiel à jouer.

Notes

¹ - CE, 27 juillet 1998, n° 172994, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 1, 2002, p. 83 ; CE, 17 janvier 2000, n° 182491, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 1, 2002, p. 109.

² - CE, n° 016886 du 7 juin 2005, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 10, 2012.

³ - Voir, Ramdane Ghennai, « Note relative au revirement jurisprudentiel du Conseil d'Etat en matière de contrôle des décisions rendues par la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature », *Revue du Conseil d'Etat*, n° 10, 2012 (article publié en arabe et en langue française).

⁴ - Loi organique n° 04-12 du 6 septembre 2004 fixant la composition, le fonctionnement et les attributions du Conseil supérieur de la magistrature, *JORA* n° 57 du 8 septembre 2004.

⁵ - Art. 66 de la Constitution du 8 septembre 1963, *JORA* n° 64 du 10 septembre 1963.

⁶ - Loi organique n° 64-153 du 5 juin 1964 sur le Conseil supérieur de la magistrature, *JORA* n° 48 du 12 juin 1964.

⁷ - Ordonnance n° 69-27 du 13 mai 1969 modifiée et complétée portant statut de la magistrature, *JORA* n° 42 du 16 mai 1969.

⁸ - Loi n° 89-21 du 12 décembre 1989 portant statut de la magistrature, *JORA* n° 53 du 13 décembre 1989, modifiée et complétée par décret législatif n° 92-05 du 24 octobre 1992, *JORA* n° 77 du 26 octobre 1992.

⁹ - Loi organique n° 04-12 du 6 septembre 2004 fixant la composition, le fonctionnement et les attributions du conseil supérieur de la magistrature, *JORA* n° 57 du 8 septembre 2004.

¹⁰ - Loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, *JORA* n° 37 du 1^{er} juin 1998, modifiée et complétée par loi organique n° 11-13 du 26 juillet 2011, *JORA* n° 43 du 3 août 2011.

¹¹ - Ahmed Mahiou, *Cours d'institutions administratives*, 3^{ème} édition, OPU, Alger, 1981, p. 91.

¹² - A titre d'exemple, voir CE, n° 060189 du 28 avril 2010, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 10, 2012, p. 166 (Le litige concerne le non virement de l'indemnité des députés du Parti des travailleurs dans le compte courant du parti). Relèvent également du contrôle du Conseil d'Etat les litiges d'ordre individuel concernant les agents des deux chambres, les décisions détachables par lesquelles leurs services procèdent à la passation de marchés.

¹³ - Le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour contrôler la légalité d'un procès-verbal d'une séance de débats parlementaires consacrée à la loi de finances pour 2010 en ce qu'il s'agit d'un acte préparatoire aux travaux parlementaires de l'Assemblée nationale. Voir, CE, n° 062648 du 28 septembre 2011, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 10, 2012, p. 168.

¹⁴ - CE, 21 novembre 2001, n° 002871, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 1, 2002, p. 142. Sur la question, Ramdane Ghennai, « Sur la soumission des actes du Conseil constitutionnel au contrôle du juge administratif », *Revue du Conseil d'Etat*, n° 3, 2003, pp. 71-83 (en arabe). Sur la position du Conseil d'Etat français, voir CE 25 octobre 2002, Brouant, *RFDA*, 2003, concl. G. Goulard, points de vue de L. Favoreu, P. Gonod et O. Jouanjan. Dans l'espèce soumise, la Haute juridiction estime que le règlement pris par le Conseil constitutionnel à l'effet de définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives, « ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître ».

¹⁵ - Art. 3 de l'ordonnance n° 95-20 du 17 juillet 1995 relative à la cour des comptes, *JORA* n° 39 du 23 juillet 1995, modifiée et complétée par ordonnance n° 10-02 du 26 août 2010, *JORA* n° 50 du 1^{er} septembre 2010.

¹⁶ - L'art. 110 de l'ordonnance n° 95-20 du 17 juillet 1995 précitée dispose que « les arrêts de la Cour des comptes siégeant toutes chambres réunies sont susceptibles de pourvoi en cassation, conformément au code de procédure civile et administrative », tandis que l'article 11 de la loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, modifiée et complétée, dispose que « le Conseil d'Etat connaît des recours en cassation contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort, ainsi que des recours en cassation des arrêts de la Cour des comptes ».

¹⁷ - La Cour est considérée comme organe administratif tout au long de la procédure de vérification et de contrôle des comptes des organes qui en relèvent comme elle l'est dans le cadre de l'exercice

du pouvoir disciplinaire à l'encontre des magistrats qui la composent (Voir, ordonnance n° 95-23 du 26 août 1995 portant statut des magistrats de la Cour des comptes, *JORA* n° 48 du 03-09-1995).

¹⁸ - Décret présidentiel n° 93-225 du 5 octobre 1993 portant création d'un Conseil national économique et social, *JORA* n° 64 du 10-10-1993, modifié par décret présidentiel n° 96-156 du 4 mai 1996, *JORA* n° 28 du 08-05-1996.

¹⁹ - Décret exécutif n° 94-398 du 19 novembre 1994 portant approbation du règlement intérieur du Conseil national économique et social, *JORA* n° 78 du 27-11-1994.

²⁰ - Art. 93 du règlement intérieur précité.

²¹ - Art. 171 de la Constitution.

²² - Voir, décret présidentiel n° 98-33 du 24 janvier 1998 relatif au Haut Conseil islamique, *JORA* n° 4 du 28 janvier 1998 (rectificatif *JORA* n° 5 du 4 février 1998).

²³ - Sur la question, voir Rachid Zouaïmia, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique*, Editions Houma, Alger, 2005, du même auteur, *Droit de la régulation économique*, Berti Editions, Alger, 2008.

²⁴ - S'agissant du Conseil de la concurrence, le contentieux de l'annulation est partagé entre le Conseil d'Etat et la Chambre commerciale de la cour d'Alger. Voir, Rachid Zouaïmia, *Droit de la concurrence*, Editions Belkeise, Alger, 2012.

²⁵ - A signaler que l'Autorité de régulation des transports et l'Agence nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine n'ont toujours pas vu le jour, les textes réglementaires d'application de la loi n'ayant toujours pas été promulgués.

²⁶ - Voir, CE, n° 037712 du 12 mars 2008, H. A. c/ministre de la justice garde des sceaux, cité par Ramdane Ghennai, « Note relative au revirement jurisprudentiel du Conseil d'Etat en matière de contrôle des décisions rendues par la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature », op. cit.

²⁷ - Voir, CE 27 juillet 1998, n° 172994, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 1, 2002, p. 83 ; CE 17 janvier 2000, n° 182491, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 1, 2002, p. 109.

²⁸ - CE, n° 016886 du 7 juin 2005, précité et le commentaire de Ramdane Ghennai, « Note relative au revirement jurisprudentiel du Conseil d'Etat en matière de contrôle des décisions rendues par la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature », op. cit. Voir également, CE, n° 025039 du 19 avril 2006, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 9, 2009, p. 57 ; CE, n° 037228 du 11 juillet 2007, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 9, 2009, p. 59.

²⁹ - CE, 12 juillet 1969, L'Etang, *RDJ*, 1970, p. 387, note M. Waline.

³⁰ - Conseil d'Etat, Ass. 12 déc. 1953, de Bayo, *AJDA* 1954, 2, p. 138, note J. de Soto.

³¹ - CE, 27 février 2004, Mme Popin c/ Université de Strasbourg, *AJDA* 2004, p. 653 ; *Revue de l'Actualité Juridique Française*, www.rajf.org

³² - FIDH, *Les conseils supérieurs de la magistrature : Quelles réformes pour un pouvoir judiciaire indépendant ? Les exemples de l'Egypte, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Palestine*, Paris, Avril 2009.

³³ - Principe 5-1, *Charte européenne sur le statut des juges*, wcd.coe.int/

³⁴ - Francis Delpérée, « Belgique : Le Conseil supérieur de la justice en projet », in Thierry-Serge Renoux (s/dir.), *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, La documentation française (Coll. Perspectives sur la justice), Paris, 2000, p. 40.

³⁵ - *Les Conseils de la justice en Europe*, www.hub.coe.int/

³⁶ - CE, 12 juillet 1969, L'Etang, *RDJ*, 1970, p. 387, note M. Waline.

³⁷ - Voir, art. 11 du *Statut universel du juge*, www.prevensectes.com/

³⁸ - Office des Nations unies contre la drogue et le crime, « Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature », in *Recueil des règles et normes de l'Organisation des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale*, Nations Unies, New York, 2007, pp. 376-379.

³⁹ - Office des Nations unies contre la drogue et le crime, « Règles pour l'application effective des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature », in *Recueil des règles et*

normes de l'Organisation des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale, Nations Unies, New York, 2007, pp. 380-384.

⁴⁰ - www.unodoc.org/

⁴¹ - Office des Nations unies contre la drogue et le crime, *Commentaire des Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, Nations Unies, New York, 2013.

⁴² - Ramdane Ghennai, « Note relative au revirement jurisprudentiel du Conseil d'Etat en matière de contrôle des décisions rendues par la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature », op. cit.

⁴³ - La présence de personnalités extérieures dans la composition du Conseil supérieur de la magistrature permet d'éviter que l'organe ne tombe sous l'emprise d'un certain corporatisme. C'est la solution retenue dans la plupart des textes régissant l'organe dans les pays démocratiques. Sur la question, voir *Les Conseils de la justice en Europe*, op. cit., pp. 96-98.

⁴⁴ - 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.

⁴⁵ - Sur la question, voir, Rachid Zouaïmia, *Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie*, Editions Houma, Alger, 2005, pp. 56-60. Du même auteur, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, Editions Belkeise, Alger, 2012, pp. 130-131 ; *Les autorités de régulation financière en Algérie*, Editions Belkeise, Alger, 2013, pp. 53-56.

⁴⁶ - Art. 45 du décret législatif n° 94-07 du 18 mai 1994 relatif aux conditions de la production architecturale et à l'exercice de la profession d'architecte, *JORA* n° 32 du 25 mai 1994, modifié par loi n° 04-06 du 14 août 2004 portant abrogation de certaines dispositions du décret législatif n° 94-07 du 18 mai 1994, *JORA* n° 51 du 15 août 2004.

⁴⁷ - Voir décret exécutif n° 11-25 du 27 janvier 2011 fixant la composition, les attributions et les règles de fonctionnement du conseil national de l'ordre national des experts-comptables, *JORA* n° 7 du 2 février 2011, décret exécutif n° 11-26 du 27 janvier 2011 fixant la composition, les attributions et les règles de fonctionnement du conseil national de la chambre nationale des commissaires aux comptes, *JORA* n° 7 du 2 février 2011, décret exécutif n° 11-27 du 27 janvier 2011 fixant la composition, les attributions et les règles de fonctionnement du conseil national de l'organisation nationale des comptables agréés, *JORA* n° 7 du 2 février 2011.

⁴⁸ - Art. 4 de la loi n° 10-01 du 29 juin 2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé, *JORA* n° 42 du 11 juillet 2010, modifiée par loi n° 12-12 du 26 décembre 2012 portant loi de finances pour 2013, *JORA* n° 72 du 30 décembre 2012. Voir également décret exécutif n° 11-24 du 27 janvier 2011 fixant la composition, l'organisation et les règles de fonctionnement du conseil national de la comptabilité, *JORA* n° 7 du 2 février 2011.

⁴⁹ - S'agissant des sanctions prononcées par la commission de discipline et d'arbitrage, voir décret exécutif n° 13-10 du 13 janvier 2013 fixant le degré des fautes disciplinaires commises par l'expert-comptable, le commissaire aux comptes et le comptable agréé dans l'exercice de leurs fonctions ainsi que les sanctions qui s'y rapportent, *JORA* n° 03 du 16 janvier 2013.

⁵⁰ - Voir, Délibération portant Charte de déontologie du magistrat, *JORA* n° 17 du 14 mars 2007.

⁵¹ - A ce titre, le professeur Mahiou estime que les décrets présidentiels échappent au recours contentieux « parce que le Conseil d'Etat algérien n'a jamais osé se prononcer sur la légalité d'une décision du Président de la République alors qu'il a normalement un tel pouvoir » (Ahmed Mahiou, « A propos de l'indépendance de la justice », in *L'exigence et le droit. Mélanges en l'honneur du professeur Mohand ISSAD*, AJED Edition, Alger, 2011, pp. 407-408).

⁵² - Voir, Rachid Zouaïmia, Marie-Christine Rouault, *Droit administratif*, op. cit., pp. 39-44.

⁵³ - Règlement n° 95-07 du 23 décembre 1995 modifiant et remplaçant le règlement n° 92-04 du 22 mars 1992 relatif au contrôle des changes, *JORA* n° 11 du 11 février 1996.

⁵⁴ - CE, 8 mai 2000, Union Bank c/Banque d'Algérie, n° 2138, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 6, 2005, pp. 75-79.

⁵⁵ - Art. 65 de l'ordonnance.

⁵⁶ - L'art. 1^{er} du Code civil dispose : « En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume. Le cas échéant, il a recours au droit naturel et aux règles de l'équité ».

⁵⁷ - Loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, *JORA* n° 37 du 1er juin 1998, modifiée et complétée par loi organique n° 11-13 du 26 juillet 2011, *JORA* n° 43 du 3 août 2011.

⁵⁸ - Sur la légitimité du droit jurisprudentiel, voir Rachid Zouaïmia, Marie-Christine Rouault, *Droit administratif*, Berti Editions, Alger, 2009, pp. 67-69.

L'ordre Régulateur : Essai sur l'émergence d'un concept*

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

د. بري نور الدين
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Résumé

Les transformations ayant affectées l'ordre public ont donné naissance à plusieurs ordres publics parmi lesquels on cite l'ordre de la régulation (ordre public économique, ordre concurrentiel et ordre régulateur). Cet ordre, original et si difficile à identifier, est mis en mouvement par l'Etat et les autorités de régulation. Ces dernières ont pour mission d'accompagner les secteurs libéralisés, du monopole à la concurrence. C'est un ordre transitoire et temporaire.

Mots clés

Ordre public régulateur, régulation, prérogatives de puissance publique, intérêt général, autorités de régulation, concurrence.

Regulatory order: an essay about the emergence of a concept

Abstract

The transformations that affected the public order gave birth to many public orders such as the regulation order (the economic public order, competition order and regulatory order). This order, being new and hard to identify, is put into movement by the state and the regulatory authorities. These last have as mission to accompany the liberalized sectors, from the monopoly to the competition. It is a transitory and temporary order.

Key words

Public regulatory order, regulation, publican strength prerogatives, common benefit, regulation authorities, competition

ملخص

ينحدر النظام العام الضبطي من النظام العام التقليدي. قبل الحديث عن النظام العام الضبطي تجدر الإشارة إلى النظام العام التنافسي الذي ينحدر بدوره من النظام الاقتصادي. فهذا الأخير ناتج عن تحولات النظام العام بوجه عام. فتحرير الاقتصاد أدى إلى تحول طريقة تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي، فأصبحت تتدخل عن طريق هيئات الضبط المستقلة التي تضطلع بمهمة مرافقة القطاعات الاقتصادية من احتكار الدولة إلى النظام التنافسي. ففي هذه الفترة من

* Article reçu le 02/03/ 2015, expertisé le 06/04/2015, rendu publiable le 03/05/2015

الزمن، نلاحظ أن هيئات الضبط تقوم بمهمة الضبط بحمايتها لنظام عام من نوع خاص نسميه النظام العام الضبطي. وخصوصية هذا النظام تظهر في انتقاله، فهو نظام عام محدد في الوقت على خلاف النظام العام التقليدي.

الكلمات الدالة

النظام العام الضبطي، الضبط، إمتيازات السلطة العامة، المنفعة العامة، سلطات

الضبط، المنافسة.

Introduction

S'il est plus facile de récupérer le mercure échappé d'un vieux baromètre que de saisir la notion d'ordre public dans une définition¹, il est encore plus ardu d'identifier l'une de ses subdivisions. En effet, pour bien définir l'ordre régulateur, la logique voudrait que l'on parte d'une définition sûre de l'ordre public *général* et de l'ordre public économique. Or celles-ci n'existent pas². Au surplus, plus un concept se démembré, plus sa définition est difficilement saisissable³. Il faut pourtant se résoudre à tenter l'aventure de la définition de ce concept qui doit être à la fois découvert et construit⁴.

De la notion classique d'ordre public concernant la morale et la politique, le droit contemporain a étendu l'acception aux rivages social et économique. Cette notion a ainsi évolué en fonction des mutations qui ont affecté les missions dévolues à l'administration que l'on pourrait résumer en un passage de l'Etat gendarme à l'Etat providence. Avec ce passage, l'ordre public change de registre et d'échelle. Siège de l'ensemble des règles impératives par lesquelles l'Etat intervient dans l'économie, l'ordre public économique n'est plus une exception mais « *constitue la qualification normale des législations nouvelles* »⁵.

L'ordre public économique prend deux aspects : « *ordre public de protection destiné à protéger des catégories faibles – consommateur, entrepreneur, locataires etc.* » et ordre public de direction « *destiné à transmettre aux différents rouages de l'activité économique que décide l'Etat lorsqu'il opte pour un système dirigiste – politique des prix qui se traduit par le droit de la concurrence* »⁶.

Toutefois, depuis la consécration du principe de la libre concurrence, l'ordre public de direction économique a connu une évolution sans précédent ; « *c'est un nouvel ordre économique : le droit de la concurrence pose le principe de l'économie de marché, mais une économie qui est soumise à un contrôle* »⁷. En conséquence, une expression est apparue sous la plume du Professeur Antoine Pirovano faisant s'entrelacer l'ordre et la concurrence sous le concept d'ordre concurrentiel⁸. Le système juridique, en essayant d'apporter les outils les plus adaptés, s'est d'abord doté du droit de la concurrence puis – *dans le cadre de la libéralisation des secteurs clés de l'économie*- a fait appel à la régulation sectorielle, manifestation d'une sorte d'expansionnisme du droit économique sommer de contrôler, comme il le peut, les métastases de l'ordre concurrentiel ; c'est ce que j'appellerai *ordre régulateur*.

L'objectif de cet article n'est certainement pas de tenter l'innovation, mais simplement de se rendre compte de l'un des *pics* de la transformation des mécanismes d'intervention étatique dans la sphère économique, et de constater au même temps, l'émergence d'un *néologisme* issu d'un *paradigme* : ordre régulateur. Si la concurrence a un ordre⁹, pourquoi pas la régulation¹⁰ !

L'ordre régulateur n'est pas né *ex nihilo*, il suit le chemin de la concurrence. C'est l'ensemble de règles « Régulateurs » tendant à faire émerger de la concurrence. Autrement, c'est le mécanisme idéal d'introduction des activités économiques de l'Etat, y compris les services publics, à la concurrence...c'est déjà un ordre ! Mais c'est un ordre transitoire en ce sens qu'il est appelé à retirer ses *échafaudages* au profit de l'*ordre concurrentiel* une fois ce dernier est atteint.

Notre propos se concentre seulement sur la phase d'*introduction à la concurrence*, mais cela suppose que la concurrence « parfaite » ne soit pas encore arrivée. Pendant cette phase, la régulation semble fonctionner comme un ordre ; elle constitue par elle-même et pour elle-même une forme d'organisation (I). En outre, étant par essence sectorielle et transitoire, la régulation se met en mouvement par des instances spécialisées dont les pouvoirs traduisent *déjà* la rigueur d'un certain ordre(II).

I- La régulation, un ordre soumis à l'ordre !

L'ordre régulateur repose sur les postulats de l'économie de marché. Cette dernière est avant tout un ordre régulateur et les lois des régulations peuvent être vues comme « *les droits constitutionnels* » des marchés. L'ordre régulateur peut ainsi être conçu comme l'avatar de l'économie de marché¹¹. Il y'a fort bien des éléments qui démontrent la construction d'un ordre dans la régulation (A), et il y'a bien fort des éléments qui le rende transitoire (B). Avez-vous entendu parler d'un *ordre public transitoire* ?

A / Les éléments d'un ordre en construction

La régulation a un caractère profondément polysémique¹². Le terme de régulation provient du latin « *regalis* » qui signifie « *du roi* » ou, plus précisément, « *qui est propre au roi* »¹³. A ce titre, et comme le souligne un auteur, "*l'on mesure d'emblée combien « la régulation » partage la même racine que le terme « régalien » et combien la parenté est d'ores et déjà étroite entre « régulation » et « réglementation*"¹⁴. Sur le seul fondement de la racine étymologique, une première idée semble s'imposer : par son lien avec le « roi », la régulation se rattacherait à l'exercice de la souveraineté¹⁵. Un ordre, lié, de surcroît à la souveraineté et bien entendu, à l'intérêt général¹⁶. La régulation est liée également à la notion de dérèglementation qui s'accompagne nécessairement d'une nouvelle réglementation appelée régulation « pour mieux marquer le nouvel esprit qui l'anime »¹⁷.

Au sens strict, la régulation vise des secteurs économiques particuliers mais dont le point commun est d'être des secteurs qui n'ont pas en l'état la capacité intrinsèque de produire leur propre équilibre. Dans ce sens, le Professeur Stéphane Braconnier parle de "*voie médiane entre l'interventionnisme forcené de l'Etat dans l'économie et*

le libéralisme sauvage"¹⁸. Cette définition se rapproche de celle retenue par l'étude de François Gazier et d'Yves Connac, selon laquelle la régulation désigne "*l'activité intermédiaire entre la définition de la politique, qui revient au gouvernement et au parlement et, d'autre part, la gestion entrepreneuriale qui relève des opérateurs économiques*"¹⁹. La régulation est liée à la libéralisation de l'activité économique et de l'ouverture à la concurrence des services publics. Dans cette optique, plusieurs définitions peuvent être retenues et parmi lesquelles on note celles proposées par le professeur Marie-Anne Frison-Roche. Dans une première acception du terme, la régulation signifierait "*une technique d'intervention de nature politique dans un secteur qui le requiert parce que les intérêts de la nation sont en jeu*"²⁰. Dans une autre définition, la régulation correspondrait au moyen dynamique de passage sectoriel d'un système monopolistique à un système concurrentiel²¹. Enfin, la régulation devrait être considérée comme étant "*un moyen dynamique de maintenir les grands équilibres*" d'un secteur²².

De toutes ces définitions ressort un certain esprit d'ordre : L'intérêt (économique) de la nation, voie médiane entre interventionnisme et libéralisme, le maintien des grands équilibres d'un secteur... Mais c'est un ordre transitoire.

B/ L'ordre régulateur, ordre transitoire !

L'ordre public ne doit pas être conçu comme un corps de règles. Il est des règles, des lois qui sont dites d'ordre public parce qu'elles puisent dans l'ordre public, même si elles ne se confondent pas avec lui²³. On parle d'ordre juridique éternel²⁴. Toutefois, les métamorphoses de l'ordre public ont fait naître un ordre d'un type nouveau : un ordre « juridique » transitoire. Or, la disparition des dispositions du droit sectoriel et des régulateurs spécialisés est inscrite dans leurs « gènes » puisqu'ils ne constitueraient, initialement, qu'un marchepied, un simple moyen pour mettre en place les conditions d'une concurrence loyale (1). Après la maturation des règles du marché, les autorités de régulation sectorielles ainsi que les règles qu'elles appliquent perdraient leur raison d'être. La régulation sectorielle est essentiellement un moyen de prévention contre les excès du monopole, ce n'est pas un substitut de la concurrence, c'est uniquement un moyen de monter la garde en attendant que la concurrence arrive²⁵. Il est toutefois pertinent de relever que, pour transiter vers la concurrence, les règles du droit sectoriel doivent atteindre certains objectifs (2).

1- Le principe de la disparition de l'ordre régulateur

Le cadre législatif algérien relatif aux régulations, mis en place initialement à partir de 1995, est à l'image du modèle européen, marqué par la volonté d'assurer la transition du monopole à la concurrence. Il apparaît implicitement, dans les textes que le droit de la concurrence prendra le relais des régulations sectorielles une fois la concurrence installée sur tous les segments des marchés.

Le cadre européen est plus explicite quant à la disparition de la régulation sectorielle au profit du droit commun de la concurrence. Si l'on suit le scénario envisagé par la Commission européenne, les autorités de régulation n'ont pas vocation à s'inscrire durablement dans le paysage institutionnel des secteurs

économiques régulés, leur mission n'étant que d'accompagner l'ouverture à la concurrence des secteurs anciennement monopolisés²⁶. C'est le cas par exemple dans le domaine des télécommunications. En effet, la directive Européenne 2002/19 relative à l'accès au réseau de communications électroniques prévoit que " (...) *l'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché*"²⁷. Le désengagement de l'Etat a conduit immédiatement à se poser la question de savoir si l'attribution de pouvoirs aux autorités sectorielles spécialisées n'était que séquentielle, c'est-à-dire si elle s'épuisait par la vertu de la finalisation du passage au secteur concurrentiel²⁸. La directive cadre du 7 Mars 2002, en son article 16, définit une procédure d'analyse de marché à l'issue de laquelle, " *lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques*"²⁹.

Le législateur français a suivi l'analyse communautaire, notamment décelable dans la formulation de l'exposé des motifs du projet de loi n°2004-669 du 3 juin 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle : " *le projet de loi marque l'entrée dans une nouvelle phase de la régulation qui doit conduire graduellement au remplacement des règles sectorielles spécifiques par l'application du droit général de la concurrence*". A ce propos, le Conseil de la concurrence, dans sa réponse à la consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques, a manifesté le souhait que le législateur fixe une date pour la convergence des droits sectoriels vers le droit de la concurrence³⁰. Le Conseil remarque que, sous l'impulsion du droit communautaire, la loi précitée marque une étape importante dans l'abolition d'une régulation *ex ante* et le rapprochement entre droit sectoriel et droit de la concurrence³¹.

Cet avis rejoint l'opinion du professeur Marie-Anne Frison-Roche qui, parmi les nombreuses acceptions qu'elle a dégagées de la notion de régulation, la définit comme étant " *le moyen dynamique de faire passer un secteur d'un état à un autre et notamment d'assurer la transition d'une organisation monopolistique à une organisation concurrentielle*"³². Le même auteur reconnaît la pertinence d'un droit éventuellement transitoire de la régulation, à travers " *le temps et les actes nécessaires à la construction et la maturation d'un marché concurrentiel qui peut être par la suite laissé à ses propres forces*"³³.

Dans le même sens, un auteur souligne que " *Le marché devenant mature, le moment est donc venu de permettre le basculement de l'ensemble du secteur sous le régime du droit commun du marché*"³⁴. Le choix de ce moment critique - du passage de l'*ex ante* à l'*ex post* - est dénommé par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche, le *Kairos*³⁵ ; c'est-à-dire " *le bon moment où il faut retirer les échafaudages de l'ex ante pour laisser prospérer l'ex post, pas trop tôt pour que le relais sur la seule puissance des acteurs puisse s'opérer, pas trop tard pour que l'ex ante n'étouffe pas le dynamisme plus naturellement engendré par les espaces de liberté*"³⁶. La recherche du bon point de passage entre *ex ante* et *ex post* est le travail auquel se livrent normalement les autorités de régulation, en accord avec le Conseil de la concurrence.

Car, l'action conjointe des deux autorités devrait aboutir, non pas à un chevauchement de compétences mais à une cohérence des deux systèmes de contrôle. Le professeur Jacques Chevallier va même jusqu'à affirmer qu'avec l'apparition des régulateurs indépendants, on assiste à l'apparition d'un Etat régulé et surplombé par l'ordre concurrentiel³⁷.

Les régulateurs sectoriels ont pour mission, dans le cadre d'un ordre public régulateur, de veiller à l'existence d'une concurrence effective et loyale sur les marchés soumis à régulation en prenant toutes les mesures nécessaires afin de promouvoir ou de rétablir la concurrence sur ces marchés³⁸. Ayant une mission de régulation *ex ante*, ces régulateurs se chargent d'accompagner leurs secteurs respectifs vers un système concurrentiel. Ils sont à, ce titre, habilités à fixer eux-mêmes les règles du jeu, procèdent à des sanctions et à des arbitrages. S'agissant du Conseil de la concurrence, sa mission relève de la régulation *ex post* en ce sens qu'il intervient en aval pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence. Sa mission consiste alors à surveiller le degré de conformité des pratiques des opérateurs aux règles de la concurrence. Cela suppose, comme l'écrit le professeur Zouâmia Rachid, que "*les entreprises en cause évoluent dans un marché mature, un marché concurrentiel. Ce qui signifie que le Conseil de la concurrence est appelé à prendre le relais des autorités sectorielles au moment où le secteur en cause dépasse l'étape transitoire et entame son accès à l'ordre concurrentiel*"³⁹. Ce qui confirme bien le caractère transitoire des règles du droit sectoriel.

2- Les préalables à la suppression de l'ordre régulateur

Si l'on peut évoquer, théoriquement, la possibilité de la suppression de la régulation sectorielle au profit du droit de la concurrence, il n'en est pas de même d'un point de vue pratique, car le moment du retrait des "*échafaudages de l'ex ante*" semble très loin.

Ce constat est fondé dans la mesure où, d'une part, l'on remarque que non seulement le besoin de régulation sectorielle *ex ante* ne diminue pas mais il semble au contraire avoir tendance à augmenter et, d'autre part, à défaut d'une réelle concurrence entre opérateurs, on n'imagine pas comment une industrie de réseau, par exemple, pourrait fonctionner sans intervention d'une autorité de régulation garantissant la neutralité de l'accès à l'infrastructure essentielle⁴⁰. Or, le développement de la concurrence par les infrastructures est nécessaire pour réduire progressivement le champ de la régulation sectorielle : les nouvelles technologies permettraient de déployer de nouveaux réseaux d'infrastructures concurrentes de celles de l'opérateur historique (développement du satellite, des réseaux sans fils, de la fibre optique, etc.) ce qui permettrait alors d'accroître la concurrence.

A ce propos, le Conseil de la concurrence Français constate, dans un avis rendu le 31 janvier 2005 que "*la régulation ex ante peut permettre des objectifs plus larges que ceux recherchés par le droit de la concurrence, notamment quant à l'horizon temporel pris en compte. L'analyse des obstacles à la concurrence faite au niveau*

communautaire conclut ainsi que seule une concurrence suffisante entre les infrastructures peut permettre à terme, de garantir l'exercice d'une concurrence effective, la réglementation ex ante ayant pour objet à titre transitoire de permettre la concurrence entre services et le choix du consommateur mais également de favoriser l'investissement, de développement des infrastructures concurrentes à celles de l'opérateur historique"⁴¹. Pour que la concurrence arrive à maturité, les opérateurs alternatifs devront déployer des boucles locales résidentielles optiques, marquant ainsi le point d'aboutissement d'un processus graduel d'investissement dans des réseaux de plus en plus capillaires, leur permettant ainsi progressivement de s'affranchir du réseau de l'opérateur historique. Ce dernier, à défaut d'une concurrence par les infrastructures, reste en situation de monopole par rapport aux opérateurs alternatifs. Pour pouvoir espérer une ouverture totale du secteur à la concurrence et, donc opérer, à terme, cette transition vers l'ordre concurrentiel, les pouvoirs publics, en collaboration avec l'expertise du régulateur sectoriel, doivent de prime abord, dégrupper la boucle locale de l'opérateur historique et permettre ainsi, aux nouveaux entrants de développer une concurrence effective sur le marché⁴².

L'ordre concurrentiel et l'ordre régulateur cohabitent dans la mesure où, même en transition, les secteurs libéralisés sont soumis à la fois aux deux ordres. L'ordre concurrentiel est déjà de mise en ce sens que les règles du droit de la concurrence sont bien établies et, même si les autorités spécialisées sont appelées à céder leur place au Conseil de la concurrence⁴³, le droit sectoriel et le droit de la concurrence demeureront. S'agissant des autorités sectorielles, elles exercent un contrôle particulier sur les opérateurs qui ne relève pas du droit commun de la concurrence et ne peut donc être hérité par le Conseil de la concurrence : celui qui consiste à veiller au respect par les opérateurs des obligations de service public.

Il est en somme pertinent de conclure cette partie en affirmant que l'ordre régulateur « engendre les conditions juridiques de son existence (réguler la liberté d'entreprendre) et de son fonctionnement ; il en résulte l'apparition de nouvelles branches du droit et de nouveaux biens et services qui sont directement liés à l'ordre régulateur ; ce dernier a donc juridiquement un effet créateur sur l'économie »⁴⁴. Mais pour cela, il a besoin de l'ordre public, il est protégé par lui, il repose sur lui afin de garantir son efficacité et sa pérennité⁴⁵.

II- La mise en mouvement de l'ordre régulateur

La nouvelle fonction de régulation est exercée, au nom de l'ordre public, par des instances spécialisées en application des prérogatives de puissance publique. En effet, on assiste dans ce cadre, à l'apparition de nouveaux actes administratifs édictés par de nouvelles autorités administratives que l'on peut dénommer « actes régulateurs » (**A**), qui sont soumis, comme les actes administratifs classiques, au contrôle de la légalité (**B**).

A- L'acte réglementaire : un acte relevant des prérogatives de puissance publique

Les prérogatives de puissance publique constituent la manifestation de procédés spécifiques de puissance publique visant la satisfaction de l'intérêt général dont le simple particulier ne bénéficie pas directement⁴⁶. La fonction de régulation du marché, envisagée comme une mission de la puissance publique, est exercée par le biais de moyens juridiques. En effet, une fonction juridique se concrétise par des prérogatives qui permettent à la puissance publique d'édicter des actes juridiques⁴⁷.

Puisque les actes de régulation sont édictés par des autorités administratives dans le cadre d'une mission d'intérêt général, rien ne permet de penser qu'ils ne seraient pas le résultat de prérogatives de puissance publique traditionnelle. Or, comme le relève un auteur, « *Les actes juridiques auxquels donne lieu la fonction de régulation demeurent en fin de compte très classiques* »⁴⁸. Les actes de régulation se révèlent être donc des prérogatives de puissance publique.

La puissance publique s'exprime au travers des trois pouvoirs constitutionnels (exécutif, législatif et judiciaire)⁴⁹. Pourtant, le pouvoir exécutif doit être considéré comme le seul détenteur de prérogative de puissance publique *stricto sensu*. Les autorités de régulation usent de prérogatives de puissance publique pour réguler leurs secteurs respectifs en les accompagnant vers l'ordre concurrentiel. Pour bien assurer cette tâche, le législateur les a dotées de pouvoirs similaires aux trois pouvoirs constitutionnels. En effet, certaines autorités de régulation sont investies d'un pouvoir de sanction et de règlement des différends (2). Des pouvoirs inhérents à la nouvelle fonction de régulation qui est mise en œuvre par des prérogatives de puissance publique. Mais leurs décisions unilatérales demeurent au premier rang de ces prérogatives en rapport avec le droit du marché⁵⁰ (1).

1-Les décisions unilatérales des AAI : Pour un ordre sur le marché

Les décisions des autorités de régulation sont de véritables actes administratifs. L'acte administratif unilatéral est un « *acte juridique, adopté unilatéralement par une autorité administrative, qui modifie ou refuse de modifier les droits et obligations des administrés indépendamment de leur consentement* »⁵¹. L'acte réglementaire administratif est imputé à une autorité administrative ; il se distingue des actes législatifs et des actes juridictionnels ; c'est un acte unilatéral et c'est un acte inégalitaire en ce que l'autorité administrative peut se passer du consentement des destinataires de l'acte pour modifier les situations juridiques⁵². En relation avec l'intérêt général, les décisions des autorités de régulation ont pour objectif principal, le respect d'un certain ordre par leurs destinataires.

Les autorités de régulation n'interviennent pas uniquement en aval pour résoudre des litiges ou de sanctionner un opérateur du marché, mais d'abord en amont pour fixer les règles du jeu entre eux dans le but de définir les équilibres souhaitables⁵³.

La fonction de régulation s'exerce donc par des actes réglementaires. Un acte réglementaire se caractérise par la généralité de la norme qu'il pose et ses effets sont impersonnels. Il constitue un nouveau type d'actes administratifs. Certaines autorités de régulation sont investies d'un tel pouvoir de manière explicite⁵⁴. La raison d'une telle dévolution s'explique par leur connaissance précise des exigences à satisfaire et

des problèmes à résoudre. Elles apportent ainsi les éléments utiles à la réflexion sur l'élaboration de normes nouvelles, ou la réforme d'une réglementation mal adaptée ou lacunaire⁵⁵, or, "*dans le monde moderne, le processus classique de production de normes par les instances traditionnelles démocratiques paraît inadapté aux exigences de certains secteurs clés de la vie sociale. En matière d'éthique, d'information, de communication, de concurrence..., l'intervention exclusive et directe de l'Etat, par l'intermédiaire du Parlement ou du pouvoir exécutif, semble désormais inappropriée au règlement de problèmes sensibles, techniquement complexes et en constante évolution*"⁵⁶.

Les autorités de régulation disposent donc d'un pouvoir de type réglementaire (avec homologation) régi par un cadre posé par la loi, en vertu duquel elles peuvent être créatrices de normes dans certaines limites⁵⁷ :

-Le pouvoir réglementaire de la COSOB et du Conseil de la monnaie et du crédit sont soumis à homologation et au procédé de la seconde lecture. S'agissant de la COSOB, l'article 32 du décret législatif n° 93-10 relatif à la bourse des valeurs mobilière prévoit que les règlements édictés par la COSOB sont approuvés par voie réglementaire, ils sont publiés au journal officiel avec le texte d'approbation qui relève de la compétence du ministre chargé des finances⁵⁸.

- Les règlements pris par le Conseil de la monnaie et du crédit sont soumis au ministre chargé des finances à titre de projets. Ce dernier peut, à l'issue d'un délai de dix (10) jours, demander leur modification. Dans ce cas, le Conseil est tenu de se réunir dans un délai de cinq (5) jours en vue de statuer sur les modifications proposées par le ministre. C'est à l'issue de cette seconde délibération que le règlement est promulgué et acquiert force exécutoire⁵⁹.

- S'agissant du Conseil de la concurrence, le législateur lui confié un pouvoir réglementaire quelque peu large. L'article 34 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence prévoit que : "*(...), le Conseil de la concurrence peut prendre toute mesure sous forme notamment de règlement, de directive ou de circulaire qui est publié dans le bulletin officiel de la concurrence prévu à l'article 49 de la présente ordonnance*". En édictant de telles dispositions, le législateur érige le Conseil de la concurrence en un véritable « *législateur des marchés* ».

-Le cas de l'ARPT est plutôt singulier dans la mesure où elle dispose de ce que l'on pourrait désigner comme étant un pouvoir normatif de fait résultant de ses fonctions contentieuses qui lui sont attribuées par la loi (pouvoir de règlement des différends et d'arbitrage). L'ARPT prend également des décisions à caractère réglementaire. Cette compétence inédite trouve sa légitimité dans le fait que le régulateur est amené à préciser et adapter périodiquement le cadre législatif applicable au secteur de la poste et des télécommunications.

Les règles de droit fixées par l'Etat pourront être remises en cause par l'autorité en charge de réguler le secteur en édictant des normes plus conformes à la technique du moment, aux nécessités économiques actuelles ou aux besoins des acteurs du marché⁶⁰. En témoigne, l'adoption par l'ARPT, sans qu'elle en soit chargée par le législateur, d'un « code spécial » portant procédures de règlement des litiges en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage⁶¹.

Ainsi, malgré le silence de la loi, de façon audacieuse et dans le but d'ordonner le secteur des télécoms, l'ARPT s'est investie elle-même d'un pouvoir réglementaire ; un pouvoir « *auto-proclamé* »⁶². Cet exemple témoigne à lui seul du besoin d'un ordre du marché assuré par une autorité de régulation.

In fine, toutes les décisions à caractère réglementaire des autorités de régulation sont exécutoires et, la décision exécutoire constitue l'un des modes d'édition de normes juridiques⁶³. Elle est spécifique en ce qu'elle traduit l'exercice juridique d'un pouvoir. Pourvu que ce dernier, soit conforme aux dispositions constitutionnelles⁶⁴.

2-Pouvoir de sanction et de règlement des litiges : au nom de l'ordre sur le marché

Pour veiller au maintien de l'ordre sur le marché, le législateur a confié aux autorités de régulation des compétences originales. Elles sont investies d'un pouvoir de sanction qui s'apparente à celui du juge (a), et d'un pouvoir d'arbitrage à caractère spécifique (b).

a/ Le pouvoir de sanction

La sanction administrative est définie comme étant la décision unilatérale prise par une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, qui inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements⁶⁵.

La sanction administrative est un mode de régulation ancien et traditionnel⁶⁶, antérieur à l'existence d'actes de régulation. Dans ce sens, le Doyen André De Laubadère écrivait : « *le pouvoir d'infliger des sanctions administratives d'une autorité étrangère à l'ordre des juridictions pénales est évidemment très exorbitant et constitue une forme extrême des prérogatives susceptibles d'être reconnues à l'administration* »⁶⁷. Ce pouvoir reconnu à l'administration classique a ensuite été étendu à des personnes échappant à la hiérarchie administrative. Ainsi, plusieurs autorités de régulation disposent d'un pouvoir de sanction. Le rapport entre les notions de régulation et de sanction est perçu par la majorité de la doctrine comme étant si étroit, que la première a parfois été présentée comme un simple substitut de la seconde⁶⁸. La sanction constitue pour les régulateurs, un mode essentiel de leur action de régulation et de surveillance des marchés. La volonté de faire échapper ces derniers aux poursuites pénales, a pour objectif essentiel d'instituer une procédure de proximité, plus simple et plus efficace que la procédure de droit pénal.

La procédure devant les AAI a également une vocation préventive et adaptative, tentant de prévenir et de corriger les manquements constatés pour éviter la prise de mesures plus sévères⁶⁹. On soulignera, à cet égard l'innovation que constitue la possibilité donnée à certaines autorités de régulation d'édicter des injonctions, éventuellement assorties de sanctions pécuniaires si les parties n'exécutent pas dans les délais qu'elles fixent⁷⁰. Ces injonctions peuvent tendre à la prescription de certaines mesures ou encore ordonner la modification, l'adjonction ou la suppression des clauses contractuelles contraires à l'ordre public.

Les controverses juridiques posées par l'attribution de ce pouvoir aux autorités de régulation ont donné naissance à un encadrement strict au plan substantiel que

procédural. Le Conseil Constitutionnel français a reconnu la conformité, au principe de la séparation des pouvoirs, du pouvoir de sanction de ces autorités sous réserve qu'il respecte un certain nombre de conditions de forme et de fond, transposées de la procédure pénale (*surtout l'application des règles du procès équitable inspirées de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droit de l'homme et des libertés fondamentales*)⁷¹.

b/ Pouvoir d'arbitrage : Un ordre processuel régulateur ?

La nature administrative des autorités de régulation ne les empêchent pas de résoudre les litiges relevant de rapport de droit privé. Cette « innovation juridique d'inspiration économique » se traduit par l'exercice, parallèlement au juge civil et commercial, d'une véritable fonction contentieuse entourée de garanties d'ordre procédural⁷². La fonction d'arbitrage devant les AAI est difficile à qualifier en ce que l'arbitrage juridictionnel vise la constitution du tribunal et la mise en place d'une procédure dont les éléments essentiels sont contractuellement décidés par les parties au litige mais qui aboutit à un acte de nature juridictionnel, rendu par les arbitres privés qui tranchent un litige en tant que juges⁷³. Ainsi, reconnaître une compétence d'arbitrer les litiges opposant les opérateurs constitue une dérogation au concept classique d'arbitrage qui est dominé par un élément essentiellement contractuel⁷⁴.

L'arbitrage devant les AAI se fait en dehors de la sphère contractuelle. Une telle fonction s'apparente en somme, à la fonction juridictionnelle traditionnellement exercée par le juge. A ce titre le professeur Frison-Roche souligne que « *l'évolution du droit de la régulation transforme à l'occasion les régulateur en juridictions, non seulement à travers la mission désormais assise de répression et de rappel à l'ordre, mais encore par la fonction de règlement des différends* »⁷⁵.

Au-delà de ces différences, la résolution des litiges au sein des AAI et les instances arbitrales ont comme point commun, la *jurisdiction*, c'est-à-dire le pouvoir de déterminer les règles générales applicables à l'espèce⁷⁶. Dans ce type d'arbitrage, l'autorité de régulation ne renonce pas à la règle de droit⁷⁷.

Si le règlement des différends n'est qu'un mode de régulation⁷⁸, il n'en demeure pas moins un moyen favorisant l'évitement du juge⁷⁹. L'accès à cette " *justice régulateur*" permet de combler les lacunes sur les rapports entre des domaines techniques nouveaux (comme l'Internet) et le droit, en utilisant des modes nouveaux de résolution des litiges. Ce changement du paysage « *judiciaire* », voulu et organisé par l'État, peut être considéré comme un simple transfert de compétence pour des raisons techniques et pratiques (désengorgement des tribunaux, rapidité et efficacité)⁸⁰.

En étant proche de celle suivie devant les juridictions, la procédure de règlement des litiges devant les autorités de régulation rappelle en effet, les principes régissant la justice étatique. L'existence et application de ces principes (*jurisdiction* et *l'imperium*) accorde aux régulateurs des pouvoirs similaires que ceux du juge étatique⁸¹.

L'intervention « *expertale* » des AAI dans le règlement du contentieux de la concurrence et économique en général, est perçue par la majorité de la doctrine

comme étant une justice à part, une "*magistrature économique*"⁸² à laquelle s'appliquent des règles procédurales spécifiques. On assiste en effet à la constitution d'un droit processuel économique⁸³, ou de ce qu'il convient d'appeler « *ordre processuel économique* ». Une avancée notable doit être signalée à cet égard ; c'est l'ouverture de l'action devant les autorités de régulation aux associations. S'agissant par exemple du secteur des télécommunications, une association de consommateurs agréée, au nom de l'intérêt général, peut saisir l'autorité de régulation de toute atteinte aux droits des consommateurs des services de télécommunications⁸⁴. La décision de l'autorité, enjoignant aux opérateurs assignés, de supprimer par exemple une clause illicite ou abusive incriminée profite, pour l'avenir, à tous les consommateurs. Une telle action est également envisageable devant les juges. L'action associationnelle est, ici, « *Une action d'intérêt général, à caractère préventif* »⁸⁵.

Dans le même ordre d'idée, le Conseil de la concurrence, en tant que régulateur, peut non seulement se saisir d'office, au nom de l'ordre public économique, mais il peut également être saisi par les agents économiques, par le ministre du commerce, les collectivités territoriales, les organisations syndicales, à la suite d'une enquête effectuée par ses services, par les associations de consommateurs⁸⁶ ou éventuellement sur une plainte des victimes de pratiques anticoncurrentielles⁸⁷. La multiplicité des acteurs de la saisine du Conseil s'explique par le fait que sa compétence couvre des pratiques anticoncurrentielles qui peuvent affecter l'intérêt public économique ; le Conseil s'occupe plus de l'intérêt général car est-il le gardien de l'ordre public économique.

B/La soumission des actes réglementaires à la légalité administrative

Le contrôle juridictionnel sur les actes de régulation apparaît essentiel. Il permet d'assurer l'encadrement juridique de ces actes pris par des autorités de régulation indépendantes qui, par hypothèse, échappent au pouvoir hiérarchique mais doivent cependant être soumises au droit, c'est-à-dire aux mécanismes de contrôle qui soutiennent "l'Etat de droit"⁸⁸. Autorités « indépendantes » donc, mais en tout état de cause nullement affranchies du contrôle du juge⁸⁹. Le contrôle du juge est, à cet égard, considéré comme étant un autre mode de régulation⁹⁰ ; complémentaire à l'action du régulateur⁹¹. Ce dernier ne peut se passer du juge, car "*l'une des difficultés auxquelles il se heurte, est qu'il n'a pas reçu naturellement, dans sa corbeille, tous les attributs d'un juge*"⁹².

A l'exception de certaines décisions du Conseil de la concurrence, la plupart des textes institutifs d'autorités administratives indépendantes confèrent la compétence du contrôle de leurs décisions au juge administratif : le Conseil d'Etat.

Le recours pour excès de pouvoir, est un recours par lequel le requérant demande au juge administratif de contrôler la légalité d'une décision administrative et d'en prononcer l'annulation si elle est illégale⁹³. C'est le recours le plus connu et le plus original du droit administratif. Il peut être exercé en absence de tout texte. De plus, il ressort des quelques décisions du Conseil d'Etat que lorsqu'un texte exclut tout recours, il n'exclut pas, par-là, le recours pour excès de pouvoir⁹⁴.

Le recours pour excès de pouvoir, étant fondé sur la violation de la règle de droit, fait partie du contentieux objectif. C'est un procès fait à un acte et non à une personne ; il tend à la sanction d'une règle de droit et non à la reconnaissance d'un droit subjectif⁹⁵. Par ailleurs, l'annulation d'un acte produit des effets *erga omnes*.

S'agissant des moyens d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, on distingue deux classifications : une première classification tient compte des éléments de l'acte : illégalité relative à l'auteur (l'incompétence), aux formes et procédure (vice de forme), au but poursuivi (détournement de pouvoir), à l'objet de l'acte, aux motifs de l'acte. Une seconde classification distingue les illégalités externes (incompétence et vice de forme) des illégalités internes (violation de la loi et l'erreur de droit, l'erreur dans la qualification juridique des faits, détournement de pouvoir)⁹⁶.

En outre, même pour annuler une décision du régulateur en appréciant sa légalité externe, le juge administratif doit être en mesure d'apprécier l'ensemble de la situation de fait et de droit qui lui est soumise. Il est amené même à appliquer des règles du droit sectoriel et de la concurrence puisque, l'autorité de régulation participe directement au respect de ces règles. A ce titre, un auteur se demande " *si l'effectivité de la règle de droit public de la concurrence ne passe pas par une redéfinition du rôle du juge administratif*"⁹⁷. Ainsi, le contrôle minimum ou normal ne semble plus adapté à des situations concurrentielles où la solution du litige dépend de la position globale de la personne sur un marché. C'est pour ces raisons qu'il est opportun d'opter pour un recours de pleine juridiction ou de partager le contrôle des décisions des autorités de régulation sectorielles entre le juge administratif, pour les décisions prises dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique, et le juge judiciaire (Cour d'Alger) pour les décisions mettant en œuvre des règles de droit privé⁹⁸.

En contrôlant les décisions des AAI, le juge emprunte forcément leurs méthodes de raisonnement et les principes qui régissent les disciplines qu'elles appliquent. Le juge doit, de surcroît, ajuster son raisonnement aux réalités des marchés libéralisés et soumis à la régulation d'une AAI. Il doit recourir à des raisonnements économiques⁹⁹ pour participer pleinement à la protection de l'ordre régulateur.

Conclusion

Dans le domaine du droit économique, l'opérationnalisation technique des concepts suppose toujours une longue période de maturation¹⁰⁰. Toutefois, le concept d'ordre régulateur, du fait qu'il soit temporaire, constitue un concept déjà mature. Mature dès l'instant où il est édicté par les lois de libéralisation et mis en œuvre par les autorités de régulation. Un ordre rendu plus apparent par la panoplie de compétences régulateur qui leurs sont confiées.

La spécificité de cet ordre tient, évidemment, à son caractère transitoire. Il est en revanche judicieux d'avancer l'idée selon laquelle, la régulation sectorielle à plus tendance à augmenter qu'à diminuer. Les autorités de régulation sectorielles seront

plus appelées, dans le future, à faire preuve d'expertise dans les secteurs évolutifs, tels que les télécommunications, dans la mesure où, ni le Conseil de la concurrence investi de pouvoir assez large pour s'intéresser à la technique, ni *a fortiori*, le juge, ne pourront réguler efficacement ces secteurs à la manière des autorités de régulation sectorielles. L'effacement de la régulation sectorielle serait donc un mythe- il ne faut pas s'en étonner- puisque l'idée procède de cette même logique selon laquelle la déréglementation ne signifie pas un allègement du cadre juridique mais conduit plutôt à un surplus de règles : la régulation de la concurrence appelle plus de droit que le dirigisme pur et simple. Or, loin de signer un recul radical de la puissance publique du marché, la régulation en attesterait tout à la fois la pérennité et le caractère protéiforme¹⁰¹.

En somme, il est difficile d'accéder à l'ordre concurrentiel tel qu'il est imaginé par la majorité de la doctrine, et l'on assiste à une équation inversée : de la régulation de la concurrence à la concurrence de la régulation...L'ordre régulateur demeurera.

Notes

¹-Expression à l'origine employée par Marcel Waline pour mesurer la difficulté de cerner la notion de service Public dans une définition. M. Waline, *Le pouvoir exécutif (et son chef)*, Puf, Paris, 1961, p. 57.

²- Cf. M.M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public Régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 261-289

³- « Je ne crois plus aux concepts ! », avait affirmé Antoine Pirovano lorsque l'idée d'organiser un colloque en son honneur sur l'ordre concurrentiel, il y a plus de dix ans, lui fut présentée. Cf. F. Riem, « Retour sur l'ordre concurrentiel », *RIDE*, n° 4, 2013, pp. 435-450.

⁴- Nous reprenons ici, l'expression du Professeure Laurence Boy écrite à propos d'un Essai de définition du concept d'ordre concurrentiel, « L'ordre concurrentiel : Essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 40-63

⁵- M.M. Mohamed Salah, *Ibid*, p. 262.

⁶- M.C. Vincent-Legoux, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Puf, (les grandes thèses du droit Français), Paris, 2001, p.349.

⁷- P. Malaurie, « La notion d'ordre public économique », *RCC*, n° 83, 1995, p. 48

⁸- A. Pirovano, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union- Européenne », in R. Charvin & A.Guesmi, (s/dir.), *L'Algérie en mutations : instruments juridiques de passage à l'économie libérale*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 19.

⁹- A. Pirovano, *ibid*. L. Boy, « « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *op.cit*.

¹⁰- La doctrine emploie parfois l'expression « Régulation de la concurrence » en référence aux droits sectoriels. C'est vrai que le droit sectoriel puise ses sources du droit de la concurrence. V. *infra*.

¹¹- L. Boy, *Ibid.*, p.24

¹²- A. Jeanmeaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique : des concepts en jeu », in *Les transformations de la régulation juridique*, (s/dir.) G. Clam & G. Martin, L.G.D.J, Paris, 1998, p.53, cf. également, M-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », in M-A. Frison-Roche (s/ dir.), *Les régulation économiques : légitimité et efficacité*, éd. Dalloz, Paris, 2004, pp. 7-15 ; A. Laget-Annemayer, *La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité*, L.G.D.J, Paris, 2000, p. 2. Du fait de multiples usages qu'elle

connait dans le langage des sciences sociales, certains ont pu caricaturer en parlant « *d'anarchie sémantique* », V. C. Champaud, « Régulation et droit économique », *RIDE*, n°1, 2002, p. 32.

¹³- G. Clamour, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Montpellier I, 2004, p. 646. Le professeur, Laget-Annamayer Aurore, retient comme étymologie le latin « *regula* » (la règle, norme), et « *regere* » (diriger), in *La régulation des services publics en réseaux...*, *op.cit.* p. 3.

¹⁴- G. Clamour, *Ibid.*, p.646.

¹⁵- *Ibid.*, V. également, J. Massot, « Les fondements des pouvoirs régaliens de l'Etat sur les marchés », in, *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, Colloque de l'Association Droit et démocratie, *LPA* 17 sept. 2001, n° 185, p. 6.

¹⁶- Aux Etats-Unis, et durant une bonne partie du 20^{ème} siècle, la régulation a signifié la constitution de certaines entreprises privées en monopoles nationaux (privés) soumis au contrôle de la puissance publique, pour des raisons d'*intérêt général*. C'est au regard de cette acception qu'il faut ainsi comprendre la politique de « *deregulation* » qui a consisté en un démantèlement des monopoles publics ; une politique initiée sous la présidence de *Ronald Reagan*. Cf. F. Van Cauwelaert, *La liberté des opérateurs sur le marché : Etude de droit de la concurrence*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006, p.362 et ss., Voir également, Sur l'ensemble de la question, voir, B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, éd. Dalloz et PNESP, Paris, 2004, p.481 et s ; A. Laget-Annamayer, *Régulation des services publics en réseaux...*, *op.cit.* p.4

¹⁷- Cf. J. Chevallier, « Les enjeux de la dérèglementation », *RDV*, 1987, p. 281

¹⁸-S. Braconnier, « La régulation des services public », *RFDA*, 2001, p.45

¹⁹- F. Gazier & Y. Connac, *Etude sur les autorités administratives indépendantes*, EDCE, 1983-1984, n° 35

²⁰- M-A. Frison-Roche, « Les différentes définitions du droit de la régulation », in Colloque DGCCRF sur : *La régulation : monisme ou pluralisme ?*, *LPA*, n° 83, 1998, p.5

²¹- *Ibid.*

²²- *Ibid.*, p. 6

²³- J. Carbonnier, « Exorde », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Litec, Paris, 1996, p.2.

²⁴- F. Terré, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, *Ibid.*, p. 5 et s.

²⁵- Cf. G. Majone, « Innovations politiques et retards institutionnels », in D. Vandamme et F. Van der Mensbrughe (s/dir.), *La régulation des services publics en Europe*, *op.cit.* p. 359.

²⁶- En Afrique, la législation du Bénin, par exemple, est explicite quant à la disparition de la régulation sectorielle ; le législateur béninois a institué une autorité de régulation des télécommunications nommée formellement *autorité transitoire de régulation de la poste et des télécommunications* (ATRPT), créée par décret n°2007-209 du 10 mai 2007, www.atrpt.bj/autorité

²⁷- Directive 2002/19 du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, (Point 13 de l'exposé des motifs), *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002, p.37

²⁸- Voir, N. Hoberdon, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : recherche sur un ensemble juridique cohérent*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris-Dauphine, 2010, p.334 et s. Cf. également, G. Dezobry, « L'indépendance des autorités de régulation économiques à l'égard des opérateurs régulés », *RFAP*, n°143, 2012/3, pp. 645-654, voir également, D. Brian-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RIDE*, 2007, p. 348

²⁹- Art. 16 de la Directive 2002/21/CE, *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002, p.37.

³⁰- N. Hoberdon, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle...op.cit.*, p. 335.

³¹- Voir le commentaire de D. Brian-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *op.cit.* p. 349

³²- M-A. Frison-Roche, « Les différentes définitions de la régulation », *op.cit.* p.5

³³- *Ibid.*p.5. Dans le même sens, le Conseil d'Etat français explique que, le processus de démonopolisation implique une évolution en trois phases : 1- la régulation de l'entrée, 2- la

régulation de la dominance dans lesquelles, le régulateur produit des normes permettant l'arrivée de nouveaux opérateurs et procéder à des arbitrages et enfin, 3-la régulation de la concurrence dans laquelle, l'utilité du régulateur tend à diminuer pour laisser le relais aux mécanismes du droit de la concurrence. Voir, Rapport du Conseil d'Etat Français, *Les autorités administratives indépendantes*, La documentation française, Paris, 2001, p.388.

³⁴ - Sur la question des liens entre droit de la concurrence et régulation sectorielle, voir, N. Hoberdon, *Droit de la concurrence et régulation sectorielle :...op.cit*, p. 330 et s.

³⁵ - Le Kaïros est le temps de l'occasion opportune. " Il qualifie un moment, en mathématique on pourrait dire un point d'inflexion, comme en physique un moment de rupture dans un sens ou dans un autre à partir d'un barycentre par nature toujours en mouvement. Dans le langage courant, on parlerait de point de basculement décisif, avec une notion d'un avant et d'un après". Voir sur la définition, Dictionnaire Le Robert, 2010.

³⁶ - M.-A. Frison-Roche, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (s/dir), *Les engagements dans le système de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2006, pp.32-51.

³⁷ - Cf. J. Chevallier, « Etat et ordre concurrentiel : rapport introductif », in *L'ordre concurrentiel*, *op.cit*, p. 53. L'auteur, en affirmant que l'Etat est mis en concurrence, explique que la pénétration de la logique concurrentielle dans celui-ci "se traduit essentiellement par la fin des privilèges dont bénéficiait les services publics économiques : dès l'instant où il entre dans la sphère des activités économiques, c'est-à-dire s'engager à offrir des biens et services sur un marché, l'Etat est tenu de se plier à la loi de la concurrence qui commande ces activités"

³⁸ - Voir par exemple, l'article 13 de la loi 2000-03, *op.cit*

³⁹ - R. Zouaïmia, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, éd. Belkeise, Alger, 2012, p. 195.

⁴⁰ - Cf. G. Dezobry, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard des opérateurs régulés », *op.cit*, p. 647.

⁴¹ - Cons. conc, avis n° 05-A-03, 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L.37-1 du code des postes et des communications électroniques, (point n° 100), www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05a03.pdf

⁴² - En attendant que cela soit réalisé, le constat qui s'impose est que, l'état de la concurrence actuelle sur le marché des télécoms est contraire aux objectifs tracés par la loi 2000-03, notamment celui du développement et de la fourniture des télécommunications de qualité assuré dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires dans un environnement concurrentiel. Cf. N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Tizi-Ouzou, 2014, p. 138 et s.

⁴³ - Si l'on peut évoquer la thèse de la suppression des autorités de régulation, force est de constater qu'à travers les expériences des pays anglo-saxons en la matière, aucune autorité sectorielle n'a cédé sous le profit de l'autorité générale de la concurrence. La premières *independent agencies* américaines ont été créés au début du 20^e siècle : à titre d'exemple, l'*interstate commerce commission (ICC)*, comme autorité administrative a été créé en 1887 ; la *Securities and exchange commission (commission des bourses de valeurs)* créé en 1934. Cf. F. Moderne, « Les modèles étrangers : étude comparée », in C.-A. Colliard & G. Timsit (s/dir), *Les autorités administratives indépendantes*, Puf, Paris, 1988, pp.186-221 ; P.-H. Conac, « Un exemple étranger : la SEC aux Etats-Unis », in *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, éd. Economica, Paris, 2002, pp. 34-42

⁴⁴ - Voir, L. Boy (*au sujet de l'ordre concurrentiel*), « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », *op.cit*, p.40

⁴⁵ - Le professeur Jacques Chevallier écrit à ce propos qu'il ne faut pas amalgamer purement et simplement ordre concurrentiel et ordre étatique : la différence de logique, l'opposition des réalités substantielles bel et bien ; chacun des ordres a seulement besoin de l'autre. C'est donc un rapport

dialectique qui les unit (Le développement résulte de l'équilibre établi entre le marché et le droit conçu comme instrument de régulation des rapports sociaux) ; selon que le développement penche du côté du marché ou du côté du droit, l'équilibre entre les composantes du triptyque changera. Voir, J. Chevallier, « Etat et ordre concurrentiel : rapport introductif », in *L'ordre concurrentiel*, *op.cit.*, p. 9. et s.

⁴⁶- A. Aurélien, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, L.G.D.J, Paris, 2009, p. 10., Cf. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence...*, *op.cit.*, p. 172, sur la notion d'intérêt général, voir, CE. *L'intérêt général*, La documentation Française, 1999. L'administration tire sa légitimité de la référence à la notion d'intérêt général. Ce dernier imprègne chaque facette de l'activité administrative. V. J.-L. Autin & C. Ribot, *Droit administratif général*, 2^e éd. Litec, Paris, 2003, p.156.

⁴⁷- A. Sée, *La régulation du marché en droit administratif : Etude critique*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Strasbourg, 2010, p. 181

⁴⁸- G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347

⁴⁹- Le juge en est détenteur puisqu'il prononce des décisions au nom du peuple ; le législateur, en adoptant des textes qui s'imposent à tous, sous peine de sanction, use de prérogatives de puissance publique pour organiser la société entière.

⁵⁰- Cf. R. Zouaïmia & M-C. Rouault, *Droit administratif*, éd. Berti, Alger, 2009, p.150. Les autorités de régulation cumulent plusieurs fonctions. Ce cumul de fonctions multiples est l'une des caractéristiques essentielles de la fonction de la régulation.

⁵¹- G. Lebreton, *Droit administratif général*, 4^e éd. Dalloz, Paris, 2007, p. 210 ; V. dans le même sens, Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 18^e éd. L.G.D.J, Paris, 2005, p.260. Cf. également, R. Zouaïmia & M-C. Rouault, *Droit administratif*, *Ibid.*, p.150.

⁵²- Pour une analyse différente, V. M-A Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends : entre office de régulation et office juridictionnel civil, in *Les risques de régulation*, (s/dir) M-A Frison-Roche, Presses de Sc. Po – Dalloz, 2005, p.269. L'auteur considère que les actes de régulation seraient en réalité des actes juridictionnels.

⁵³- N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, *op.cit.*, p. 249.

⁵⁴- *Ibid.*, p. 252 et s.

⁵⁵- M.-J. Guedon., *Les autorités administratives indépendantes*, coll. Système, L.G.D.J, Paris, 1991, p.99.

⁵⁶- J.-L. Bergel., « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative : Essai de synthèse », *RRJ*, n°5, 2001, pp. 2373-2380.

⁵⁷- A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux...op.cit.*, p.348 et s.

⁵⁸- Voir, décret exécutif n°96-102 du 11 mars 1996 portant application de l'article 32 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilière, *JORA* n°18 du 20-03-1996.

⁵⁹- V. l'article 65 de l'ordonnance 03-11 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n° 52 du 27-08-2003, modifiée et complétée par ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2010, *JORA* n° 44 du 26-07-2009, modifiée et complétée par ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010, *JORA* n°50 du 1er septembre 2010.

⁶⁰- V. N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, *op.cit.*, p.255 et s.

⁶¹- Décision n° 03/SP/PC/ARPT/ du 08 Juillet 2002 relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, www.arpt.dz/. Exemples de décisions à caractère réglementaire prises par l'ARPT : Décision n° 2 /SP/PC/ARPT/ 03 du 30 juin 2003 relative aux règles applicables par les opérateurs de télécommunications pour la tarification des services fournis au public, www.arpt.dz ; Décision n° 02/SP/PC/ARPT/03 du 30 juin 2003 relative aux règles applicables par les opérateurs de télécommunications pour la tarification des services fournis au public, www.arpt.dz/

⁶²- Cf. N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, op.cit, p. 254 et s. Une technique qui s'inspire de l'expérience de l'autorité de régulation des télécommunications française. Pour plus de détails sur ce point, voir, R. Mettoudi, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Nice, 2004, p.357.

⁶³- Sur la question, voir, J.-M. Février., *Recherche sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, éd. L'Harmattan, Paris, 2000, p.40 et s.

⁶⁴- L'attribution d'un tel pouvoir aux autorités de régulation n'a pas manqué de susciter des discussions doctrinales en ce qu'elle conduit à un « un émiettement de l'Etat (qui) prive le gouvernement d'une partie de son pouvoir réglementaire ». En France, Le Conseil Constitutionnel a eu à se prononcer sur la conformité à la Constitution, de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à ces autorités. Il a estimé dans sa décision du 17 janvier 1989 relative au CSA que les dispositions de l'article 21 de la constitution de 1958 ne font pas obstacle à ce que le législateur confère un pouvoir réglementaire à une AAI. Le conseil a toutefois, posé certaines conditions : Il doit s'agir d'un pouvoir d'application des lois et non d'un pouvoir réglementaire autonome ; il doit s'exercer dans le respect des lois et décrets ; ce pouvoir ne doit porter que sur des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu. Il s'agit donc d'un pouvoir étroitement spécialisé. V. C. Const. n°88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi 86-1067 du 30-09-1986 relative à la liberté de communication, Considérant n° 15, www.conseil-constitutionnel.fr/. Sur les débats doctrinaux, V. par exemple, A. Haquet, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes : réflexion sur son objet et sa légitimité », RDP, n°2, Mars 2008, p.393, M. Degoffe, « Constitution et compétences normatives économiques des autorités de régulation », LPA, n° 16, 22 janvier 2009, p. 18. Le professeur Rachid Zouaïmia écrit que pouvoir réglementaire confié aux AAI en Algérie « ne diffère en rien de celui qu'exercent d'autres autorités et ne porte pas atteinte à la position éminente du Premier ministre que lui confère l'article 125 de la constitution », in, « Réflexion sur le pouvoir réglementaire des AAI », *Revue critique de droit et sciences politiques*, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n° 2, 2011, pp.7-39., cf. p.22.

⁶⁵- V. CE. Rapport public, *Le pouvoir de sanction de l'administration*, 1995, La documentation française, p. 35-36. C'est par sa finalité répressive que la sanction administrative se distingue d'autres décisions administratives, comme les mesures de police ou les mesures restitutives. V. dans ce sens, F. Moderne, *Sanction administrative et justice constitutionnelle*, éd. Economica, Paris, 1993, p. 36 et s.

⁶⁶- Cf. J-L De Corail, « Administration et sanction : réflexion sur le fondement du pouvoir administratif de répression », in *Mélanges René Chapus*, LGDJ, Paris, 1992, p.103 ; Cf. également, M. Degoffe, « L'ambiguïté de la sanction administrative », AJDA, 2001, n° spécial, p. 27.

⁶⁷- A. De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 8^e édition, Paris, 1980, p 333.

⁶⁸- Cf. L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2008, p. 516.

⁶⁹- Cf. C. Teitgen-Colly, « Sanction administrative et autorités administratives indépendantes », LPA, Janvier 1990, p.25.

⁷⁰- Art. 45 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORA n° 43 du 20/07/2003 (modifiée et complétée). Sur la base de ces dispositions, lors d'une affaire soumise à son appréciation, le Conseil de la concurrence algérien a ordonné l'entreprise ENIE de mettre fin immédiatement aux pratiques auxquelles elle s'est livrée en plus d'une amende à payer. Voir, Décision n° 99 D 01 du Conseil de la concurrence relative aux pratiques mises en œuvre par l'entreprise nationale des industries électroniques (E.N.I.E) Unité de Sidi-Bel-Abbès. Sur la question, voir, N. Arezki, *Contentieux de la concurrence*, Mémoire de magister en Droit, Université de Béjaïa, 2011, p.119.

⁷¹- Cf. D. Chagnollaude, « La sanction (administrative) et le juge constitutionnel : Montesquieu malgré tout ? », in « Les sanctions », Justice et cassation, Dalloz, 2005, p.26 ets. V. décision du

Conseil Constitutionnel relative au CSA. C. Const. 88-248 DC du 17 Janvier 1989, note B. Genevois, *RFDA*, n° 5, 1989, p.215. Sur la question de la validité d'un tel pouvoir en droit algérien, V. R. Zouaïmia, « Les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique », *Revue Idara*, n° 28 (spécial), 2004, pp. 123-165, V. également, N. Berri, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, *op.cit.*, p.264 et s.

⁷²- Cf. R. Zouaïmia, « Les fonctions arbitrales des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Mohand Isaad*, éd. AEJD, Alger, 2011, pp. 541-577 ; Cf. également, E. Rolin, « Les règlement de différents devant l'ART », in M-A Frison-Roche (S/dir.), *La régulation : efficacité et légitimité*, Presses de Sc. Po et Dalloz, Paris, 2004, pp. 149-173.

⁷³- M-A. Frison-Roche, « Arbitrage et droit de la régulation », in M-A. Frison-Roche (s/dir.), *Les risques de régulation*, Presses de Sc. Po. & Dalloz, Paris, 2005, pp 223-251.

⁷⁴- Aux termes des articles 1007 & 1011 du code de procédure civile et administrative, c'est le contrat conclu entre les parties qui est à l'origine de ce moyen de résolution des litiges, V. Code de procédure civile et administrative, *JORA* n° 21 du 23 Avril 2008.

⁷⁵- M-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends : entre office de régulateur et office juridictionnel civil », in M-A. Frison-Roche (s/dir.), *Les risques de régulation*, *op.cit.*, p.170.

⁷⁶- En témoigne la décision rendue par l'ARPT en 2002, portant les règles de procédure applicables en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage. Décision précitée.

⁷⁷- Cf. N. Berri, « Le règlement des différends devant l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications », in Actes du colloque national sur *les autorités de régulation indépendantes*, Université de Béjaïa, Mai 2007, pp. 65-84

⁷⁸- M-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends... », *Ibid.*, p.174

⁷⁹- Cf. S. Guinchard, « L'évitement du juge civil », in J. Clam et G. Martin (s/dir.), *Les transformations de la régulation juridique* coll. Droit et société, Recherches et travaux, L.G.D.J, Paris 1998, p.221 et s.

⁸⁰- Cf. R. Mettoudi, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité...*, *op.cit.*, p.111, le Professeur Zouaïmia Rachid souligne qu'un tel transfert de compétences est lié aux exigences de la régulation du marché, in « Les fonctions arbitrales des AAI », *op.cit.*, p. 556

⁸¹- Sur la question, Voir, CE, Rapport public, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La documentation française, Paris, 1993, p.132 et s.

⁸²- C. Champaud, « L'idée d'une magistrature économique : bilan de deux décennies », *Revue Justice*, n° 1, 1995, p. 61.

⁸³- M-A. Frison-Roche, « Vers le droit processuel économique », *Revue Justice*, n° 1, 1995, pp. 20-34 ; Le droit processuel constitue "un concept commun à tous types de procédure" et par conséquent un concept approprié pour étudier un contentieux décrit volontiers comme étant singulier et hybride. V. M.-C. Boutarde Labarde & Y. Gaudemet, « Le Contentieux des sanctions pécuniaires du Conseil de la concurrence », *LPA*, 25 avril 1990, p.7 ; voir également, C. Delicostopoulos, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, LGDJ, Paris, 2002, p. 280 et s.

⁸⁴- Possibilité déduite de l'article 1^{er} de la décision de l'ARPT relative aux procédures en cas de litige en matière d'interconnexion et en cas d'arbitrage, *décision précitée*.

⁸⁵- Cf. M.M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique », *op.cit.*, p. 281. Les décisions rendues par l'ARCEP dans le cadre d'arbitrage, sont qualifiées par la Cour d'Appel de Paris comme étant d'ordre public. V. A. Sée, *La régulation du marché en droit administratif*, *op.cit.*, p. 193.

⁸⁶- Selon un auteur « l'enjeu de la concurrence étant de s'assurer la clientèle des consommateurs, toute disposition du droit de la concurrence concerne dans ses effets, au moins indirectement, les consommateurs ». V. I. Moreau, « La saisine du conseil de la concurrence par les organisations des consommateurs », *Petites Affiches*, 15 mai 1987, p. 16.

⁸⁷- Voir, l'article 44 de l'ordonnance 03/03 relative à la concurrence, *op.cit.*

⁸⁸- Le principe de légalité administrative désigne globalement la soumission de l'administration au droit. Cf. B. Braibant Stirn, *Le droit administratif français*, 7^e éd. Sc. Po. & Dalloz, Paris, 2005, p.231.

⁸⁹- M.-J. Guedon, *Les autorités administratives indépendantes*, *op.cit.*, p.125.

⁹⁰- J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDJ*, 1988, p. 1213.

⁹¹- F. Dupuis-Tobaul, « Le juge en complémentarité du régulateur », in M.-A. Frison-Roche, (s/dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, *op.cit.*, pp.132-134.

⁹²- A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics...*, *op.cit.*, p. 448.

⁹³- Cf. R. Zouaïmia & M.-C. Rouault, *Droit administratif*, *op.cit.*, p.257. Cf. également, G. Peiser, *Contentieux administratif*, 9^e éd. Dalloz, 1995, p. 136 ; A. Van-Lang et al. *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd. Armand Colin, Paris, 1999 p.29.

⁹⁴- Voir par exemple, CE. 27 juillet 1998, n° 172994 ; CE. 17 janvier 2000, n° 182491, in *Revue du Conseil d'Etat*, n° 1, 2002, p.38 et 109. Le Conseil d'Etat Français a estimé que " *Le gouvernement ne peut ni dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome (...), ni dans celui qu'il pourrait détenir par voie d'ordonnance, soustraire certains actes au contrôle juridictionnel, soit en prononçant la validation de certaines décisions, soit en excluant le recours pour excès de pouvoir*", C.E 24 novembre 1961, *Féd. nat. Synd. Police, D*, 1962, p. 44, cité par G. Peiser, *Contentieux administratif*, *op.cit.*, p.136.

⁹⁵- Cf. R. Zouaïmia & M-C Rouault, *Droit administratif*, *op.cit.*, p.257

⁹⁶- Sur le sujet voir, G. Peiser, *ibid.* p.153 ; R. Zouaïmia (R.) & M-C. Rouault, *Ibid.* p.258

⁹⁷- M. Bazex, « Le droit public de la concurrence », *LPA* du 4 avril 1998, p. 789.

⁹⁸- En Tunisie, la loi sur les télécommunications dispose que « *les décisions de l'instance sont susceptible de pourvoi en appel devant la Cour d'appel de Tunis* » ; Article 73 de la loi n° 1-2001 du 15 janvier 2001 portant promulgation du code de télécommunications ; Au Maroc, les recours pour excès de pouvoir contre les décisions de l'ANRT sont portés devant le tribunal administratif de Rabat, Article 3 de la loi n° 55-1 promulguée par le Dahir n°1-04-154 du 4 novembre 2004.

⁹⁹- Cf. L. Guillaum, « L'application des règles de concurrence par le juge administratif », *Droit administratif, droit des affaires*, 24 mars 2010, www.etudesdedroit.com. Cf. également, N. Mouy, « L'utilisation des concepts économiques de l'analyse concurrentielle par le juge administratif », *JCP*, la semaine juridique, édition Administrations et collectivités territoriales, n°44-45, octobre 2007, p.2289 ; L. Richer, « Le juge économiste », *AJDA* 2000, p.700 ; J-Y. Chérot, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA* 2000, p. 687

¹⁰⁰- MM. Salah, « Les transformations de l'ordre public économique », *op.cit.*, p. 289.

¹⁰¹- Cf. T. Penard & N. Thirion, « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », in N. Thirion (s/dir.) *Libéralisations, privatisations, régulations : aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, éd. Larcier, Bruxelles, 2008, p.85

LA PROCEDURALISATION, PARADIGME D'UN DROIT NOUVEAU*

HAMMADI Nadia Khadoudja
Faculté de Droit et des Sciences
Politiques Université de Mostaganem

حمادي نادية خدوجة
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
مستغانم

Résumé

La procéduralisation est un nouveau mode de régulation qui encadre le processus d'élaboration et de mise en œuvre de normes juridiques et para juridiques, par le biais d'instances aux fonctions normatives avérées, dans le cadre de procédures formelles et substantielles qui en assurent la légitimité. C'est en cela que la procéduralisation apparaît comme le paradigme d'un droit nouveau, celui de la postmodernité.

Mots clés

Procéduralisation, postmodernité, flexibilité, régulation, para juridique, procédures.

Procéduralisation, paradigm of a new law

Abstract

Proceduralisation is a new mode of regulation which governs the process of development and implementation of legal and para legal norms, through instances that have normative functions, in the framework of formal and substantive procedures to ensure legitimacy. This is why proceduralisation appears as the paradigm of new law, that is postmodernity.

Key words

Procéduralisation, postmodernity, flexibility, regulation, para legal, procédures.

ملخص

مع تطور المجتمع، ظهرت حدود القانون الحديث في تنظيم مظاهر حياة جديدة شديدة التعقيد. هذه المظاهر انبثقت من أسس مختلفة و متعارضة في غالب الأحيان،

* Article reçu le 12/05/ 2014, expertisé le 20/07/2014, rendu publiable le 03/05/2015

زادها تعقيدا خضوعها لحتميات العولمة. فلم تتمكن دوغمائية القانون الحديث و لا جمود قواعده العامة والمجردة و لا طرق ضبطه التقليدية من تنظيم هذا الواقع المتشعب.

لذلك، ظهر القانون بوجه جديد، سمي بقانون ما بعد الحداثة، قانون مرن، قادر على التكيف و مسايرة الواقع، رغم تشعب الظواهر التي تستدعي المعالجة القانونية. فاستعان هذا القانون بمنهاج جديد لضبط العلاقات بين الأفراد في المجتمع، سمي هذا المنهاج بالإجرائية. من ثمة، فإن الإجرائية تلعب دورين؛ الأول يسمح لها بتحليل التغيرات التي يشهدها القانون من حيث طبيعته، هيكله و وظائفه، الثاني يسمح لها بضبط العلاقات القانونية رغم تعارض الأسس التي تقوم عليها. بهذا، تظهر الإجرائية كمؤشر لتتبع التحولات العميقة التي تشهدها الظاهرة القانونية من خلال نشوء قانون ما بعد الحداثة.

الكلمات المفتاحية

الإجرائية، ما بعد الحداثة، المرونة، الضبط، القاعدة الشبه القانونية.

Introduction

La problématique de l'essor de la procédure, dans un environnement marqué par la complexité, s'inscrit dans le débat autour de l'évolution du droit. Son essor est tel que les juristes parlent volontiers de procéduralisation du droit, au point d'en faire le paradigme d'un droit nouveau. Le débat est justement là, la procéduralisation constitue-t-elle un modèle nouveau de régulation (II) ou le cadre d'analyse d'un droit nouveau (I) ? Ce débat est particulièrement intense en droit de la santé qui comprend non seulement la régulation du secteur pharmaceutique, mais aussi la réalisation d'essais cliniques en matière de recherche et de production de produits pharmaceutiques à usage de la médecine.

Le terme procéduralisation fait partie de ces néologismes qui, à l'instar d'autres termes comme « mondialisation », « instrumentalisation », « judiciarisation », évoquent une dynamique, un changement en cours, ou une stratégie entamée et que l'on retrouve dans le jargon des juristes attentifs à l'évolution que connaissent les concepts¹. C'est dans cette dynamique, dans ce changement qu'apparaissent les origines de la procéduralisation.

En effet, la procéduralisation trouve ses origines dans le passage du droit moderne au droit postmoderne. Avec l'avènement de l'Etat providence, la puissance

normative du droit moderne perdit les attributs qui faisaient de lui l'instrument de régulation et d'encadrement idéal. L'instrumentalisation du droit vu comme un moyen d'action de l'Etat a eu des conséquences néfastes sur la règle de droit. La rationalité de la loi ne se présuma plus, la règle produite, jusqu'alors caractérisée par sa systématisme, sa généralité et sa stabilité, fut critiquée².

Sa légitimité ne lui fut plus acquise. Seule son efficacité la rendait légitime. En même temps, La théorie des droits subjectifs fut vivement critiquée au sein de la doctrine juridique qui affirma que le droit devait prendre racine dans le groupe social car « c'est l'état de conscience de la masse des individus composant un groupe social donné qui est la source créatrice du droit : il y a en effet droit quand cette masse comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut-être socialement organisée. C'est à ce moment précis que la simple norme sociale, fondée sur la solidarité et l'interdépendance se transforme en norme juridique. »³ Le droit social se substitua ainsi au droit naturel.

Ce fut l'âge de gloire des droits-créances qui se traduisirent par un pouvoir d'exigibilité vis-à-vis de l'Etat et s'étendirent à l'infini. Ainsi, petit à petit la règle de droit perdit ses attributs et l'Etat ne fut plus source unique de normativité.

Ce fut La crise de la modernité juridique qui annonça le passage à une conception nouvelle du droit dans le cadre de ce qui a été appelé la postmodernité.

La postmodernité signifie que tout droit est relatif, qu'il existe un pluralisme des sources, qu'un retour au pragmatisme s'impose et qu'on ne peut plus traiter du droit sans gérer le processus de création des normes juridiques⁴.

Les mouvements de l'économie moderne, les révolutions technologiques, leur incidence sur les modes de vie et le travail, les découvertes scientifiques, tout cela a fait que le droit a été menacé de manque d'adaptation et d'inadéquation. Par ailleurs, la société postmoderne fait face à une crise du lien politique car le citoyen est plus cultivé et informé qu'il ne l'a jamais été.

Les scandales politico judiciaires s'enchaînant, la société se méfie des élites politico-administratives et attend d'être efficacement protégée par l'Etat⁵.

Le législateur s'est trouvé contraint de proposer des solutions pour éviter les conséquences liées aux incertitudes sociales qui entraînent des réactions passionnelles.

Il opte pour la dérèglementation. Le mouvement de dérèglementation ne doit pas être confondu avec la dérégulation car la dérèglementation est un mouvement de régulation qui subit, en même temps que les transformations du phénomène juridique, des changements dans ses modalités.

L'ordre juridique change alors d'aspect et de nature. Il n'est plus fondé sur l'uniformité, la rigidité, la hiérarchie à la verticale. Il devient réglé autour de la diversité, de la souplesse et de la coordination à l'horizontale⁶.

La procéduralisation apparaît dès lors, comme un modèle alternatif né du glissement de l'Etat libéral vers l'Etat social, puis de la crise de cet Etat social. En se différenciant de la dérégulation, la procéduralisation ne marque pas un renoncement de l'emprise du droit sur le contenu des actions. Cette emprise est bien présente, sauf qu'elle s'opère de manière originale en imposant aux personnes non pas ce qu'il faut faire, mais comment il faut le faire⁷.

D) La procéduralisation, cadre d'analyse d'un nouveau droit

La procéduralisation peut être conçue comme une méthode, un cadre d'analyse d'un modèle de droit nouveau, modèle vers lequel il s'agit de tendre, différent en tout du droit règlementaire moderne. Ce droit succède à un droit abstrait, général et permanent. Il se caractérise par « son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir »⁸.

Cette conception se projette à travers la dynamique qui anime la procéduralisation et qui permet donc ce passage d'un modèle classique de la réalisation méthodique du droit à un autre modèle procédural basé sur la contextualisation.

Elle s'articule techniquement autour de la règle de droit, ainsi qu'autour de sa production et plus globalement autour des rapports de droit⁹.

a. D'abord techniquement,

Selon la méthode classique de la réalisation méthodique du droit, la règle de droit est votée par le législateur ; Elle est abstraite, générale, et permanente.

Sa mise en œuvre dans un cas particulier s'opère par syllogisme judiciaire qu'élabore la procédure.

Dans cette conception, la procédure et le jugement servent la règle abstraite et générale en la mettant en œuvre. A l'inverse, dans le modèle procédural, la procédure n'est plus l'instrument de la mise en œuvre de la règle mais celui de sa mise en forme.

Les questions juridiques sont des questions concrètes, leur solutionnement passe par l'application de principes qui constituent des objectifs à atteindre.

Ce n'est plus au législateur qui raisonne en termes de règles générales et abstraites de les résoudre. La mission est dévolue à « des autorités spécialement habilitées qui, confrontées à des cas concrets, partiront de principes communément admis pour déboucher, à travers une logique et une démarche procédurales, à une décision »¹⁰.

La démarche consiste à faire participer à l'élaboration des normes leurs destinataires et cela à travers la consécration de procédures d'information, de concertation, de discussion, ou de négociation. Ainsi, la norme n'est pas définie par le législateur, elle n'est pas laissée à l'appréciation de l'autonomie de la volonté ni au choix de la liberté contractuelle.

Elle est élaborée aux termes d'une discussion organisée avec ceux auxquels elle est destinée à être appliquée ou leurs représentants, dans un contexte d'application précis et unique. C'est précisément ce respect de la procédure qui assure à la norme sa légitimité.

Cette approche s'applique aussi à l'élaboration des actes juridiques. Il ne s'agit pas seulement de dicter aux individus ce qu'il faut faire, mais comment il faut le faire. A partir de là, c'est le respect d'un processus qui va conditionner la validité ou l'efficacité de l'acte et les règles de procédure vont s'apparenter à des règles de fond.

b . Ensuite globalement,

La procéduralisation est le signe de changement de conceptions des rapports de droit¹¹. Ce changement est dû à l'intervention des dimensions économiques et sociales dans ces rapports. La pensée économique a fait son apparition dans le droit avec l'intégration dans le discours juridique de deux concepts ; l'entreprise et le marché. La juridicisation¹² de l'entreprise a permis de privilégier la réalité de l'exploitation au sujet de droit qui en est le support. La régulation du marché a permis, quant à elle, de garantir, dans une économie de marché notamment, l'effectivité de la liberté contractuelle, malgré l'équilibre apparent des relations qui s'y nouent.

Dans les deux cas, au delà des catégories de droit habituelles, c'est le réel qui est saisi. Le rapport entre deux sujets de droit laisse place à un rapport entre deux entités économiques.

L'approche de la régulation devient concrète, elle ne se suffit plus d'un examen de la validité du rapport contractuel, elle passe par une appréciation de son objet, de ses effets, de son incidence sur le libre jeu de la concurrence par rapport au pouvoir de chacun sur le marché.

Dans ce cas, l'approche est contextuelle.

Elle se réalise à travers l'intervention d'agents spécialisés qui ont les compétences requises, elle se traduit par l'utilisation de notions souples. Quant aux sanctions, elles sont modulables et adaptées aux objectifs poursuivis.

Dans un même temps, la dimension sociale a elle aussi intégré les rapports de droit. Le rapport de droit lie une partie faible à une partie forte.

Ce rapport de force ou de faiblesse se mesure en fonction d'éléments extérieurs tels que le contexte économique, social et culturel dans lequel évoluent les parties au contrat. Ainsi, le sujet de droit n'est plus une simple abstraction, il devient une partie dans un rapport de force.

De là, il ressort parfaitement que l'essor de la procéduralisation est lié à la complexité de l'environnement à laquelle la simplicité du raisonnement juridique classique ne peut s'adapter et le réel ne peut plus être encadré par des règles générales, abstraites et déterminées à l'avance¹³.

Cette incapacité de la méthode classique de réalisation du droit à encadrer les rapports de droit et à fixer des règles à l'avance est expliquée par les raisons suivantes¹⁴:

D'abord, le raisonnement juridique classique et les méthodes qui permettent sa mise en forme et sa mise en application sont submergés par l'incorporation au droit de logiques qui lui sont étrangères : économique, sociologique, psychologique.

Cette incorporation a fait voler en éclat la simplicité du raisonnement juridique et a remis en question la division des tâches sur laquelle repose la réalisation et la mise en application des normes juridiques.

Ensuite, l'application du droit à la vie sociale est commandée par des raisonnements conséquentialistes, c'est-à-dire par la prise en considération des conséquences prévisibles de l'action. Cela rend inadéquate la démarche normative consistant à définir d'une manière a priori, générale, fixe, abstraite et permanente, les règles de droit.

La décision juste ne peut être définie que par référence à d'autres savoirs et dans une situation précise.

Enfin, dans un environnement en constante évolution, le facteur temporalité est largement imprévisible.

Des situations nouvelles peuvent surgir où les informations manquent. Il est donc inadéquat de raisonner sur des solutions pré structurées.

La démarche procédurale permet justement d'intégrer ces paramètres dans la prise de décision et son application, ces paramètres qui sont autant de contraintes, à savoir la référence à des savoirs divers, la validité de la décision au regard du système normatif auquel la règle renvoie, la prise en compte des intérêts de ceux que la décision concerne, le respect de leurs droits fondamentaux et du principe d'égalité.

Ce travail de la procéduralisation se concrétise par la production de normes souples, flexibles et adaptables.

c. La production de normes juridiques et para-juridiques :

La procéduralisation se manifeste à la fois au niveau de l'élaboration des normes ainsi qu'au niveau de leur teneur plus attachée à poser des règles procédurales que des règles matérielles¹⁵.

Il n'empêche que la logique procédurale s'allie à la logique substantielle fondée sur les valeurs pour légitimer tant la norme juridique que la norme para-juridique.

La complexité du réel a montré les limites de la loi à régir les rapports de droit dans leur contexte pour un maximum de justice.

Pour cela, l'ordre juridique a fait appel à d'autres normativités. Selon Kelsen, « les normes juridiques ne sont pas les seules normes qui règlent la conduite réciproque des hommes, c à d les normes sociales »¹⁶.

La normativité juridique n'est donc qu'une espèce parmi d'autres dans l'ensemble de la normativité. Les critères de distinction des différentes normativités sont différents.

En partant du critère de l'efficacité et de la contrainte, quatre types d'ordres normatifs peuvent être dégagés¹⁷: le droit qui réunit les critères de l'efficacité et de la contrainte, les quasi-ordres juridiques où l'on retrouve la contrainte sans l'efficacité, la morale sociale qui regroupe les règles d'efficacité sans contrainte, la morale individuelle où on ne retrouve ni efficacité, ni contrainte.

D'une façon plus fréquente, la classification des normes est rattachée à l'origine de la norme et à la matière dont elle relève.

Seront ainsi décrites les normes éthiques, juridiques, techniques, scientifiques, religieuses, sociales et autres. C'est pour cela qu'il existe différentes fonctions normatives : commander, permettre, habiliter, abroger.

De la fonction normative, la norme apparaît comme un modèle comportemental¹⁸, en ce sens qu'elle a vocation à être suivie d'effet et à susciter des comportements conformes à son contenu alors même que ces comportements dépendent de l'adhésion des destinataires de la règle. « C'est pourquoi, toute règle de conduite vouée à guider les comportements est normative »¹⁹.

Pour répondre à cette structure complexe du réel, Ch. Perelman propose deux principaux rouages qui fabriqueraient les normes ; il s'agit des liaisons de successions et des liaisons de coexistence²⁰.

Les liaisons de successions concernent des évènements qui se suivent dans le temps, tels la cause et l'effet. Cette méthode permet de rechercher la cause à partir des effets, ou d'apprécier la cause par les effets selon la vision utilitariste ou l'argument pragmatique.

Les liaisons de coexistence visent quant à elles, une liaison entre deux réalités de niveau inégal, l'une étant la manifestation de l'autre qui est considérée comme plus stable et comme ayant une valeur explicative.

Quel que soit le rouage adopté, Kelsen définit la norme comme étant « quoi que non exclusivement, mais en premier lieu, un commandement, un ordre, une prescription »²¹.

Pourtant, la norme apparaît aussi en tant que modèle. Le commandement impose le respect d'une conduite à suivre d'une façon obligatoire.

Quant à la recommandation, tout en étant une règle de conduite, elle n'en est pas pour autant obligatoire puisqu'elle laisse à l'intéressé une marge d'appréciation. Mais elle reste tout de même une norme puisqu'elle concrétise un modèle à suivre.

Pour répondre aux attentes de souplesse et de flexibilité, la norme prend aussi la forme de standard juridique.

C'est une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé.

Cette technique convient aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler une règle à priori afin d'encadrer les comportements que doivent avoir les personnes visées.

C'est aussi une technique de renvoi d'un ordre normatif à un autre. Dans son application, le juge émet un jugement à partir d'éléments définis par un autre ordre normatif²².

C'est donc « une mesure majeure de conduite sociale correcte »²³.

Selon cette définition, le standard repose sur plusieurs caractéristiques ; il a un fondement consensuel, non un savoir positif.

Il évolue en fonction des connaissances et de l'environnement. Il est enfin relié à des situations concrètes.

Les standards sont divers et interviennent tantôt à travers une terminologie technique, ou scientifique, tantôt par l'apport d'adjectifs qualificatifs.

A titre d'exemple, le droit de l'expérimentation algérien s'articule autour de notions telles que « tenir compte de l'opportunité de l'acte médical à pratiquer », « la valeur scientifique du projet d'essai »²⁴ ou encore en matière d'essais cliniques « le dernier état de la recherche clinique et des connaissances scientifiques », « l'expérimentation pré clinique suffisante ».

Les normes édictées peuvent également être para-juridiques. Ce sont des normes qui ont été à l'origine élaborées par la communauté scientifique, professionnelle, ou encore médicale.

De nature professionnelle, elles ont pour rôle d'encadrer les nouvelles pratiques. Les comités, d'éthique notamment, ont favorisé l'intervention de la société civile dans les discussions notamment éthiques, ce qui a permis d'impliquer l'opinion

publique dans les questions qui touchent à toute forme d'organisation. Par ailleurs, les normes édictées par les comités d'éthique sont également des normes para-juridiques.

Ces normes apparaissent sous forme d'avis, de recommandations, de déclarations qui n'ont certes pas de valeur juridique tant qu'elles ne sont pas rattachées à un ordre juridique, mais contribuent pourtant à la constitution d'un système normatif, ne serait-ce que par l'influence qu'elles exercent sur les comportements étatiques, collectifs et individuels, et parfois même directement, soit en produisant des effets juridiques à des situations individuelles, ou collectives, soit en intervenant sur la base d'une habilitation délivrée par les autorités détentrices du pouvoir.

La procéduralisation du droit se retrouve dans la construction de ces normes para-juridiques qui, comme il ressort des avis, empruntent au raisonnement et au vocabulaire juridiques.

Si la norme para-juridique obéit à une procédure, elle est aussi un contenant. Les institutions consultées et chargées d'émettre un avis en marge du droit, se comportent manifestement en organes chargés sinon de dire le droit mais du moins de le préparer²⁵.

Pourtant, la relativité que présentent les caractères de souplesse et d'adaptabilité de ces normes s'accompagne d'imprévisibilité. Par ailleurs, la sanction n'étant pas connue d'avance, la sécurité juridique de la règle juridique est altérée, et le droit, censé être source de stabilité et de provisoire, s'installe dans le provisoire et l'incertitude.

Cette critique adressée à la procéduralisation conçue comme cadre d'analyse d'un nouveau droit sera-t-elle tempérée par l'autre conception de la procéduralisation en tant que nouvelle forme de régulation ?

II). La procéduralisation, nouveau mode de régulation.

La procéduralisation apparaît en tant que modèle de régulation comme une alternative aux formes de régulations traditionnelles qui reposent sur une conception formelle et matérielle²⁶. Elle peut être analysée comme un compromis entre ces deux modèles de régulation traditionnels²⁷.

a. La procéduralisation, un compromis entre les modes de régulation traditionnels.

Dans le cadre de la conception formelle, l'ordre juridique se contente de poser des exigences de forme et n'intervient pas dans le contenu des actions.

Les exigences de l'écrit sont des règles de forme qui ne font que constater une décision déjà prise. Cette conception formelle de la régulation s'inscrit dans la logique de l'Etat libéral qui laisse les parties libres de définir le contenu de leurs actions et n'intervient que pour s'assurer de la conformité de ce contenu avec leur volonté.

Le droit épouse ce mode de régulation par la consécration de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté.

La légitimité de l'acte relève de l'auteur de la norme, son support, son mode de production. En tant qu'autre alternative de la régulation, la méthode procédurale encadre l'ensemble du processus d'élaboration et d'application de la norme, de la phase préparatoire à la phase de réalisation.

En faisant intervenir les intéressés ou leurs représentants, en prenant en compte que des exigences de motivation et de consultation participent à la décision et peuvent même retentir sur sa validité, ou sur sa justification²⁸, en s'arrêtant à un contexte précis ; celui du moment, la méthode procédurale rend le système normatif plus pragmatique et lui permet d'intégrer d'autres systèmes normatifs grâce au phénomène d'internormativité.

D'un autre côté, la conception matérielle de la régulation veut que les normes soient principalement justifiées par leur contenu, c'est la loi qui définit elle-même la substance et le fond de l'action. Cette conception matérielle de la régulation est caractéristique de l'Etat social qui s'ingère dans le contenu des actions des parties en posant des interdictions et en définissant leurs intérêts. Son instrument privilégié pour cela est le statut.

Or, en se liant à la conception substantielle qui lui est forcément associée par l'intégration des valeurs et des droits fondamentaux soutenus par les destinataires de la décision, la conception procédurale va encore plus loin, car elle se veut fédératrice par « son impartialité, autrement dit, sa tolérance à l'égard des autres formes de la vie. »²⁹ Fédératrice pas dans le sens classique qui permet de faire coexister des libertés, mais fédératrice dans le sens où il s'agit, par la méthode procédurale, de garantir à chacun l'effectivité de ses droits.

La démarche procédurale selon cette conception, repose sur le modèle suivant : désigner des autorités compétentes et instituer des procédures.

b. Les structures

L'ordre juridique devient constitué de multiples foyers de droit, que cela soit à un niveau international, transnational, régional, national ou local.

A un niveau national et local, Le passage de l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur s'est accompagné par la création d'organes qui représentent de nouvelles formes d'intervention de l'Etat³⁰. On assiste à la naissance de foyers de droit qui activent aux côtés de l'Etat, tantôt par une redistribution du pouvoir du centre vers la périphérie à travers la décentralisation, tantôt au sein même de l'appareil de l'Etat par la création de « poches d'autonomie normative », avec comme principal exemple, les autorités administratives indépendantes.

L'Etat conserve tout de même toujours une position centrale par rapports aux autres normes juridiques. En effet, la perte de monopole du législateur ne doit pas être comprise comme une perte de pouvoir de l'Etat, cette perte de monopole prend la forme d'une délégation perçue par certains comme un abandon de souveraineté.

Ainsi, la procéduralisation a conduit à une prolifération d'autorités dotées de pouvoirs donnés, tantôt autorités de régulation, d'autres fois des entités à vocation consultative.

Cela a valu à l'administration le qualificatif d'administration « mutante », « mutante parce qu'elle est contrainte de s'adapter à l'évolution de la société, des techniques et des mentalités »³¹.

En France notamment, l'administration consultative a aidé en cela. Elle prit la forme tantôt de véritables organes de l'Etat, tantôt de simples réunions de travail. Elle débattait de questions politiques et administratives ou de questions plus ciblées et réunissait des personnalités politiques, des hauts fonctionnaires de l'Etat, ou des personnalités scientifiques ou du secteur économique.

Ainsi, ces conseils se sont petit à petit répandus au sein de l'Etat, constitués de manière empirique, prenant tantôt la forme d'organismes nouveaux, parfois originaux appelés à répondre aux besoins changeants et évoluant sans cesse des administrés.

Sont ainsi apparus les offices administratifs dotés d'un budget propre et d'un conseil d'administration où se côtoient fonctionnaires et représentants de diverses professions, des commissions ou comités de type semi officiel, des sociétés d'économie mixte qui font collaborer des fonctionnaires et des agents économiques au sein du conseil d'administration.

Ces instances ont aussi trouvé un fort appui dans le principe de la délégation de pouvoirs

De nouvelles structures administratives en relation direct avec les groupes sociaux sont nées, disposant d'une autorité morale et agissant par voie de rapports, recommandations et avis avec une efficacité, en France en tout cas, parfois comparable à celle des lois et règlements, tel le Comité consultatif national d'éthique de la vie et de la santé.

En Algérie, c'est d'abord dans le cadre de la refonte de son économie que ces organes sont apparus. L'Etat passe d'un contrôle social à une nouvelle façon d'agir, une nouvelle alternative qui, tout en lui permettant de se désengager de la gestion directe de l'économie, lui confère la possibilité de continuer à encadrer et à préserver les différents intérêts en conflits. Cette nouvelle alternative a pris la forme de structures ad hoc inspirées jusqu'à un certain point de l'expérience française qui a, quant à elle, puisé dans l'expérience des agences américaines³².

La première autorité indépendante en Algérie a été créée dans le domaine de l'information avec le Conseil Supérieur de l'information qui sera dissout en 1993³³, suivie du Conseil de la monnaie et du crédit et de la Commission bancaire³⁴, et qui connaîtront des amendements en 2003³⁵.

Toujours dans le secteur financier, la Commission d'organisation et de surveillance des opérations de Bourse voit le jour, suivie, entre autres du conseil de la concurrence³⁶, de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications³⁷, ainsi que l'Organe national chargé de la prévention et de la lutte contre la corruption³⁸, sans omettre l'Agence Nationale des produits pharmaceutiques à usage de la médecine humaine³⁹.

Ces instances présentent plusieurs points de force : le premier est que l'administration classique est très rarement impartiale à cause de sa dépendance avec les classes politiques et les partis. Ainsi, l'indépendance de ces autorités « offre à l'action publique un surplus d'impartialité important dans le domaine de la protection des libertés.

Le deuxième argument qui joue en faveur de ces instances administratives indépendantes, c'est qu'elles peuvent agir avec rapidité, justesse et d'une façon souple qui s'adapte davantage aux changements dus à la mondialisation, aux progrès techniques et scientifiques. En effet, ce sont des structures légères non soumises aux procédures d'arbitrage propres aux administrations relevant directement du Gouvernement.

Ainsi, L'administration classique ne peut plus répondre aux exigences d'une intervention efficace, adaptée et rapide de la puissance publique face au développement des sciences et des techniques, des communications des méthodes de gestion, des produits financiers ainsi que des espaces virtuels.

Enfin, elles répondent à un principe de participation qui se traduit dans leur organisation et dans leur composition et qui fait que l'implication des professionnels dans la régulation d'un secteur donné non seulement accroît leur efficacité, mais assoit encore davantage leur légitimité.

Pour pouvoir mener à bien leur mission de régulation, ces instances doivent être dotées d'une panoplie de moyens regroupant différentes missions qui relèvent des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Ces moyens vont de l'avis ou de la recommandation au pouvoir de réglementation, un pouvoir de décision administrative individuelle d'autorisation, des pouvoirs d'enquête, des pouvoirs d'injonction, un pouvoir de sanction, un pouvoir d'arbitrage et de règlement de différends⁴⁰. Leurs avis et recommandations ou règlements sont également la base qui permet au législateur de légiférer tant ils sont représentatifs des besoins de la société et réalisent une prise en compte d'un maximum d'intérêts en conflit.

Il est vrai que des différences existent entre ces autorités de régulation et le pouvoir exécutif. L'ampleur de champ de compétence des administrations classiques ainsi que la lenteur des procédures ne permettent pas de réagir rapidement en fonction des changements que connaissent les marchés à cause notamment du développement scientifique et technologique. La reconnaissance du pouvoir règlementaire à ces structures permet justement « d'adapter quasiment en temps réel la réglementation aux progrès techniques »⁴¹.

D'un autre côté, ces autorités de régulation se différencient du juge à plusieurs égards⁴²: leur pouvoir de sanction qui peut être la suspension ou le retrait d'autorisation n'est pas leur unique moyen d'action. En effet, elles peuvent recourir à des procédés de prévention ou de persuasion comme l'injonction dont la fonction n'est pas de sanctionner ni de réparer, mais de corriger ou de rétablir une situation. Par ailleurs, les sanctions qu'elles prennent est un signal adressé à tous les intervenants dans le secteur qu'elles régulent. Cela est principalement dû au fait qu'elles n'interviennent pas seulement pour résoudre des litiges particuliers, mais pour fixer les règles de conduite et définir les points d'équilibre recherchés entre les différents intérêts en jeu.

Ce qu'il faut pourtant préciser, c'est que la volonté réelle de l'Etat de se désengager de la gestion directe des rapports dans la société transparaît de deux choses ; d'une part du degré d'intervention de l'autorité qui change en fonction des

pouvoirs qui lui sont dévolus, et d'autre part, du degré d'indépendance dont elle peut bénéficier.

c. Les procédures :

A travers la procéduralisation du droit s'affirme une procéduralisation de la décision. Cette procéduralisation de la décision est révélatrice d'un accroissement des exigences de procédure imposées par le droit aux décisionnaires.

Il s'agit d'exiger de celui qui prend une décision telle que celle d'effectuer une recherche, ou de recourir au travail de nuit, qu'il ne décide pas de manière arbitraire et immédiate, autrement dit, qu'il prenne une décision en considération des intérêts de celui à qui elle s'impose, après avoir pris un temps de réflexion⁴³. Cette démarche s'explique à « chaque fois qu'une personne, qu'elle soit publique ou privée, physique ou morale, exerce un pouvoir au détriment d'autrui, elle est susceptible d'être contrainte dans son action par une exigence procédurale »⁴⁴. Les relations entre la procédure et la décision s'établissent dans la mesure où « décider, c'est choisir »⁴⁵ et qu'à partir de là, le droit ne pouvant pas dicter le contenu de cette décision, il peut prescrire la démarche qui doit être suivie pour qu'elle soit prise et s'assurer qu'elle n'a pas été prise d'une façon arbitraire.

A partir de là, le droit a fixé des contraintes tant formelles que de fond auxquelles doit se soumettre tout décisionnaire.

– Les contraintes formelles :

Elles consistent dans le respect de la concertation préalable à la décision et qui implique le respect du contradictoire, auquel s'ajoute parfois l'exigence de motivation, ceci dans un temps qui est le temps de la décision. En effet, une série d'actes préparatoires est parfois exigée, parfois un préavis. Mais l'important est que la formation de la décision est échelonnée, et cette décision ne naît à la vie juridique qu'une fois le processus achevé.

Ce processus repose sur le consensus qui apparaît comme facteur unificateur et ce qu'il a d'exceptionnel, c'est qu'il permet de respecter toutes les formes de la vie.

Il est certain que ce respect ne peut se concevoir dans un système de vote majoritaire qui ne tient pas compte des minorités.

– Les contraintes de fond.

Elles consistent principalement dans la prise en compte du critère de proportionnalité auquel s'associe le principe de précaution. La proportionnalité est une technique qui permet d'évaluer un ratio ; celui du risque possible par rapport au bénéfice escompté. La méthode issue du principe de proportionnalité semble être la meilleure sinon la seule capable de résoudre les conflits d'intérêts qui apparaissent comme des conflits de droits.

En effet, les risques prévisibles auxquels serait soumis le sujet ne doivent pas contrebalancer les bénéfices qu'il peut en tirer. Le droit algérien par exemple en fait une condition nécessaire pour la mise en œuvre d'essais cliniques, ce dernier ne

pouvant être effectué sur l'être humain si « le rapport bénéfice/ risque prévisible n'est pas au profit du sujet inclus à la recherche »⁴⁶.

D'une façon globale les caractéristiques de cette méthode de proportionnalité sont au nombre de deux⁴⁷ :

La première est de mettre face à face un pouvoir et un ou plusieurs droits : le pouvoir de l'administration sur une balance face aux droits et aux libertés de l'administré. Ou encore, le pouvoir d'un créancier face aux droits d'un débiteur.

La deuxième est de soumettre l'exercice du pouvoir à un contrôle de légitimité qui se traduit par un contrôle des finalités, de la nécessité et de l'excès. Il faut d'abord s'assurer que le pouvoir a été exercé dans l'accomplissement de certains objectifs, qu'il n'existait pas de solutions alternatives et que les atteintes aux intérêts des destinataires de la mesure sont suffisamment graves et dénotent du caractère excessif de la mesure.

Donc, les trois questions essentielles qui doivent être posées lors d'un contrôle de proportionnalité sont les suivantes⁴⁸ : la décision est-elle effectivement justifiée ? Est-elle nécessaire, n'existe-t-il pas de solutions alternatives ? Les inconvénients attendus au regard d'intérêts publics concurrents ou d'intérêts sociaux ne sont-ils pas trop importants par rapport aux bénéfices attendus ? Ainsi, à chaque fois qu'une décision est susceptible de menacer un droit fondamental, elle peut faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

Par ailleurs, le principe de proportionnalité est indissociable du principe de précaution⁴⁹.

L'esprit du principe de précaution est qu'il importe avant tout d'aménager des procédures permettant un examen aussi complet que possible du risque afin d'amener l'incertitude au niveau minimal. Résolument procédural, l'exercice de la précaution doit obéir à un certain nombre de règles pratiques qui, au premier chef, doivent encadrer l'évaluation des risques »⁵⁰. Les politiques de précaution reposent sur différents dispositifs d'évaluation des risques, qui vont de l'établissement d'un inventaire exhaustif des risques, au développement scientifique et technique en passant par l'expertise.

Mais cela n'est pas tout d'évaluer les risques, encore faut-il les gérer et il existe pour cela différentes mesures prises sur la base du principe de précaution. Celles proposées par l'Union Européenne doivent être les suivantes⁵¹ :

Être proportionnées au niveau de protection recherché. Il faut préciser que le niveau de protection recherché, la notion de risque elle-même et la priorité qui est faite changent en fonction des sociétés mais aussi en fonction des individus.

L'exemple cité par le rapport est celui d'une société d'abondance et une société de pénurie qui ne perçoivent pas les risques mineurs de sécurité alimentaire de la même façon. Ainsi, chaque pays a le droit de se fixer un niveau de protection spécifique.

Ne pas introduire de discrimination dans leur application dans la mesure où des situations comparables ne doivent pas être traitées différemment et inversement, des situations différentes ne doivent pas être traitées de manière identique.

Être cohérentes avec les mesures similaires déjà prises.

Être basées sur un examen des avantages et des charges potentiels de l'action ou de l'absence d'action, éventuellement par l'élaboration d'une analyse de la rentabilité économique.

A ce propos, il faut prendre en compte que laisser passer certaines opportunités peut affecter gravement la société dans son ensemble.

Être réexaminées à la lumière des nouvelles données scientifiques.

Enfin, être capables d'attribuer la responsabilité de produire les preuves scientifiques nécessaires pour permettre une évaluation plus complète du risque.

Cependant, une question s'impose au juriste, c'est la suivante : peut-on avancer que le principe de précaution est une règle de droit, surtout lorsqu'il figure dans des textes normatifs ?

Pour beaucoup, le principe de précaution constitue un standard juridique, une norme à contenu variable.

Ainsi, « La précaution n'existe pas pour elle-même, elle se construit contexte par contexte...la précaution constitue donc ce que les juristes nomment un standard de jugement dont le sens est à construire casuistiquement, enjeu par enjeu (...) pour répondre à des problèmes spécifiques de prise en compte de risques aux effets reportés ou inconnus »⁵².

Par cela, le législateur a décidé que le sens du principe de précaution ne doit pas être a priori déterminé car il doit obéir à une régulation contextualisée des recherches biomédicales et des essais cliniques ainsi que de l'utilisation des produits et leur suivi.

Il ressort donc de tout cela que la procéduralisation repose sur un processus qui passe par la discussion⁵³, la négociation et la prise en compte du pluralisme de savoirs, de valeurs, et du contexte de l'action, tout cela dans un but évident de justice⁵⁴.

Ce processus permet de mettre en place des procédures équitables de décision et invoque la procédure comme source de légitimité.

Conclusion

La question qui se pose à travers cette démarche c'est ; comment faire, pour qu'à chaque cas concret, les droits auxquels chaque partie peut prétendre soient respectés? La réponse s'obtient en alliant la procéduralisation en tant que modèle de régulation à la procéduralisation en tant que cadre d'analyse qui met en évidence la dynamique du passage d'un droit vers un droit nouveau.

Les deux conceptions de la procéduralisation se complètent pour permettre à cette démarche de répondre d'une manière technique à une demande d'individus soucieux de faire respecter leurs droits. Ce n'est qu'ainsi qu'elle apparaît comme une garantie pour la mise en œuvre des droits fondamentaux et une traduction du principe de dignité⁵⁵.

Le pluralisme des valeurs, La pluralité des foyers de droit se sont accompagnés d'un changement de nature du droit qui est devenu un droit dialogique, un droit négocié.

L'efficacité de la règle ne dépend plus de ce qu'elle édicte une conduite obligatoire mais dépend du consensus réalisé lors de son élaboration et de sa mise en

œuvre. Ainsi, la norme est élaborée par ceux à qui elle est destinée. Ces destinataires participent non seulement à la concertation préalable mais aussi à la mise en forme de la règle et c'est là que cette dernière puise sa légitimité. Le droit devient donc un droit négocié fondé sur une légitimité procédurale tirée de ses modes d'élaboration.

Ainsi, l'objectif de la méthode procédurale est donc d'étudier chaque situation dans sa complexité, dans son contexte, par des autorités qui tirent leur légitimité de leur aptitude à mesurer l'exacte portée des enjeux en conflit car la plupart des questions sont posées en termes conflictuels.

En effet, « il s'agit le plus souvent d'opposer des droits et des pouvoirs, des obligations et des libertés et c'est en conséquence par une organisation raisonnée de la controverse qu'une solution peut émerger »⁵⁶.

Ces nouvelles techniques d'élaboration et de mise en forme des normes nécessitent une certaine flexibilité, car ce droit de type nouveau est conçu pour être un droit pragmatique qui tente d'agir sur le réel.

La rigidité de la règle est remplacée par la souplesse, la stabilité par l'adaptabilité. Cette nouvelle conception du droit faite de techniques souples relève d'une « direction juridique non autoritaire des conduites »⁵⁷.

Elle permet l'intégration de nouvelles normativités au côté du droit et réalise ainsi une complémentarité entre le droit et d'autres ordres normatifs. Quoi qu'il en soit et malgré toutes les critiques dont elle fait l'objet⁵⁸, la procéduralisation participe à l'enrichissement de l'emprise du droit sur la société et par sa forme de régulation s'introduit dans des domaines où le droit a du mal à s'infiltrer.

Notes

¹ - Jammeaud .A « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. » In « Les transformations de la régulation juridique. » Clam. J et Martin. G (dir), Volume 5, LGDJ 1998 P. 47.

² - Martinez. E « Les enjeux de la recomposition du droit de la bioéthique ». Journal international de bioéthique. Edition Eska. 2004/ 2-3. Volume 15, p. 60.

³ - Chevallier. J « Vers un droit postmoderne ? ». In « Les transformations de la régulation juridique. », *op.cit.*, p. 29.

⁴ - Arnaud AJ. « Les transformations de la régulation juridique et la production du droit. » In « Les transformations de la régulation juridique. », *op.cit.*, pp. 21 à 46.

⁵ - Hervois J. « La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique ». Thèse de doctorat soutenue le 30/06/2011. Université de la Rochelle, p. 47.

⁶ - Duprat JP. « Les interactions normatives dans la recherche biomédicale » Rapport. Ronéo 2000.

⁷ - Lokiec P. « Procéduralisation du droit privé ». In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). Pigache Ch. (dir). Publications de l'université de Rouen. 2004, p. 180.

⁸ - Timsit G. « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation. » Revue française d'administration publique. Avril-juin 1996. N° 78, p. 375.

⁹ - Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) », *op.cit.* p. 143.

¹⁰ - Idem. P.152.

¹¹ - Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) », *op.cit.*, p. 150.

¹² . Selon A. Jeammaud, il ne faut pas entendre par juridicisation l'extension de l'empire du droit, mais plutôt la densification de la couverture des relations sociales par le droit. In « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. », *op.cit.*, p. 64.

- ¹³ - Lenoble J et Demunck J. « Droit négocié et procéduralisation ». In Gérard Ph, Ost F, Van De Kerchove M dir. « Droit négocié, droit imposé ? » Publications des facultés de Saint-Louis. Bruxelles. 1996 P. 191.
- ¹⁴ - Ginon A.S et Lokiec P. In Vacarie I dir « Recherche biomédicale et procéduralisation du droit ». IRERO. Juillet 2000. P. 10.
- ¹⁵ - Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique » L'Harmattan. 2006. P. 26
- ¹⁶ - Kelsen H. « Théorie pure du droit ». Paris. LGDJ. 1999. P. 65.
- ¹⁷ - Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. » Op cit P.20.
- ¹⁸ - Amselek P. « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales ». RDP. 1982. P. 289.
- ¹⁹ - Monnier. S « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. » Op Cit. P. 22.
- ²⁰ - Duprat J-P. « Les interactions normatives dans la recherche biomédicale ». Op Cit. P. 7.
- ²¹ - Kelsen H. « Théorie générale des normes ». Paris. PUF. 1996. P.3.
- ²² - Soubelet L. « La représentation de la science par le droit ». In. Labrusse-Riou la dir « Le droit saisi par la biologie ».LGDJ. 1996. P. 369.
- ²³ - Pound R. In « Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux ». Bourcier D et Tauziac V (dir). Droit et Société. 1995. P. 3.
- ²⁴ - Art. 168/1 de la loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé modifiée et complétée par la loi n° 90-17 du 31 Juillet 1990. Jo n°8.
- ²⁵ - Martinez E. « Recomposition du droit de la bioéthique ».Op Cit. P. 56.
- ²⁶ - Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. »Op Cit. P. 35.
- ²⁷ - Ginon A-S et Lokiec P. « Recherche biomédicale et procéduralisation du droit. » Op Cit P. 83.
- ²⁸ - Lokiec P. « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). Op Cit. P. 193.
- ²⁹ - Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique ». Op Cit. P.215.
- ³⁰ - Zouaimia R. « Droit de la régulation économique ». Berti éditions. Alger. 2006. P.15.
- ³¹ - Braibant G. « Panorama de l'administration française ». In Gallouedec-Genuys F. « A propos de l'administration française ». La documentation française. 1998. P. 9.
- ³² - Zouaimia R. « Droit de la régulation économique ». Op Cit. P. 18.
- ³³ - Loi n° 90.07 du 3/4/1990 relative à l'information. JO n° 14.
- ³⁴ - Loi n° 90.10 du 14/4/1990 relative à la monnaie et au crédit. JO n° 16
- ³⁵ - Ord n°03-11 du 26/8/2003 relative à la monnaie et crédit. JO n° 52. Cette ordonnance abrogera la loi n°90.10.
- ³⁶ - Ord n°95-06 du 25/01/1995 relative à la concurrence et qui a été remplacée par l'ord n°03-03 du 19/07/2003. Jo n°43.
- ³⁷ - Loi n° 2000-O 3 du 05/08/2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications. JO n° 48.
- ³⁸ - Loi n° 06-01 du 20/02 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption. JO n° 14.
- ³⁹ - Loi n° 08-13 du 20/07/2008 modifiant et complétant la loi relative à la protection et à la promotion de la santé. JO n°44.
- ⁴⁰ - Zouaimia R. « Droit de la régulation économique ». Op cit. P. 19.
- ⁴¹ - De Guillenchmidt J. « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation ». In Zouaimia R. Op cit.P.20.
- ⁴² - Zouaimia R. « Droit de la regulation économique. »Op cit. P. 20.
- ⁴³ - Lokiec P. « Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation). » Op cit. P.184.
- ⁴⁴ - Guinchart S, Bandrac M, Lagarde X, Douchy M. « Droit processuel, droit commun du procès ». 4° édition. Dalloz. 2006. P. 776.

- ⁴⁵ - Lokiec P. « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé ». Op cit. P. 187.
- ⁴⁶ - Art 9 de l'Arrêté du MSPRH n° 387 du MSPRH du 31 Juillet 2006 relatif aux essais cliniques.
- ⁴⁷ - Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). » Op Cit. P.158.
- ⁴⁸ - Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). » Op Cit. P. 159.
- ⁴⁹ - Ewald F, Gollier C, de Sadeleer N. " Le principe de précaution." PUF. 2009. P.56.
- ⁵⁰ - Kourilsky Ph et Viney G. « Le principe de précaution ». Odile Jacob. 2000. P2.
- ⁵¹ - Rapport de la Commission de la culture, de la science et de l'éducation au sein de l'Union Européenne. « Le principe de précaution et la gestion responsable des risques ». Rapporteur : M. J. Randegger, Suisse. Note n°18.
- ⁵² - Lascoumes P. « La précaution, un nouveau standard de jugement ». Esprit. 1997. PP. 130 et 132.
- ⁵³ - La théorie de la discussion de Habermas prône l'auto organisation consensuelle de la société grâce à la délibération de tous les citoyens concernés après un véritable processus de discussion. Selon lui, « L'influence d'opinions publiques qui se sont constituées de manière informelle doit pouvoir se transformer en pouvoir communicationnel et de là, en pouvoir administratif. »¹Voir Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. » Op Cit. P.224.
- ⁵⁴ - La théorie de la justice de Rawls est basée sur le pluralisme des valeurs notamment sur le principe de justice qui se réalise par la coopération sociale dont le fondement repose exclusivement sur des règles de procédure. La procédure définit les règles d'organisation de la société par la poursuite de buts communs qui restent indéterminables du fait de la pluralité des valeurs. Ce processus se réalise à travers des délibérations dans lesquelles l'Etat ne participe pas. Cette construction est possible du fait de l'impartialité et du non dogmatisme de la procédure car selon Rawls, « Il n'y a pas de critère de justice indépendant ; ce qui est juste est défini par le résultat de la procédure elle-même. » Voir Monnier S. « Les comités d'éthique et le droit. Eléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. » Op Cit. P. 225.
- ⁵⁵ - Lokiec P. « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). »Op Cit. P. 195.
- ⁵⁶ - Lagarde X. « Procéduralisation du droit privé. » In « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation). » Op Cit. P. 153.
- ⁵⁷ - Amselek P. « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales.» Revue du droit public. 1982. P. 287.
- ⁵⁸ - Les critiques liées à l'ambiguïté des théories consensuelles: La construction du droit résulte d'une méthode empirique, pragmatique qui change en fonction de l'opinion publique. Le droit devient donc instrumentalisé et perd de son autonomie et son autorité. En devenant tributaire de données empiriques de la réalité sociale, économique et scientifique, le droit se transforme en une technique de gestion ou de marketing.¹Par ailleurs, les doctrines consensuelles qui se basent sur le pluralisme mettent sur un pied d'égalité tous les points de vue. Or « si tout se vaut, rien ne vaut.» En devenant tributaire d'intérêts économiques, scientifiques, le droit peut satisfaire davantage les intérêts particuliers que l'intérêt général. A partir de là, les garanties procédurales peuvent conduire à un affaiblissement de la protection des droits fondamentaux des individus et le système procédural et consensuel peut se retrouver en position d'opposition au respect des droits fondamentaux. Une autre critique adressée à cette méthode, se base sur la caractéristique d'impartialité que lui imputent les théories consensuelles. Pourtant, l'Etat ne doit pas toujours rester impartial notamment lorsque l'intérêt général est remis en cause. En effet, l'abstention de l'Etat dans certaines questions qui sortent de la sphère de l'intérêt individuel peut laisser place au laisser faire ou encore au libre choix. L'intervention de l'Etat devient indispensable lorsqu'il s'agit de faire des choix de valeurs et de choix de société, car ces choix constituent autant de garanties pour la protection de la personne humaine et de ses droits fondamentaux. Voir S. Monnier. Op Cit. 231.

Cyber terrorism on the Internet, the specific realities and challenges of combat it.

Dr. Saddam Faisal Kokez
Al-Mohammadi
Assistant professor of private law
Faculty of Law / University of
Fallujah - Iraq

د. صَدَّام فيصل كوكز المحمدي
استاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون / جامعة الفلوجة – العراق

Abstract

الملخص

The phenomenon of terrorism is traditionally a global phenomenon, has grown and evolved and increased in influence when coupled with this phenomenon environment electronic, providing internet users and them terrorists Field welcoming the "legal" for the exercise of their actions and their activities freely away from the authority of the control and spread of wider and low cost, and which increased the danger of this phenomenon is the premise of the traditional coupling terrorism with electronic terrorism, when terrorists used electronic means and techniques that are linked to the Internet, it is true that the impact so far did not exceed the limits of the effects of terrorism, electronic criminal operations that fall within the framework of cyber crimes, but the studies specialized propositions and the current focus on the issue of the possibility of terrorists exploit the Internet as it can target the sites infrastructure and technical and technological and even military, and that can cause a complete standstill if there were facilities for all life in the target country.

Keywords: Cyber-terrorism, terrorist groups, the challenges, and the means of electronic terrorism, combating- electronic terrorism .

تعد ظاهرة الارهاب تقليديا ظاهرة عالمية، وقد نمت و تطورت وزادت في تأثيرها عندما اقترنت هذه الظاهرة بالبيئة الالكترونية، حيث وقّرت شبكة الانترنت لمستخدميها ومنهم الارهابيون الميدان الرحب "المشروع" لممارسة انشطتهم و فعاليتهم بحرية بعيدا عن سلطة الرقابة و بانتشار اوسع و بكلفة قليلة، و مما زاد في خطورة هذه الظاهرة هو فرضية اقتران الارهاب التقليدي بالارهاب الالكتروني، عندما يستخدم الارهابيون الوسائل الالكترونية والتقنيات التي ترتبط بشبكة الانترنت، صحيح ان تأثيره لحد الان لم يتجاوز تأثيرات الارهاب الالكتروني حدود العمليات الاجرامية التي تدخل ضمن اطار الجرائم السيبرانية، الا ان الدراسات المتخصصة و الطروحات الحالية تركز على مسألة امكانية استغلال الارهابيين للانترنت على النحو الذي يمكن ان يستهدفون به مواقع البنى التحتية و التقنية و التكنولوجيا و حتى العسكرية، والتي يمكن ان تسبب لو حدثت بالشلل التام لكل مرافق الحياة في الدولة المستهدفة .

الكلمات المفتاحية: الارهاب السيبراني، الجماعات الارهابية، التحديات، وسائل الارهاب الالكتروني، مكافحة الارهاب الالكتروني.

Introduction

The phenomenon of terrorism and of which E-terrorism is a global security issue and the national most pressing faced by all countries around the world, and this became dramatically clear to the shock in the September 11, 2001, and the problem is that terrorism-mail has become a long-term threat requires a full commitment by the United States and the international community to eliminate terrorism, whether individuals or terrorist organizations wherever they exist.

And here it is necessary to grasp the fact that the increasing presence of modern terrorism on the Internet is actually normal for the blending of two major trends as a result of:

- The spread of democracy and the ease of communication that facilitates the delivery of content presented to users on the Internet.

- Growing awareness of the terrorists and the growing potential of the Internet that achieve their purposes.

But this was and the Internet is still the scene optimal choice for terrorists and will remain so for a long time, Decentralization and the provision of non-disclosure of the user's identity represent the most important ,The advantage can be nearly this network for terrorists ideal environment to work, as it can not be that the Internet is subject to control or restrict because of it's subject allows access to anyone who wants it.

The problem in the fact that large and small terrorist groups as well as individuals, each has its own positions on the internet they can through the use of this network both for the dissemination of propaganda, or to raise funds, money laundering, or to recruit and train new members, or to secure means of communication or a communication and facilitate coordination and conspiracy and planning attacks, and other risks that could fall within the framework of terrorist acts.

And now operates hundreds of sites on the Internet, and arise, and many others each year show, as well as sites on the Internet, and is constantly increasing, and the terrorists at the moment also rely on e-mail, chat rooms and groups of e-mail, forums, The boards of default messages, as well as resources such as YouTube, Facebook, Google Earth and others in achieving their goals, both to spread its ideas and narratives in or carry out terrorist acts.

And raise the fight against terrorism online issue of countermeasures by states or targeted institutions and cost, since the advent of the Internet to this moment and methods of combating terrorism is renewed and resort the states to develop specialized in all parts of the world and the security agencies operating on the Internet, especially since the warnings in succession from here and there, both at the level of official statements and unofficial growing ability of terrorists at this time to use the Internet, both global communications, as well as to launch an electronic vital installations and infrastructure attacks in the flag States Collect, not least because they face the developed world including the United States and the European Union countries of terrorist threats to launch cyberattacks over the network daily and increasingly.

Recently, it many security services and the specialized agencies began to focus on Internet control, and track terrorists who use them, as well as monitoring the Internet messages incoming and outgoing from the terrorists, has this many attempts security devices, each series and others, including public, for the application of various systems and defense mechanisms against terrorists on the Internet.

1- The Legal regulation of the Internet:

The spread of the Internet is limited and seclusion heavily marketed by the world as a whole, reason not the need for the organization to deal with it through its own legal system legislation, as it was seen that the last he had interfered unnecessary.

However, the information revolution unleashed by the internet marketing and the spread of use and diversity of the areas to take advantage of them in the whole world and ways and methods were not known in advance, something that would lead to the explosive growth of the countries connected to the Internet, not states not realize that the use of growing computers would rely on the growing computer systems lead to computerize all daily activities and for various services in the country and that such services may expose the country to some weaknesses, such as a potential Launched from different directions against Systems that working across the network attacks.

Internet has brought around the physical challenges of the world and that existed before the Internet marketing, and what was Internet depends network in existence on the electronic media, the risks they are exposed to these many ways and variety, which was born in the belief among many that he can not meet these challenges the risk that deviate electronic media and software related without the involvement of law and in many cases, not only at the national level, but that the international character of the network showed there is a need for cooperation between different countries to address legal issues such as copyright infringement and cyber crime on an international scale.¹

Whereas the fact that there is no central entity that governs the Internet, the many countries at the beginning of it now issue and implement the various laws to address issues arising from electronic media applications and as part of its sovereignty, and is ordered to pay other countries because the show a little attention to the legal regulation Similar to the issues on its territory, and at this stage carried nations legal regulation of the Internet at the local level without giving any consideration to the enforcement of laws regulating network Internet on the international level.²

However, soon they realized that refer to the characteristics of the Internet self and universality, as well as skip risk limits of a single state, which was favored when many countries in the need to consolidate the trends and the general principles approved by the local laws to be consistent with the laws of other countries and in order to combat cross-border crimes and terrorism.

Moreover, what was it (controls) under which Internet service providers liable working on Internet service (ISP) parts of the network within the national borders of a country controls what, the legal regulation on the Internet can not be implemented effectively and successfully without the help of the ISP. In addition to that there are some "powers" that dominate the development of laws governing the use of the Internet, in terms of status and the nature and content of the legal regulation of the issues related to the Internet, and this means that you must decide to what extent can extend the influence of these "powers" on laws governing the use of the Internet in countries that fall outside the scope of the "great powers" Home in the world.

2- The problems of crime and terrorism on the Internet :

In fact we not surprising that opposes the interests of different players lead to conflict, it can be asked whether the expectations of the human rights of Internet users are reasonable, taking into account the spread of Internet use in the commission of serious crimes, as well as the threat posed by terrorism. Commit cyber crime and terrorism is undeniably harmful to the Internet community as a whole, and adversely affect the growth of confidence in the use of the Internet. In addition, you must decide whether the State used control methods, constitutes a violation of human rights in a reasonable Internet user ?

Is it possible, for example, to monitor and / or retention of communications all Internet users, regardless of whether the user is a suspect or not? In many cases today, and ISP bears the legal burden to ensure the technical enforcement to monitor the state.³

In this regard, one should look at the involvement of ISPs when drafting legislation and not only at the stage of implementation of laws. Should be asked whether the obligations imposed on reasonable ISPs within the evolution of the Internet from the informal to the medium regulator.

3-1/ The reality of the Internet in light of e-crime and cyber terrorism:

Terrorism is a national security issue most pressing facing the United States and its allies around the world. This became clear in the shocking September 11, 2001 and promises to be a long-term threat requires a full commitment by the United States to eliminate the terrorist organizations wherever they are.

Has identified the former vice president of the Center for the fight against terrorism, the four elements of the CIA that are common to all acts of terrorism, where in spite of the diversity of images of such attacks in cyberspace, they still appear on the four elements common to all acts of terrorism:⁴

1- premeditated and not abstract acts as breed of terrorist attacks to carry out an attack.

2- political aims to influence the political structure cyberterrorism is an act that aims to completely destroy the computer system. Cyber-terrorists are hackers

with political motives, their attacks can affect the political structure of this corruption and destruction.⁵

3- that target civilians and civilian facilities terrorist attacks Cyber civil institutions, Qualifies as terrorism, cyber attack that leads to violence against persons or property⁶, or at least cause enough harm to generate fear.

4- Cyber terrorism has become a substitute for conventional armies that fight conventional wars, and in some cases exclusive of electronic warfare, information warfare, which are attacks on the computer network connected to the Internet.

Electronic warfare is the last term is of several terms used to describe various aspects of defense and attack information and computer networks in cyberspace, as well as the denial of an opponent's ability to do the same⁷. Electronic warfare and information warfare employs information technology as a tool of war to attack the enemy's sensitive computer systems.⁸

3-2/ How to use the Internet by the terrorists

All terrorist organizations in the world today, have their own sites on the Internet,⁹ which is using this medium for advertising, and to raise funds, or money laundering, or even to recruit and train terrorists, and the modern use of the Internet is also a key element in the concept of terrorism and psychological warfare, and in fact the case today could be a terror computational reality because of what to attack your computer from the possibility to do the actions can only be described a disastrous, such as dropping aircraft, and destroy the infrastructure of biotechnology, and the destruction of the stock market, and reveal state secrets, etc.

as well as the lack of expected effects of what will happen after that the effects of the tent can infect all aspects of public life and private. . .

It is clear that the Internet enables small groups of work force and makes it look more capable than they might be in fact, even the threat of turning into a kind of virtual fear, because the network allows terrorists to amplify the consequences of their activities with messages for follow-up and threats directly to the general population, although that terrorist groups may be completely unable to act in the physical world.

And the fact that the Internet allows a person or group to appear to be larger or more important or threatening than it is already.¹⁰

3-2-1/ The Advantages of the Internet that exploited modern terrorism:

great virtues of the Internet Was converted for ease of access, and the lack of regulation, the vast potential of the masses, and fast flow of information, and multimedia applications and so forth to take advantage of groups committed to terrorize communities to achieve teir goals.

Internet takes very little skill to use, has a small number of systems and provides the public all over the world who can send information quickly and at low cost, and allows the user anonymity.¹¹

It allows terrorists to engage in activities which with minimal risk, and is in fact the Internet is very attractive to terrorists, to provide them with the non-disclosure of the name, as well as easy accessible from everywhere, as it gives them the option to post messages, and e-mail, upload or download information and hide in the dark again.¹²

And the most prominent example of this is that the Internet has become a valuable tool for al-Qaeda, not only to coordinate operations and launch attacks, but also like virtual camps training and indoctrination, and employment.¹³

In fact, the web of al-Qaeda has become what he calls the Online University of terrorism experts, as they are published more than 300 new pages of codes and manuals and instructions, and rhetoric on the Internet per month, search is no longer necessary for the supporters of al-Qaeda and its supporters to join in the training camp military, or travel to another country because a person can learn alone, or with other brothers, in the Internet and pass setup.

Ironically, the decentralization of the Internet was necessary for the liberalization of the telecommunications and secured between the security agencies of the United States in its work in the face of the fear of the Soviet Union days of the Cold War, and is now working in the interests of the greatest enemy of the security services since the end of the Cold War and it is only international terrorism, as the modern terrorist groups working to make full use of the Internet for communication between the group itself or the work of the Special Group's internal networks.¹⁴

Al-Qaeda, for example, has shown itself to be remarkably intelligent entity, he can cope with the difficulties and risks and challenges, mainly due to its decentralized structure based on the decentralized online course.¹⁵

And the Internet by its very nature, is in many yard perfect for the activities of terrorist organizations, ways, and in particular, the largest field of terrorism, provides many advantages, including:

- 1- Ease of access.
- 2- lack or weakness of any regulation or control, or other forms of government control.
- 3- The possibility of deployment on the level of potentially huge audiences all over the world;
- 4- anonymity while communication;
- 5- Fast flow of information confidentiality;
- 6- react quickly and accurately.
- 7- possibility is charged with the development and maintenance of the existence of the Internet.
- 8- The presence of a variety of multimedia environment to express their opinion, the ability to combine text, graphics, audio and video.
- 9- allow users to upload and download movies, songs, books, posters, etc.

10- The ability to shape coverage in the traditional media, which are increasingly used the Internet as a source of stories.

The problem is that all of these benefits did not go unnoticed by terrorist organizations, regardless of their political or ideological tendencies so today we find that almost all terrorist organizations active through its Web sites, but many of them are working to be have more than web sites and become one of them used several different languages to promote her ideas and beliefs.¹⁶

Often shed reports issued by specializing in US institutions that light on the uses of the Internet by al-Qaeda before the implementation of 11/9 attacks, which include search the Web for information about flight schools in the United States, using the online processing kidnappers contacts with e-mail accounts, and coordinate the actions of the attackers using e-mail, Web pages and download anti-American, and the collection of flight information.¹⁷

3-2-2/ The Cyber terrorism in the internet:

The threat posed by cyber-terrorism has held the attention of the media in most spaces, and started at the present time is to address this phenomenon as a form of threat to the security of society, and the information technology industry.

And had assumed the journalists, politicians and experts in a variety of areas and a popular scenario in which in which terrorism, cyber talk infiltration electronically to computers that control the dams or air traffic and to generate electricity and control traffic and railways and ports and other vital interests in the stations control systems the lives of the people in the state, and thus wreak havoc and threaten not only millions of lives, and this means that the National Security itself will be vulnerable to sabotage, because the most important in Western societies network infrastructure is managed through computers, and the potential threat of terrorism, cyber thus be a cause for concern dramatically, and experience has proven that hackers - but were not their motives are the same goals that inspire terrorists - have proven that they have access to sensitive information and disrupt operation of essential services.

At least in theory, could follow the example of terrorists pirates, and thus penetrate the government and your own central server computer systems, paralyzing or disrupt military and financial sectors, and service economies in the developed countries, and the reason for all this risk is due to the increasing reliance in communities developed countries information and communication technology, which peppered a new form of security weaknesses by giving terrorists the opportunity to approach the targets that would be otherwise can not be compensated and fully confront, such as national defense systems and air traffic and other control, and is This means that whenever the country was more advanced in terms of technology were more susceptible to electronic attacks may encounter technical infrastructure.

So,What should be considered cyber-terrorism?

Dorothy Denning provided a clear definition of unambiguous cyber terrorism in many of her articles :

When she said that " ... cyber terrorism is cyberspace and terrorism affinity, and here refers to the attacks and illegal threats against computers, networks, and information stored in them carried out to intimidate or coerce the government or citizens of the country in furtherance of political or social objectives.

Moreover, and as described, it should be that terrorism leads cybersecurity as an attack on violence against persons or property, or at least cause enough harm to generate fear, and that the attacks that lead to death or bodily injury, explosions, or significant economic loss to be examples, attacks serious against vital infrastructure can rely on acts of cyber terrorism, depending on the impact, and attacks by non-essential services or that are mainly would inconvenience expensive does not crash ...".¹⁸

It is important to distinguish between cyber terrorism, piracy, and the extent to which can limit their terms coined by scientists to describe the Interdependence of piracy and political activity.

Programmatic struggle, although politically motivated, does not constitute a cyber-terrorism or piracy, because the objective is to protest not disruption, and they do not want the murder or mutilation or terrorism, however, the struggle script does highlight the risk of cyber-terrorism.

Individuals with lack of moral discipline likely to be used methods similar to those developed by hackers to wreak havoc as they are terrorists.

Moreover, the line between cyber-terrorism and piracy or struggle compiler may mixing the fairly effacement sometimes, especially if terrorist groups are able to recruit or hire computer hackers who have the savvy or if the pirates decided to step up their work by attacking the systems that run the basic elements the infrastructure of the target country.¹⁹

Cyber-terrorism, and the emergence of "computer age" has produced a boom and there are already well-known threat of fear and a lot of this kind of terrorism, and unfortunately, this new danger has not completely gain the attention of the public more aware and educated and even official institutions.

Also there should be a distinction between the terrorists who take advantage of the technology available, and they are terrorists, cyber and terrorists traditional, and who may increase their arsenal of more conservative methods, such as bombings, kidnappings, and murder, and new methods such as computer viruses, and Penetration radio frequencies, and attacks "denial of service."

However, it can also be the presence of the terrorist cyber pure, this diversity of images and the sources of terrorism may do so without the traditional terrorism approach, rather than the exploitation of computer technology to put them into the demands of the impact, and the ransom, or the destruction caused to the world's population in general, in addition, cyber terrorist can achieve these goals without exposing himself to the actual harm.

4/ The Internet field fertile environment for the production of cyber terrorism.

4-1/ Production terrorism traditional manner

Directed media emergence of terrorism, which led many experts in the field of communications and terrorism to re-modern concept of terrorism in the actual production of communication framework, and a perfect act of cyber terrorism can be analyzed like a lot of other means of communication, and consists of four basic elements:

1. transmitter (terrorist),
2. intended recipient (target),
3. The message (of the bombing, ambush), and
4. Feedback (Reply target audience reaction).²⁰

In fact, Ralph Dowling suggested applying a new concept of confrontation talk of a new kind of terrorism, and argued that the terrorists have the ability to engage in frequent rhetorical forms that force the media to provide access without which terrorism can not meet its objectives.²¹

Moreover, some terrorist events have become short of terrorism,²² and that could be better analyzed by the media, which depicts the event.²³

4-2/ The production of modern cyber terrorism on the Internet

Terrorists today in the world of postmodern enabled to take advantage of the benefits of globalization, especially the most advanced modern technologies technology and including communications planning and coordination and implementation of campaigns deadly, so that these attacks are no longer restricted geographically within a given region, politically or financially dependent on a particular country, they rely advanced communications such as the Internet, and related to terrorism and the Internet in two ways:

First, the Internet represents a very large forum for each of the terrorist groups and individual terrorists to spread their messages of hate and violence, to communicate with each other and with their supporters and sympathizers, and even to launch a psychological war against their enemies.

Second, individuals and groups to attack computer networks, including the Internet, in what became known as - or cyber terrorism - electronic warfare. Currently, the terrorists use and misuse of the internet for their own benefit rather than attack it.

4-3/ The Cyber terrorism in the new environment:

It is known that the extent of the impact of the new terrorism in the present day is cross-border and changing forms and types of terrorism today than it was last time through the change key trends related to these trans-national groups are:

1. Development / ad hoc groups as preferred method of work of loose networks.
2. a new attitude toward violence, including suicide bombings.

3. religious groups rather than on the basis of nationality.
4. operations facilitated communications and information technology (ICT) and mobile technologies;
5. ideas and worldviews connect to each other, rather than just political ambitions.
6. they have less need to take care of the direct state;
7. groups appeal to the Diaspora and not just local audiences; and
8. They have the ability to use chemical, biological, radiological and nuclear weapons materials.²⁴

5/ The Practical applications to take advantage of the Internet by terrorists

In addition to the terrorists' use of communication services and communication over the Internet, they were able to use the Internet applications as a means to achieve a useful purpose for them, as the Internet serves the terrorists as an excellent source of useful information, because it is the World Wide Web, which contains the largest data storage file free information and and that can link to it easily and pleased.²⁵

Many of tools are available on the internet, which means to facilitate the collection of data of deferent kinds of informations, the so-called search engines, including the database, and lists of e-mail distribution and chat rooms, discussion groups, and many web sites who provide search tools to their own information extraction databases on their sites, and that the search by title or word from newspapers and magazines can also generate useful information and is free to the terrorists on the Internet, some of this information may also be available in the traditional media, but the search capabilities on the Internet allow terrorists to get them with complete anonymity and with very little effort or cost.

According to a statement made by USA Defense Secretary Donald Rumsfeld, the readers of training to al Qaeda guide the growing number of insiders after the war in Afghanistan, and began to use public sources openly and without resorting to illegal means, it is possible to easily collect 80 per cent at least of all required information about the enemy, and so the terror without employing these features can not prevail or survive, and even been Evolves, and then provides recruiting killers and bombers, kidnappers, torturers, and engineers, and soldiers of the armies of terrorism in the future, the Internet has become a useful tool Talk to recruit terrorists. "²⁶

And so, the Internet combines many advantages for recruits, for example:

1. it makes it easier to gather information to potential recruits through access to more information, more quickly, and multimedia format.
2. The global spread of the Internet allows groups to publish events for more people.
3. increase the possibilities for interactive communication, the Internet along with more opportunities to connect the group directly.

4 and also the possibility of online recruitment by terrorist organizations on a large scale, although the Internet is used more for the initial attraction, recruitment and ideological, and social support for direct employment.

5. Moreover, the process of creating blogs and sites on the Internet are more than activate the reward recruits and the suicide terrorists, and thus serves as an additional indirect employment initiative.

6. Recruits terrorists may use Internet technology to roam interactive chat rooms on the Internet to search for receptive members of the general public (especially young people) using sophisticated persuasion procedures.

7. The terrorists use the Internet to create and activate virtual training camps, also they use online communication to provide information to his fellow terrorists, including maps, and photographs, and trends, and symbols, and technical details of how to use explosives.²⁷

8. Internet is home to dozens of sites that provide information on how to build explosives and chemical weapons .

9. Finally, like many other political organizations, terrorist groups are using the Internet to provide the funds, for example, al-Qaeda, has always depended heavily on donations, and is building its global network to collect donations on the basis of charities and non-governmental organizations, and institutions Other financial used Web sites and chat rooms and online forums to the poll and fundraising.²⁸

5-1/ The practice of terrorism informational across cyberspace:

The concept of terrorism information rooted in the ideas that surround the information war. Description for the first time information warfare elements to be seven sub-types of the war:

1. Leadership
2. Control,
3. intelligence building,
4. E-piracy,
5. Psychology,
6. existing economic war on cyber attacks on economic interests.
7. information warfare.

Information warfare has focused in its early stages so much to exploit new technologies to gain an edge, while there was an element of psychological warfare, and it was mostly about the command and control systems and disrupt the enemy. As the potential of these techniques to influence and realized both friend and foe, and there was a concentration of new to this side.

5-2/ The Electronic attack & defence in cyberwar

- 1- Attack technology by using, Logic bombs, viruses, worms, spy-ware, flooding, DOS attacks, Web defacement.²⁹
- 2- Defend technology by using:

Virus checkers, network tools, network forensics, standards, backups, intrusion detection systems, honeypots, training.

5-3/ The Exercise leadership and control of the leaders and organizers

1- Coordinating activities:

Network centric organisations using such elements as the Web, SMS, coordinated sensors, and streaming video.

2- Bind supporters and spread message:

Use the Web and the mass media to promote cause to a global audience. Use the Web to collect monies.

In another side, the Online Network Communications (CMC) is ideal for communication between terrorists, We have provided in the past that the decentralization enjoyed by the Internet, has made this network as a network can not be made subject to control or restrictions, and can not be provisions undergoing controlled completely, and it allows free access to any person anywhere in the world, and thus the structure of terrorist organizations Modern computing makes communications more relevant and useful to them.

In fact, the web sites are just one of the Internet used by terrorists now services, there are many other facilities on the Internet, e-mail, chat rooms, e-groups, forums, virtual panels that terrorists use more and more message. And use many of the sites on the Internet for terrorist psychological campaigns against hostile states and military forces, and send messages of verbal and graphic attempt to demoralize and intimidate the enemy or create a sense of guilt and doubt and division.

Terrorists use the Internet to disseminate scary footage of executions and beheadings, and deadly sniper attacks and deadly bombings to intimidate the enemy forces or the public, as they use the Internet to make threats and letters to the governments of the enemy and the population as well.³⁰

5-4: The Exercise of Lobbying and influence.

1- Contemporary audience

Globalized reach of communications has given the ability to reach anyone and in anywhere.

2- Strategic communications

Influence campaigns are now an integral part of national and terrorist strategy. Each has its own targeted constituency in the globalized information environment.

3- Terrorism is psychological warfare

- A. Violence as communication.
- B. Goals cannot be obtained by violence alone.
- C. Victims must be enlisted to gain objectives.
- D. Persistent campaign with the target population increasingly perceiving (irrationally?) risk.

- E. Boost its supporters, frighten it opponents.
 - F. Seek to undermine beliefs in the collective values of society.
- Terrorists uses the victims' imagination against themselves
- 4- Technology of the despised West is used against it
 - A. Even the Taliban, who are averse to technology, had a Web site.
 - B. Web and other technologies such as SMS are more difficult to censor.
 - C. Terrorists' Web sites are better suited to their target audiences than 'official' sites.
 - D. Effective use of video imagery on Web and, subsequently, the mass media.
 - 5- Technology has decreased the West's dominance of mass communication.³¹
 - A. The terrorists' strategy is recognises the importance of having information/influence practices.
 - B. The importance of the media is shown by the increase in violent targeting of broadcasters by Western militaries and governments.
 - C. Censorship of the Web is increasing although terrorists seem to be able to combat this. It is the Mind/Influence functions that will be further discussed below Operations.

In the other side ,the influence and terrorist groups often be regarded as terrorist groups it is fighting the war asymmetric mostly psychological warfare.

Psychological warfare is a term used to describe a set of procedures, which consists of violence or the threat of violence as well as some form of psychological warfare operations, and psychological operations consist of actions such as disinformation and deception and propaganda, and show false strength, in the forms of the most successful, it can Create a victory without the need to use traditional power, has been considered as another way to make the surrender of the enemy.

However, their methods can be used to destroy the morale of the enemy, and to promote pro position, in the contemporary terrorist acts actors are the terrorists themselves, and their supporters, and to try to attract neutral groups to its side, in addition to confuse governments and world public opinion, the terrorists know they can not win using violence alone because they are in a weak position militarily, so the violent components terrorist acts are symbolic and designed to send political messages, any sense, if there is no message to be understood by the target audience and then things like bombings and shootings will not have any goal, but the violence itself.

Although some religious terrorist groups based on what seems to be interested in maximizing body counts, there is still the basic political message, mentions that symbolic acts of violence should be analyzed using the following factors:

1. The purpose of the communication,
2. In the context of communication,
3. Relative in a symbolic message.

Since each of these acts of violence have goals or public elementary and secondary schools, and universities.³²

conclusion

clearly recognizes that cyber terrorism is a serious problem (“Threats and protection).

There are many forms of terrorism on the Internet. Some are not dangerous enough to be deemed a simple spread of information instead of terrorism. They are simple show of skill and are harmless.

Acts of cyber-crimes may involve stealing of money, company secrets, or attacking country’s infrastructure and causing real damage.

Cyber terrorism is an impending threat to the United States, or any other technologically advanced country. Even nations with more primitive technology can be negatively affected by the “ripple effect”.

With the excess of technology increasing at a tremendous rate, the threat of cyber terrorism will only get worse .

Cyber-terrorism is a complex issue that is vital for information security specialists and to some extent the society to recognize. One must be conscious of all of its characteristics in order to better evaluate how and where the "terrorists" are likely to attack our approach.

What makes this subject significant is that a cyber terrorist attack is comparatively very easy and economical to instigate. For that reason, it can from any where in the world, at anytime, and, more importantly, the stakes of this cat and mouse game are can be quite high. In view of the fact that it is only a matter of time before a system is attacked, one must stay alert and share the knowledge obtained so that we can help protect ourselves at a personal, business, and national level.

Notes

¹ - M. Watney: State surveillance of the internet: human rights infringement or e-security mechanism? South Africa, University of Johannesburg, 42 Int. J. Electronic Security and Digital Forensics, Vol. 1, No. 1, 2007 , Copyright © 2007 Inderscience Enterprises Ltd.. pp.42-54

² - *ibid* ; p p – 45.46.

³ - *ibid*: p – 47.

⁴ - Denning, D. (1999). Activism, hacktivism, and cyber terrorism: The Internet as a tool for influencing foreign policy. Retrieved October 10, 2003, from <http://www.nautilus.org/...html>

⁵ - Galley, P. (1996, May 30). Computer terrorism: What are the risks? [English translation July 1, 1998 by Arif M. Janmohamed]. Retrieved November 2, 2003, from http://www.genevalink.ch/pgalley/infosec/sts_en/terrinfo.html

⁶ - Denning, D. (2000a, May 23). Cyberterrorism. Testimony before the Special Oversight Panel on Terrorism Committee on Armed Services U.S. House of Representatives Retrieved October 10, 2003, from, <http://www.cs.georgetown.edu.....html>

⁷ - Hildreth, S. (2001, June). Cyberwarfare. [CRS Report for Congress]. Retrieved November 10, 2003, from <http://www.fas.org/irp/crs/RL30735.pdf>

⁸ - Hirsch, E. Jr., Kett, J. & Trefil, J. (2002). The new dictionary of cultural literacy (3rd ed.). Boston: Houghton Mifflin.

⁹ - See generally G. WEIMANN, *TERROR ON THE INTERNET: THE NEW ARENA, THE NEW CHALLENGES* (2006) see also Hof fman, at. 4; WEIMANN, *WWW.TERROR.NET*, at 2.

¹⁰ - L. Thomas, *Al Qaeda and the Internet: The Danger of "Cyberplanning,"* 33 *PARAMETERS* (2003); at 112, 112–123.

¹¹ - G. Weimann, *Virtual Training Camps: Terrorist Use of the Internet*, in *TEACHING TERROR: STRATEGIC AND TACTICAL LEARNING IN THE TERRORIST WORLD* 110, 111 (James J.F. Forest ed., 2006); WEIMANN, *TERROR ON THE INTERNET*, at 30; Irving Lachow & Courtney Richardson, *Terrorist Use of the Internet: The Real Story*, 45 *JOINT FORCE Q.* 100, 100–02 (2007) at 100; WEIMANN, *WWW.TERROR.NET*, at 2–11.

¹² - See generally Weimann , *TERROR ON THE INTERNET*, &; Weimann, *Virtual Training Camps* .

¹³ - Marc Rogers, *The Psychology of Cyber-Terrorism*, in *TERRORISTS, VICTIMS AND SOCIETY* 77 (Andrew Silke ed., 2003).

¹⁴ - WEIMANN, *TERROR ON THE INTERNET*, at 25.

¹⁵ - Bruce Hof fman, *Al Qaeda, Trends in Terrorism, and Future Potentialities: An Assessment*, 26 *STUD.CONFLICT & TERRORISM* 427, 435 (2003).

¹⁶ - Global network of terrorists appearance has given way much easier access to information and the exercise of command and control of operations, and continued operational charge of the attacks of 9/11, Mohamed Atta, a web of Hamburg, Germany, to discuss US flight schools, has become a target for intelligence gathering more sophisticated, these changes have made the threat warning and control more difficult... see *NAT'L COMM'N ON TERRORIST ATTACKS UPON THE U.S., THE 9/11 COMMISSION REPORT* 88 (2004).

¹⁷ - *Ibid.* at 157, 529 n.140, 530 nn.152, 221–222.

¹⁸ - Dorothy E. Denning, *Cyberterrorism: The Logic Bomb Versus the Truck Bomb*, *GLOBAL DIALOGUE* (Autumn 2000) <http://www.worlddialogue.org/content.php?id=111>; Dorothy E. Denning, *Activism, Hacktivism, and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy*, in *NETWORKS AND NETWARS* 239,281 (John Arquilla & David Ronfeldt eds., 2001).

¹⁹ - G. Weimann: *Terror in Cyberspace*, & His recent book, *Terror on the Internet: The New Arena, the New Challenges*, was published in Washington, D.C., in 2006.p- 26.

²⁰ - Phillip A. Karber, *Urban Terrorism: Baseline Data and a Conceptual Framework*, 52 *SOC. SCI. Q.* 521, 527–33 (1971).

²¹ - Ralph E. Dowling, *Terrorism and the Media: A Rhetorical Genre*, 36 *J. COMM.* 12, 14 (1986).

²² - J. Bowyer Bell, *Terrorist Scripts and Live-Action Spectaculars*, 17 *COLUM. JOURNALISM REV.* 47, 50. (1978).

²³ - G. Weimann, *Media Events: The Case of International Terrorism*, 31 *J. BROADCASTING & ELECTRONIC MEDIA* 21, 31 (1987) (analyzing media events and terrorist spectaculars).

²⁴ - Arquilla, J., Ronfeldt, D., Zanini, M. (1999) *The New Terrorism*, RAND, Santa Monica, pp.3984. , Medhurst, P. (2002) *Global Terrorism*, UNITAR, New York., Hof fman, B. (1998) *Inside Terrorism*, Columbia University Press, New York.

²⁵ - for example, alone contain from retired US federal employees system about a billion pages of information, much of which is free and is noted here is that many of these sites can provide interest to terrorist organizations and terrorists and more free, as well as, for example, that the terrorists can learn from the online tables and locations targets such as transportation facilities, nuclear power stations, public buildings, airports and ports so that they can know the counterterrorism measures taken in these places...fore more see Dan Verton: "Black Ice: The Invisible Threat of Cyber-Terrorism" , McGraw-Hill Osborne Media; 1st edition 2003, ISBN: 0072227877.

- ²⁶ - G. Weimann, Terrorist Dot Com: Using the Internet for Terrorist Recruitment and Mobilization, in *THE MAKING OF A TERRORIST* 53–65 (James J.F. Forest ed., 2006).
- ²⁷ - Weimann, Virtual Training Camps, at 119. & Weimann, G. (2006) *Terror on the Internet: The New Arena, the New Challenges*, United States Institute of Peace press, Washington, D.C.
- ²⁸ - Thomas, Al Qaeda and the Internet, at 112–123.
- ²⁹ - Goldberg L. : “Cyber risks confronting airlines: a practical approach to manage the risks and pursue the wrongdoer” *Air & Space Law*, <http://www.kluwerlawonline.com> . (2003), p p – 294. 310.
- ³⁰ - G. WEIMANN, *TERROR ON THE INTERNET: THE NEW ARENA, THE NEW CHALLENGES* (2006); Maura Conway, *Terrorism and the Internet: New Media—New Threat?*, 59 *PARLIAMENTARY AFF.* 283, 283–92 (2006).
- ³¹ - W. Hutchinson : *Information terrorism: networked influence* , Edith Cowan University Research Online Australian Information Warfare and Security Conference Security Research Institute Conferences, W Hutchinson Edith Cowan University Originally published in the Proceedings of 7th Australian Information Warfare and Security Conference, Edith Cowan University, Perth Western Australia, 4th - 5th December, 2006. This Conference Proceeding is posted at Research Online. <http://ro.ecu.edu.au/isw/10>, p-4-5.
- ³² - For example, the attacks on September 11, 2001 on New York and Washington immediate goal for the victims of violence, and secondary objectives such as the US government and the public of the World Islamic population, and higher masses in Europe and other countries. The symbolism of the attacks and the many objectives. The attacks on the US military (Pentagon) and government (a failed Whitehouse / Capitol), economic / capitalist trading systems and attempts (World Trade Center). Also, it can be considered an attack on the immunity of America "home", and modernity (represented by the Architecture World Trade Center)...see Weimann, G. (2004) *How Modern Terrorism Uses the Internet*, United States Institute of Peace, URL:WWW.USIP.ORG, Accessed 19 Sep 2006.& Weimann, G. (2006) .