

مجلة سداسية متخصصة محكمة

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

المجلد 13/عدد 01-2016
Volume 13/N° 01-2016

Revue Académique
de la Recherche Juridique

Revue Académique de la Recherche Juridique

السنة السابعة/ المجلد 13/عدد 01-2016

Septième Année / Volume 13 / N° 01-2016

رد م د: 2170-0087

ISSN:2170 - 0087

الإيداع القانوني: 2010_57

Dépôt légal:57_2010

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية



المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة السابعة/المجلد 13/عدد 01-2016

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

- موري سفيان.
- بن موهوب فوزي.
- بن خليفة سمير.
- عوف السعدي.

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 صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور نجيب بن عمر عوينات، جامعة جندوبة، تونس.
- الأستاذ الدكتور عائض سلطان البقي معهد الإدارة العامة الرياض، السعودية.
- الأستاذ الدكتور زرقين رمضان، جامعة باتنة.
- الأستاذ الدكتور كحلولة محمد، جامعة تلمسان.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي- جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور محمد خليل يوسف ابو بكر-جامعة الزيتونة، عمان، الأردن.
- الأستاذ الدكتور جيل ماثيو، جامعة بول سيزار مارسيليا، فرنسا.
- الأستاذ الدكتور لويس كادي، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلباك، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- 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.
- الدكتورة آمال كامل محمد عبد الله، جامعة السلطان قابوس- سلطنة عمان.

أهداف المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

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

تتمتع المجلة بهيئة تحرير تشمل مدير للنشر ورئيس التحرير ولجنة علمية ولجنة قراءة، تضم مجموعة من الأساتذة الجامعيين (برتبة أستاذ، أستاذ محاضر)، البارزين والمتخصصين في الدراسات القانونية من بعض الجامعات الجزائرية، وتدعمت خلال سنة 2014 من خلال المجلس العلمي لكلية بأسماء أساتذة وباحثين أجانب قصد إصبغها 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 خيرة (02) لتقييم القيمة العلمية لهذه المقالات والتأكيد على قبولها أو رفضها للنشر، كما يمكن اللجوء إلى خبرة ثالثة في حالة تعارض الخبرتين.

تهدف المجلة من هذا المنطلق إلى تحقيق أهداف علمية يمكن 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.

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مقاييس النشر

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

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

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات: يذكر صاحب المقال الاسم واللقب والرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية يكتبها باللغة العربية والفرنسية، بالنسبة للباحثين الأجانب يتعين عليهم إفادتنا ب: سيرة ذاتية مؤشر عليها من طرف الهيئة المستخدمة، أو شهادة عمل.

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

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

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

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

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

المظهر: يجب ألا يتجاوز المقال 20 صفحة.

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

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

البريد الإلكتروني: revue.academique@yahoo.fr

الهاتف/ فاكس: 034229357

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

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

كلمة رئيس التحرير

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

على نفس المنوال تُواصل المجلة الأكاديمية للبحث القانوني استقطابها لأقلام قانونية ذات نوعية من داخل الوطن وخارجه، وتحاول في كل مرة أن تُحسن من جودة بحوثها فتختار محكمين من ذوي الخبرة والدراية بالنشاط العلمي في إطار شفافية مطلقة، مع استحداث مدققين لغويين في اللغات الثلاثة.

نظرا للبحوث الكثيرة التي تصلنا من شتى الأقطار تم التوصل مع إدارة المجلة إلى نشر 28 مقال باللغتين، بحيث تناولت المجلة العديد من المجالات حتى تُراعي التنوع، سواء ما تعلق بمجال العدالة الجنائية التصالحية، العقد الالكتروني، قانون العمل، الملكية الفكرية، قانون الأسرة، قانون الاستثمار، الجماعات الإقليمية، قانون التأمين، المحكمة الجنائية الدولية، مجلس الأمن، قانون الوقاية من الفساد و القانون الإداري، وغيرها من المجالات.

لازالت المجلة وستظل إنشاء الله على منوالها في الترحيب بمقالات كافة الأساتذة الباحثين الذين يرغبون في نشر مقالاتهم التي يصبون من خلالها إلى مناقشة رسائلهم أو للحصول على التأهيل الجامعي أو الترقية إلى درجة الأستاذية.

رئيس تحرير المجلة

الدكتور عبد الرحمان خلفي

الفهرس

أمل فاضل عبد خشان عنوز

11.....العدالة الجنائية التصالحية دراسة قانونية مقارنة.....

أقدس صفاء الدين رشيد البياتي

39.....التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني دراسة قانونية مقارنة.....

بودريوه عبد الكريم

71.....هل فَقَدَ (الفقدان) القضاء الإداري طابعَهُ الإجتهادي؟.....

إرزيل الكاهنة

86.....دور السوق الموازية في مجال التشغيل.....

راجي عبد العزيز

108.....الأسس النظرية والفنية لحماية المعرفة الفنية.....

كسال سامية (زوجة زايد)

الحماية القانونية للوثائق الرسمية في إطار قانون حق المؤلف "دراسة مقارنة في

الاتفاقيات الدولية وبعض القوانين الداخلية".....126

نجومن "م" قندوز سناء

الرقابة القضائية على امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة :

150عن الولاية والوصاية.....

بركاني أعمار

170.....إشكالية تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية.....

راشدي سعيدة

187.....الحماية الموسعة للعلامة المشهورة(دراسة مقارنة).....

زايدي أمال

الأشكال القانونية المتاحة للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر بعد
تطبيق قاعدة 49-51%..... 208

بخوش هشام

مدى مشروعية قرارات مجلس الأمن بخصوص إنشاء المحاكم الجنائية
الدولية الخاصة..... 227

برازة وهيبة

محدودية دور المنتخبين في تسيير مالية البلدية..... 244

قادري نسيمة

الوصاية المشددة على أعمال الجماعات الإقليمية : المساهمة المركزية في
اتخاذ القرار المحلي..... 258

كركادن فريد

ضمانات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري..... 275

فارج عائشة

خصوصية ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري..... 289

بن داود حسين

فعالية الحق في الدفاع ودورها في تكريس المحاكمة العادلة..... 307

بن لعبيدي مفيدة

إصلاح المنظومة القانونية من أجل ترشيد الممارسة السياسية في الجزائر
-المكاسب والإخفاقات-..... 327

لفقيري عبد الله

أساس وظيفة التعويض بين العقاب والإصلاح..... 346

مقدم فيصل

دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في الرقابة على مدى تنفيذ قواعد القانون الدولي
الإنساني إبان الثورة الجزائرية..... 366

عسالي نفيسة

اختصاصات المجلس الوطني للاستثمار في جانب الاستثمارات الأجنبية..... 386

ربيبي حسين

المراقبة الإلكترونية وحق الفرد في الخصوصية داخل الفضاء الرقمي..... 409

براهمية الزهراء و عزوزي عبد المالك

استخدام القوة المسلحة لحماية المدنيين في إطار المسؤولية عن الحماية..... 429

جدادوة عادل

مدى فعالية نظام روما في مكافحة الجرائم الدولية..... 449

مالكية نبيل

ضرورة التعاون بين الدول لمواجهة جرائم الفساد..... 472

سراغني بوزيد

الهيئات التعاهدية كآلية للحماية الدولية لحقوق الإنسان : اللجنة المعنية بحقوق
الإنسان نموذجا..... 492

شنتوفي عبد الحميد

الشراكة : آلية لتفعيل الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر..... 511

العدالة الجنائية التصالحية

دراسة قانونية مقارنة*

Professor. Amal fadhil abed kheshan annooz
Assistant Professor
College of Law Al-Nahrain University, Iraq.

أ.د. أمل فاضل عبد خشان عنوز
أستاذ مساعد
كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق.

الملخص:

يراد بالعدالة الجنائية التصالحية العملية التي يشارك فيها الضحية والجاني وأي فرد من افراد المجتمع، أو أي من أعضاء المجتمع المحلي من المتضررين من الجريمة، بتسوية النزاعات الناشئة عن الجريمة وانهاؤها بعيداً عن ساحات القضاء. فهي عن طريق وسائلها تعدّ طريقة غير قضائية لإدارة الدعوى الجزائية يمكن من خلالها المساعدة على تجاوز أزمة العدالة الجنائية التي تعاني منها كافة المجتمعات الانسانية. وهذا تعدّ العدالة التصالحية رد فعل متطور تجاه الجريمة والمعالجات التقليدية لها، تبني التفاهم بين أطراف النزاع وتعزز الانسجام الاجتماعي بين أفرادها.

الكلمات المفتاحية:

العدالة التصالحية، العدالة الجنائية، العدالة الآمنة، العدالة المجتمعية، العدالة المتوازنة.

The Reconciliation criminal justice

Comparative legal study

Abstract:

The concept of reconciliation criminal justice, the process which the victim and the offender and any member of the community or any of the members of the local community involving for affected by the crime to settle disputes arising from crime and termination of yards away from the judiciary. It is by their means is a non-judicial way to manage criminal case from which to help to overcome the crisis of the criminal justice suffered by all human societies.

By this system we can response sophisticated reaction to the crime and its traditional processors, the adoption of understanding between the parties to the conflict and promote social harmony among its members.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/01/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/02/14 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Keywords:

Reconciliation justice, criminal justice, safe Justice, Community criminal Justice, parallel justice.

La justice pénale conciliatrice

Etude juridique comparée

Résumé:

La justice pénale conciliatrice est le processus dont lequel participe la victime et l'accusé ou en présence d'autrui ou membres de la société civile touchés par l'infraction commise et ce, en vue de résoudre les conflits résultants de l'infraction loin des juridictions étatiques. Il s'agit d'un processus non juridictionnel d'administration de l'action publique qui pourrait permettre le désengorgement des tribunaux, et au même temps un moyen moderne de cohésion sociale et de lutte contre la criminalité.

Mots clés :

La justice conciliatrice, justice pénale, justice sociétale, justice parallèle.

مقدمة

تعاني الدول النامية منها والمتقدمة على اختلاف أيديولوجياتها من ظاهرة التضخم العقابي، التي تعدّ نتيجة طبيعية لاستخدام المشرع السلاح العقابي، لمواجهة الكثير من الأنماط المستحدثة من السلوك الاجرامي.

وتلازمت ظاهرة أزمة العدالة الجنائية مع ظاهرة التضخم العقابي في العراق، والتي كانت نتاجاً طبيعياً لتزايد عدد القضايا الجنائية، الأمر الذي بات يهدّد المحاكم بالشلل، وأضحى الوصول إلى العدالة الناجزة الآمنة أمراً عسيراً، وغدا القضاء معذوراً اذا لم يحقق العدالة الآمنة.

الأمر الذي دفع المجتمعات المحلية الى البحث عن البديل في خفض معدلات الجريمة، والعود والتوتر بين أبنائه تحت مسمى العدالة الجنائية التصالحية القائمة على المجتمع، والبحث في إمكانية تطبيقه في العراق، في ظل انتشار الجرائم والانحرافات الأقل خطورة وما يستدعي ذلك من اتباع طرق حديثة للحد منها، مقارنةً بما يعانيه العراق اليوم من توتر أمني وعمليات إرهابية تستدعي الحدّ منها بالطرق التقليدية.

والعدالة التصالحية فلسفة قديمة في مختلف المجتمعات، عادت مجدداً في بعض المجتمعات الحديثة، ونأمل اليوم بأن يكون لها مجال للتطبيق في مجتمعنا العراقي،

ليس بديلاً لنظام العدالة الجنائية بل كنظام يعمل بجانبه لتخفيف العبء عليه وبنهج جديد يقتلع جذور الجريمة ويرسي مبادئ المشاركة في حل المشكلات الاجتماعية.

أهمية البحث

وتنبع أهمية هذا البحث من أهمية الدعوة الى تعزيز اجراءات نظام العدالة الجنائية التقليدية، بتجربة جديدة من شأنها أن تعين المجتمعات المعاصرة على ايجاد حلول ناجعة لمشكلة الانحراف والجريمة.

وتكمن الغاية من امكانية تطبيق نظام العدالة التصالحية في معالجة القضايا الجنائية والمنازعات المحلية بالحوار والتوفيق والصفح والتصالح، والسعي لإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الجريمة، ويتم الحوار والتوفيق بين الأطراف المعنية بمشاركة المجتمع وتحمل المسؤوليات وتعويض الضحايا وازالة آثار الجريمة وأسبابها.

ومما يضاعف من أهمية الدعوة الى الانتقال بنظام العدالة الجنائية إلى نظام العدالة التصالحية المجتمعية، انسجامها التام مع ثوابت المجتمعات العربية والاسلامية التي عرفت ثقافتها هذا النهج في التعامل مع مشكلة الجريمة. إذ عرفت المجتمعات العربية في تاريخها القديم نظم القضاء الأهلي، وتسوية المنازعات بالطرق الودية والاحتكام لرؤساء القبائل والشيوخ والعمد. ولعل أكثر ما يعزّز دعوتنا إلى إحداث هذه النقلة ما جاء به ديننا الحنيف، دين العدالة والمغفرة والرحمة والصفح والمحبة. وفي القرآن الكريم إشارات واضحة منها قول الله تعالى في سورة النور "وليعفوا وليصفحوا ألا تحبون أن يغفر الله لكم" الآية 22، وقوله جل وعلا في سورة الشورى "وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله" الآية 40.

اشكالية البحث

من المؤمل أن يجيب هذا البحث على عدد من التساؤلات، أهمها: ماهي الوسائل البديلة في حل المنازعات الجنائية في العراق وغيرها من الدول؟ وما مدى مشروعية تلك الوسائل إن وجدت؟

منهجية البحث

يعدّ موضوع العدالة الجنائية التصالحية القائمة على عاتق المجتمع، من الموضوعات التي يقتضي البحث فيها اتباع المنهج الوصفي التطبيقي، حيث تعتمد على تجارب المجتمعات الأخرى، وعلى ما توافر من دراسات أجنبية وعربية سابقة. ولما كان لفلسفة العدالة الجنائية المجتمعية نماذج وتطبيقات عديدة، فإننا نتناول أبرز تلك النماذج ألا وهو العدالة التصالحية المجتمعية باعتبارها المحور الذي يحظى الآن باهتمام المجتمع الدولي، والمرحلة التي تسبق تطبيق العدالة الجنائية المجتمعية الشاملة موضحين جذورها وقواعدها. كما نشير إلى النماذج والتطبيقات الأخرى مثل العدالة المتوازنة ومساعدة الضحايا كآليات يمكن العمل بها وصولاً للعدالة التصالحية المجتمعية.

خطة البحث

سنقسم دراستنا إلى مقدمة ومبحثين: نعالج في المبحث الأول تعريف العدالة الجنائية التصالحية وذلك ضمن مطلبين نعالج في المطلب الأول نشأة وتطور العدالة الجنائية التصالحية، وفي المطلب الثاني ذاتية العدالة الجنائية التصالحية التي تميزها عن غيرها من الأنظمة.

أما عنوان المبحث الثاني فكان مخصصاً لبيان وسائل وآليات تطبيق نظام العدالة الجنائية التصالحية في ثلاثة مطالب: عالجتنا في المطلب الأول وسائل العدالة الجنائية التصالحية، وفي المطلب الثاني بيّنا آليات تطبيقها، أما المطلب الثالث فقد كان عنواناً لأهم تطبيقات العدالة الجنائية التصالحية مع إبراز معوقات تطبيق هذا النظام في العراق وإيجاد السبل الكفيلة لتذليلها في خاتمة مقسمة إلى أهم الاستنتاجات والمقترحات في هذا الشأن.

المبحث الأول/تعريف العدالة الجنائية التصالحية

تعدّ عبارة العدالة الجنائية التصالحية Restorative justice من العبارات المستحدثة التي غزت ميادين البحوث الجنائية ودراسات نظم العدالة الجنائية، ويقصد بها "اللجوء إلى المجتمع في التعامل مع الجريمة والانحراف"، أو كما يعرفها

آخرون "عملية الاستجابة للجريمة بطريقة تعزز إعادة الحالة إلى طبيعتها وتوفق بين جميع الأطراف المتضررة من الجريمة"⁽¹⁾.

ونتيجة لتفاقم مشكلة الجريمة وارتفاع تكاليف مواجهتها المالية، ونجاح تجربة المشاركة المتمثلة بالشرطة المجتمعية، وظهور حركة حماية ضحايا الجريمة ومردودها على المجتمع في تحقيق الأمن والاستقرار، برز مفهوم العدالة الجنائية التصالحية لارتباطه اللصيق بالمجتمعات المحلية والأعراف والعادات والتقاليد السائدة فيها.

ومن أبرز نماذج العدالة الجنائية التصالحية نموذج "العدالة القائمة على المجتمع" أو كما يسميها البعض "عدالة إعادة الحالة إلى طبيعتها"، التي لفتت انتباه الباحثين لأول مرة في السبعينيات من القرن العشرين، حينما ظهرت في شكل الوساطة والتوفيق بين أطراف الخصومة التي تقوم بها جهات أهلية أو حكومية وصولاً إلى ترميم العلاقة بين الأطراف المتنازعة بأسرع الطرق وأقلها تكلفة وبعبداً عن نظم العدالة الجنائية.

وهذا تعدد عدالة إعادة الحالة إلى طبيعتها، أحد الأطر الفلسفية الحديثة لرؤية متوازنة تقود إلى الانخراط الأمثل للضحية ومرتكب الجريمة والمجتمع بأسره في عملية توفيقية، تهدف إلى تقديم بديل للعقوبات الجنائية والمعاملة التقليدية السائدة الآن في القضايا الجنائية. وهي بذلك لاتعدّ مجرد نظرية أكاديمية في حقل دراسات الجريمة والعدالة الجنائية فحسب، بل هي خيار من خيارات التجارب الناجحة التي تضم بين آلياتها مساعدة الضحايا والوساطة والتوفيق بين أطراف الجريمة. لتكون بذلك العدالة الجنائية التصالحية فلسفة ومنهج لموازنة الاهتمامات والاحتياجات لدى ضحايا الجريمة ومرتكبيها والمجتمع المحيط بها.

المطلب الأول/التأصيل التاريخي للعدالة الجنائية التصالحية

يرتبط تأريخ العدالة الجنائية التصالحية ارتباطاً وثيقاً بتاريخ نشأة وتطور الصلح والتراضي، ولأن أي نظام لا يمكن فهمه جيداً إلا من خلال تأريخه⁽²⁾، ارتأينا تخصيص الفرع الأول لنشأة وتطور العدالة الجنائية التصالحية.

ونظراً للاهتمام الدولي بفكرة العدالة الجنائية التصالحية، القائمة على المجتمع في ضوء المتغيرات التي تموج بها الساحة الدولية لتجاوز أزمة العدالة الجنائية، عالجتنا

هذا الموضوع بشيء من الأيجاز في الفرع الثاني بعنوان "الاهتمام الدولي بالعدالة الجنائية التصالحية".

الفرع الأول/نشأة وتطور العدالة الجنائية التصالحية

يعدّ الموروث القانوني للحضارات القديمة أساس القوانين الوضعية الراهنة، حيث كان ينظر إلى الجريمة وكأنها حالة شخصية تهم المتضرر من الجريمة في المقام الأول، ويعدّ مرتكب الجريمة وأسرته مسؤولين عن استرضاء المجنى عليه وأسرته وتسوية الأمر معهم مباشرةً. وفي مقدمة تلك القوانين القانون السومري وحضارة مملكة بابل القديمة، حيث وجد نص يفرض عقوبة التعويض على المتضرر وأسرته في جرائم العنف والإيذاء، ووجد نص مماثل في قانون حمورابي الذي نص صراحة على عقوبة تعويض المتضرر في جرائم الأموال⁽³⁾.

وعرفت مصر في عصر الفراعنة الاجراءات الموجزة في الجرائم البسيطة، فأنشأت محاكم الشرطة والمحاكم المنزلية، حيث كان يتبرأ الأخيرة رب الأسرة أو من ينيبه عنه، وكان الجزاء الذي تقضي بها تلك المحاكم ذا طابع تأديبي⁽⁴⁾.

واعتبرت الأديان السماوية أكثر اهتماماً بالعدالة التصالحية، عن طريق تعويض المتضرر من الجريمة ومعالجة أوضاعه على حساب الجاني. فالإنجيل أقر العفو عن القصاص⁽⁵⁾، ولم تكن عقوبة العين بالعين والسن بالسن والقصاص في الجروح الواردة في الشريعة الاسلامية، إلا صورة متكاملة من صور العدالة التصالحية الرامية إلى إعادة الأمور إلى نصابها على أسس تشفي وتصلح ما في النفوس.

وأجازت الشريعة الاسلامية الغراء الصلح وأدركت أهميته، فأجازته في جرائم الدم بقصد وأد الرغبة في الثأر والانتقام، وليعمّ الأمن بين الأفراد داخل المجتمعات بعد اصلاح ما أفسدته الجريمة، وعودة العلاقة بين الجاني والمجنى عليه أو أولياء دمه لقول الله تعالى في سورة النساء "والصلح خير"⁽⁶⁾ وقوله تعالى في سورة الحجرات "إنّما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون"⁽⁷⁾.

وخلال الفترة ما بين القرنين التاسع عشر والحادي عشر، عملت المجتمعات البدائية في العديد من الدول الغربية بنظام التفاوض وتسوية القضايا الجنائية بالصلح والتراضي⁽⁸⁾. وفي القرن الثاني عشر عرف القانون الروماني الصلح في المنازعات

كضرورة اجتماعية في الجرائم البسيطة، وفي القرن الخامس عشر ولما استبدل القانون الروماني بالقانون الكنسي ظهر نظام قاضي الصلح، وكانت انجلترا الأسبق في الأخذ بهذا النظام والذي كان يفصل في القضايا قليلة الأهمية⁽⁹⁾.

وعلى الرغم من التحول الذي حدث في بريطانيا في عهد هنري الأول، الذي امتد تدريجياً إلى تلك المجتمعات وسلبها أعرافها وتقاليدها في التعامل مع القضايا الجنائية. إلا أنّ القرن العشرين قد شهد تطوراً ملحوظاً في هذا المجال، حين بدأت بعض الدول الغربية في إعادة إحياء نظام العدالة التصالحية في الفصل بين الأطراف المتنازعة الذي كان سائداً من قبل بصورة منظمة ووفق قواعد مدروسة يعمل بها في جرائم محددة وتحت رقابة تلك الدول⁽¹⁰⁾.

وفي عام 1970 أنشئت في الولايات المتحدة الأمريكية مراكز لتطوير البرامج المحلية للتوفيق بين الخصوم وحل القضايا خارج نظام العدالة الجنائية، وتعتبر ولاية شيكاغو من أولى الولايات الأمريكية التي اهتمت إلى نظام الوساطة غير المقتننة لإنهاء المنازعات بعيداً عن المحاكم والذي تم تعميمه في كافة محاكم الجنح منذ عام 1983⁽¹¹⁾. وقد نقلت تلك التجربة إلى بعض مقاطعات كندا⁽¹²⁾، ونجحت تجارب الوساطة في بولندا ويوغسلافيا والاتحاد السوفيتي⁽¹³⁾.

وفي أستراليا تم انشاء ثلاثة مراكز تجريبية لتقديم خدمات التوفيق والمصالحة عام 1980، وبعد نجاح تلك التجربة تم انشاء العديد من المراكز المماثلة في المدن والأرياف⁽¹⁴⁾.

وهذا اعتبرت الوساطة الجنائية أحد بدائل العدالة التقليدية، عندما طورت عدد من الدول قوانينها الاجرائية منذ عام 1980⁽¹⁵⁾.

وقد شرعت النرويج وفنلندا في العمل بنظام العدالة التوفيقية منذ عام 1981، واقتصرت تطبيقاتها في مجال الأحداث الجانحين. وفي ذات العام بدأت تجربة العدالة التصالحية في نيوزيلندا بانشاء لجنة استشارية أهلية للنظر في قضايا إساءة معاملة الاطفال، حيث قامت هذه اللجنة في عام 1983 بانشاء فريق لحماية الاطفال، تضمنت اختصاصاتها التوفيق بين أفراد الاسرة وتسوية المنازعات العائلية، وتبع ذلك النص على العدالة التصالحية في قانون العدالة الجنائية النيوزيلندي عام 1985⁽¹⁶⁾.

أما البداية لتجربة العدالة التصالحية في بريطانيا فكانت في عام 1990 حين أطلق مشروع ديغون ومحاكم أكستر، وكان التطبيق الفعلي في عام 1996 حين أنشأ مركز نيوهام لخدمات العدالة التوفيقية.

أما عن فرنسا فقد أجريت التجربة الأولى للعدالة التوفيقية عام 1992 في منطقة ليون الفرنسية، حيث عرفت نظام بيوت العدالة الذي بموجبه تتم معالجة القضايا الجنائية في بيت العدالة، عن طريق التقريب بين الأطراف من أجل الوصول الى اتفاق وتسوية ودية للنزاع. وأمام تلك التجارب غير المقننة، تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 93-2 الصادر في 4 يناير سنة 1993 ونص على الوساطة الجنائية باعتبارها وسيلة لعدالة غير تقليدية⁽¹⁷⁾.

وظهر نظام العدالة التوفيقية في ألمانيا عام 1992، في سياق تطبيق عقوبات الغرامة والتعويض التي بدأت تطبقها المحاكم الجنائية كعقوبات بديلة للسجن تبادياً لأزدحام السجون، وهكذا وجد الاتجاه التوفيق في العقوبات المالية قبولاً لدى الأطراف المتنازعة، مما شجع على التوسع في تطوير برامج العدالة التصالحية⁽¹⁸⁾.

وفي عام 1995 شرعت جمهورية جنوب أفريقيا برامج العدالة التصالحية، بإنشاء لجنة طوعية للحقيقة والتوفيق وظيفتها جمع الحقائق حول المنازعات بالطرق الودية والجمع بين الأطراف في حوار يقود الى حلول ترضي الأطراف⁽¹⁹⁾.

ومنذ عام 1999 شرعت معاهد بحوث العدالة الجنائية في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، بريطانيا، استراليا، نيوزيلندا، جنوب افريقيا، وسنغافورة، في إجراء دراسات مشتركة لتقييم تجاربها في نظام العدالة التصالحية. وكشفت نتائج تلك الدراسات المعلنة خلال الاعوام 2003-2004 عن حقائق مشجعة تجبر المجتمعات الأخرى على السير في هذا الاتجاه الحديث⁽²⁰⁾.

وفي مقدمة تلك المجتمعات المجتمع العراقي ولأسباب عديدة أولها: عدم قناعة المجتمع العراقي بأداء وفاعلية أجهزة نظام العدالة الجنائية الراهن، وثانيها: المغالاة في فرض عقوبات الغرامة والتعويض في أغلب القضايا الجنائية، فضلاً عن تكديس القضايا أمام المحاكم الجنائية وازدحام المؤسسات العقابية، وارتفاع تكاليف أجهزة

نظام العدالة الجنائية، مع تزايد عدد الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي وخاصةً الجرائم الارهابية التي تشغل أجهزة العدالة الجنائية.

الفرع الثاني/الاهتمام الدولي بالعدالة الجنائية التصالحية

بدأ الاهتمام بفكرة العدالة التصالحية على المستوى الدولي لأول مرة بصفة رسمية، عام 1990 في مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، وذلك من خلال مناقشات ومداخلات المنظمات غير الحكومية في الجلسات الجانبية المنظمة على هامش المؤتمر⁽²¹⁾.

وشكّل المؤتمر التاسع الذي عقد في القاهرة عام 1995، نقطة تحول في مجال الانتقال من نظام العدالة الجنائية المعروفة بعدالة الخصومة إلى نظام العدالة التصالحية. حيث طرحت بعض المسائل المتصلة بالعدالة التصالحية في سياق تطوير نظام العدالة الجنائية، وإيجاد بدائل للعقوبات السالبة للحرية. وقد نجم عن ذلك تشكيل مجموعة عمل لدراسة فكرة العدالة التصالحية والترويج لمفهومها، توطئة لمناقشتها على هامش مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين⁽²²⁾.

ولكون مسألة العدالة التصالحية على درجة عالية من الأهمية، الأمر الذي يقتضي إدراجها ضمن الأجندة الرئيسية لمؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين. رفعت تلك المسألة إلى الاجتماعات التحضيرية الخاصة بالمؤتمر، ومن خلال تلك الأعمال التحضيرية توفرت المعلومات حول فلسفة العدالة التصالحية، وفي مقدمتها دليل العدالة التصالحية الذي قدم تعريفاً متفقاً عليه للعدالة التصالحية ومبادئها وبرامجها النموذجية.

وفي عام 1997 قامت لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية باعداد أجندة المؤتمر العاشر ودرجت في البند الرابع موضوع: الجاني والضحية، المساءلة والانصاف في اجراءات العدالة.

ومنذ أن أدرجت لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، موضوع العدالة التصالحية في أجندة الاعمال التحضيرية لمؤتمر الامم المتحدة العاشر عام 1997، شرعت عدة جهات حكومية وغير حكومية في اعداد مقترحات لمبادئ العدالة التصالحية أهمها: مسودة المبادئ الأساسية للعدالة التصالحية، المعدة بواسطة

مجموعة العمل المشكّلة من قبل مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، وإعلان "لوفان" لسنة 1997 الصادر عن الشبكة الدولية لبحوث العدالة التصالحية، فضلاً عن معايير العدالة التصالحية الصادرة عن اتحاد العدالة التصالحية البريطانية، والمواجهات الأخلاقية للتوفيق بين الجاني والضحية الصادرة عن جمعية التوفيق بين الضحايا والجناة⁽²³⁾.

وفي عام 1999 أعدت نفس اللجنة مشروع الاعلان الذي صدر عن مؤتمر الامم المتحدة العاشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية، مع الاشارة بوضوح في الفقرة (25) من الاعلان، إلى العدالة التصالحية والطلب من الدول الأعضاء مراجعة معاملة ضحايا الجريمة، وادخال آليات التوفيق بين الجاني والضحية، ودعوة الأمم المتحدة الى اعتماد معايير وقواعد خاصة للعدالة التصالحية⁽²⁴⁾.

وفي أعقاب اعتماد الاعلان المشار اليه من قبل الامم المتحدة العاشر، طرأت نقلة كبيرة على الاهتمام بالعدالة التصالحية، حيث تبنى المجلس الاقتصادي الاجتماعي التابع للأمم المتحدة قراراً يدعو الدول الأعضاء لتطوير برامج العدالة التصالحية، لاسيما وقد ألحق بالقرار وثيقة أطلق عليها المبادئ الأساسية لاستخدام برامج العدالة التصالحية في الأمور الجنائية.

وفي عام 2005 بلغ التركيز على العدالة التصالحية ذروته في مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر الذي عقد في بانكوك. حيث يلاحظ اهتمام مختلف دول العالم بمسألة العدالة التصالحية، وتسابقت تلك الدول في عرض تجاربها وتطبيقاتها، أمام المشاركين في المؤتمر الذي تجاوز عددهم 2300 من ممثلي الدول الاعضاء وممثلي المنظمات غير الحكومية والخبراء⁽²⁵⁾.

المطلب الثاني/ذاتية العدالة الجنائية التصالحية

يستند نظام العدالة الجنائية التصالحية إلى عدة دعائم فلسفية تبرره، وتجعله يتشابه مع العديد من المصطلحات أهمها العدالة المجتمعية والعدالة المتوازنة، الأمر الذي يقتضي تمييزه عن تلك المصطلحات في فرعين مستقلين وعلى النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول/تميز العدالة الجنائية التصالحية عن العدالة المجتمعية

يراد بالعدالة المجتمعية community justice، الوسيلة الاستراتيجية لخفض معدلات الجريمة ومنعها عن طريق بناء وتعزيز المشاركة داخل المجتمعات وذلك لمواجهة الجريمة والانحراف من خلال ممارسة عمليات حل المشكلات، والوقاية من الجريمة، ومكافحة ما يقع منها، وإصلاح الأضرار الناجمة عنها، والسعي الدؤوب إلى كسب الثقة لنظام العدالة بصفة عامة. وتعبير آخر تعني "عملية ووسيلة لمواجهة الجريمة عن طريق استباق الحدث وحل المشكلات والتدخل، للحفاظ على أمن المجتمع والارتقاء بجودة الحياة"⁽²⁶⁾.

وتستخدم عبارة العدالة المجتمعية أحيانا كعبارة مترادفة لعبارة العدالة التصالحية، في حين أنّهما عبارتان مكملتان لبعضهما، ولا تحل إحداها محل الأخرى. فإذا كانت العدالة المجتمعية تسعى إلى تحويل نظام العدالة إلى نظام شامل، يعمل بالمشاركة مع المجتمع بهدف التأثير على بيئة المجتمع، فإنّ العدالة التصالحية تسعى إلى تعزيز عملية إعادة حالة جميع الأطراف المتضررة من الجريمة إلى طبيعتها، بهدف تأمين ترقية العلاقات السلمية والانسجام بين مرتكبي الجرائم والضحايا والمجتمع. ذلك أنّ العدالة التصالحية ماهي إلا عملية الاستجابة للفعل الاجرامي بالكيفية التي تؤثر على طريقة الأداء.

وعليه إنّ العلاقات الإنسانية الايجابية التي توفرها العدالة التصالحية، تنشئ بيئة مجتمعية ايجابية حاسمة في انجاح استراتيجية العدالة المجتمعية.

الفرع الثاني/تميز العدالة الجنائية التصالحية عن العدالة المتوازنة

يراد بالعدالة المتوازنة parallel justice، إطاراً للتعامل مع الجريمة بأسلوبين منفصلين ومتوازيين من الاجراءات العدلية، أحدهما للضحية والثاني للجاني والتي تعد الأخيرة ردة فعل الدولة والمجتمع تجاه الحدث الاجرامي⁽²⁷⁾.

فإذا كانت أجهزة العدالة الجنائية تتحرك للتعامل مع مرتكبي الجرائم باتخاذ اجراءات معينة، من إلقاء القبض والتوقيف والتحقيق والمحاكمة واعادة تأهيلهم، فإنّ أنصار العدالة المتوازنة يدعون إلى تحرك أجهزة أخرى، مماثلة من الناحية الأخرى للتعامل مع ضحايا تلك الجرائم، باتخاذ اجراءات للعناية بالضحايا ومعاونتهم على

تجاوز الظروف الاجتماعية والاقتصادية والنفسية، التي فرضت عليهم ظلماً من جراء الجريمة التي ارتكبت في حقهم، كون الضحية المتضرر المباشر والأكثر خسارة من جراء ارتكاب الفعل المخالف للقانون، إذ هو محور العدالة التي يسعى إليها المجتمع.

فعندما ترتكب جريمة ما تأتي ردة الفعل الاجتماعي تجاه الجاني الذي خالف القوانين والأنظمة في المجتمع، وتقوم أجهزة العدالة الجنائية بإجراءات معلومة وفق نظم قضائية معلنة، ويقوم المجتمع بمتابعة تلك الإجراءات القانونية المتخذة ضد مرتكب الجريمة، من خلال وسائل الاعلام وغيرها من النظم المعلوماتية وعلى النحو الذي يكفل لمرتكب الجريمة ضماناته وحقوقه الدستورية في مرحلتي التحقيق والمحكمة. في حين يقف الضحية وهو الأكثر علماً بتفاصيل الجريمة حائراً ينتظر ويسمع ما يقال عن مرتكب الجريمة من حقائق، وما يروى عن الجريمة من قصص، منها ما هو حق ومنها ما هو باطل. الأمر الذي جعل البعض يتساءل عن أسباب الدعوة إلى تفعيل نظام العدالة المتوازنة بجانب نظام العدالة الجنائية، لا سيما وأنّ الغالبية العظمى من ضحايا الجريمة لا تدخل نظام العدالة الجنائية، بسبب عدم إلقاء القبض على الجاني أو لعدم إحالة القضية إلى المحكمة المختصة، أو لقناعتهم بأنّ نظام العدالة الجنائية لا يوفر لهم علاجاً لما أصابهم من ضرر. كما أنّ نظام العدالة الجنائية بحكم تكوينه، مهياً للتعامل مع مرتكبي الجرائم لا مع ما يهدف إليه نظام العدالة المتوازنة من الاسهام في اعادة ترميم البيئة المحيطة بالضحايا، واعداد تأهيلهم لدخول المجتمع المنتج من جديد، وتوفير المأوى والعلاج والمال والغذاء والرعاية النفسية وغيرها من المساعدات الفورية.

ونتيجة لما تقدم، قد يلحظ البعض تشابهاً بين آليات وأهداف نظام العدالة التصالحية موضوع البحث ونظام العدالة المتوازنة، في حين أنّهما نظامان مختلفان من حيث الوظيفة ونطاق الخدمات التي يقدمها كل منهما. إذ يحرص نظام العدالة التصالحية على تطبيق القواعد المنظمة لحقوق المتهمين والضحايا بصفة عامة، وبآليات محددة قد تقتصر على الأجهزة الحكومية. بينما يعنى نظام العدالة المتوازنة بحقوق الضحايا وتحريك كافة امكانيات المجتمع الحكومية والأهلية، لتوفير أسباب العدالة والمعاملة المنصفة لهم المتضمنة في إعلانات الأمم المتحدة للمبادئ الأساسية

لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة، وبصفة خاصة تسهيل استجابة الاجراءات القضائية والادارية لاحتياجات الضحايا وتوفير المساعدة وحماية خصوصيات الضحايا وأسرهم.

المبحث الثاني/وسائل وآليات تطبيق نظام العدالة الجنائية التصالحية

يهدف هذا المبحث إلى الكشف عن معالم نظرية عامة لا تستمد معطياتها من التشريعات القائمة فحسب، بل ومن معطيات السياسة الجنائية المعاصرة التي يتركز عليها القانون الجنائي، ويمكن من خلال تلك النظرية التوصل إلى نموذج يصح الاهتداء به في تطبيق نظام العدالة الجنائية التصالحية، من أجل المساهمة في تجاوز أزمة العدالة الجنائية التي تعاني منها كافة المجتمعات الانسانية على اختلاف توجهاتها. ونتيجة لارتكاز السياسة الجنائية المعاصرة على مفهومين متوازنين للدعوى الجنائية هما: الخصومة الجنائية والمصالحة الجنائية، واعتبار الصلح الجنائي وسيلة فعّالة لتجاوز أزمة العدالة الجنائية، ارتأينا تسليط الضوء على تلك الوسائل الفعّالة في المطلب الأول تحت عنوان "وسائل العدالة الجنائية التصالحية"، مع بيان آليات تطبيق "نظام العدالة الجنائية التصالحية" عنواناً للمطلب الثاني.

المطلب الأول/وسائل العدالة الجنائية التصالحية

اتجه الفقه والتشريع نحو البحث عن وسائل لتجاوز أزمة العدالة الجنائية، وألفت البيئة القانونية فكرة جديدة هي فكرة الحد من التجريم والحد من العقاب، والتي تدعى بفكرة المعالجة غير القضائية للخصومات الجنائية.

وتحت أزمة العدالة التي تعاني منها الدول، اتجهت السياسة الجنائية المعاصرة صوب نظام الوساطة الجنائية ونظام الصلح بعد فشل النظام العقابي التقليدي في مكافحة الظاهرة الاجرامية.

ولكون نظام الوساطة الجنائية من أهم تطبيقات نظام الصلح او نظام مكمل لنظام الصلح الجنائي، افردنا له فرعاً مستقلاً عن نظام الصلح وعلى النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول/الوساطة الجنائية

تعدّ الوساطة الجنائية من الطرق المستحدثة لفض المنازعات الجنائية، وإحدى بدائل العدالة التقليدية، كونها وسيلة فعّالة لانهاء المنازعات بأسلوب ودي بعيداً عن

المحاكم⁽²⁸⁾. وهي بهذا المعنى صورة جديدة للعدالة الجنائية تدعم إن لم تحل محل العدالة التقليدية في مكافحة الجريمة⁽²⁹⁾.

ويراد بالوساطة الجزائية " ذلك الاجراء الذي بموجبه يحاول شخص من الغير، بناء على اتفاق الأطراف، وضع حد لحالة الاضطراب التي أحدثتها تلك الأطراف، عن طريق حصول المجنى عليه على تعويض كاف عن الضرر الذي حدث له فضلاً عن إعادة تأهيل الجاني"⁽³⁰⁾.

وعرفت بأنها " اجراء يتوصل بمقتضاه شخص إلى التقريب بين طرفي الخصومة الجنائية بغية السماح لهم بالتفاوض على الآثار الناشئة عن الجريمة أملاً في انهاء النزاع الواقع بينهم"⁽³¹⁾.

وقد نجحت تجارب الوساطة في العديد من الدول المتقدمة، بعد أن عرفت الوساطة في نطاق المنازعات الاجتماعية منذ قرابة ربع قرن حين كان الأفراد يلجأون للأعمال الوسائطية لتصفية المنازعات التي تدب بينهم، وصولاً إلى ما يسمى " بنظام بيوت العدالة" الذي عرفته مدينة ليون الفرنسية، حيث تتم معالجة القضايا الجنائية في بيت العدالة عن طريق التقريب بين الأطراف المتنازعة من أجل الوصول إلى اتفاق وتسوية ودية للنزاع⁽³²⁾.

وبعد نجاح التجارب غير المقننة في فرنسا، تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 93-2 لسنة 1993 ونص على الوساطة الجنائية كوسيلة لعدالة غير تقليدية، وأحد أهم الاجراءات غير القضائية لإدارة الدعوى الجنائية. وفي عام 1999 طوّر المشرع الفرنسي أحكام الوساطة الجنائية من أجل زيادة فعالية الاجراءات الجنائية، بإصداره القانون رقم 99-515، وبذلك أضحى مفهوم الوساطة الجنائية من المصطلحات المألوفة في البيئة القانونية الحديثة⁽³³⁾.

وقد تنازع الفقه الجنائي في تعريف الوساطة الجنائية، فذهب اتجاه إلى تعريف الوساطة من الوجهة الاجتماعية بأنها "طريقة مركبة لتنظيم الحياة الاجتماعية، بتدخل طرف محايد مستقل لا يملك سلطة الوسيط، ويملك به الأطراف المتنازعة حرية الاختيار"⁽³⁴⁾.

وهناك من يرى صعوبة في وضع تعريف محدد للوساطة، كونه أنموذج غير محدد المعالم ومن الجائز وصفه بعدالة التقريب المستمدة من التسوية الودية، أو عدالة انتقالية من العقوبة للتفاوض. وهناك من يعرف الوساطة الجنائية بأنها صورة من صور الصلح الجنائي أو من الاجراءات المكملة للصلح الجنائي.

إلا أنّ الاتجاه الراجح في الفقه الفرنسي يرى في الوساطة طريقة خاصة لاستبعاد الاجراءات الجنائية، إذ هو بديل عن الدعوى الجنائية وليس أسلوباً لإدارة الدعوى الجنائية كالصلح الجنائي. وبالتالي يمثل تعويضاً فعالاً للمجنى عليه، حيث يضع هذا النظام مصلحة المجنى عليه في المقام الأول.

ومن جانب آخر اعترف جانب من الفقه المصري بنظام الوساطة الجنائية، وعده صلحاً بمعناه الواسع. وهناك من يعتبره تطبيقاً لنظام الصلح أو كما يعبر عنه البعض بأنه بمثابة مجالس صلح، كونها تستهدف الوصول إلى اتفاق أو مصالحة بالطرق الودية⁽³⁵⁾.

وعلى الرغم من خلو التشريع الجنائي العراقي من نظام الوساطة الجنائية، إلا أننا لا يمكن إنكار اللجوء إليه من قبل المجالس العشائرية في العراق، للوصول إلى الصلح بين الجاني والمجنى عليه، وعدم اقتصره على وأد الخصومات التي تنجم عن الجرائم التي لا تحرك إلا بناءً على شكوى من المجنى عليه، بل امتد إلى غيرها من الجرائم لضمان التعويض الفعال عن الأضرار التي خلفتها تلك الجرائم.

ولا يمكننا إنكار دور الوساطة الجنائية في المجتمع العراقي كوسيلة فعالة ليس لتعويض المجنى عليه فحسب، بل للوصول إلى الصلح بين الجاني والمجنى عليه، على أن تهدف الوساطة إلى تحقيق الأمن بين أفرادها، وتوصل الجاني والمجنى عليه للتسوية الودية في نطاق أكثر إنسانية وليس العكس.

الفرع الثاني/الصلح الجنائي

دفعت أزمة العدالة الجنائية التي تعاني منها المجتمعات البشرية إلى الالتجاء إلى نظام الصلح الجنائي الذي بات ضرورة اجرائية ضماناً لتحقيق العدالة الآمنة الناجزة.

وأطلق الفقه على الصلح قديماً مصطلح التوفيق أو التسوية، وعرف بأنه "أسلوب لإنهاء المنازعات بطريقة ودية"⁽³⁶⁾، حيث يقوم على تلاقي إرادة المتهم وإرادة المجنى عليه،

وعرفه آخرون بأنه "إجراء يتم عن طريق التراضي على الجريمة بين المجنى عليه ومرتكبها خارج المحكمة"⁽³⁷⁾ حيث يمكن اتخاذه أساساً لسحب الاتهام من الجريمة.

وعرف جانب من الفقه الفرنسي الصلح بأنه "التصرف الذي يتم بموجبه التراضي" والتراضي يستلزم تنازل الأطراف المتنازعة، ويعد أسلوباً لإنهاء النزاع بصفة ودية، ويتكون من ركنين: أولهما الموافقة الودية أو الرضائية، وثانيهما التنازلات⁽³⁸⁾.

ويضيف آخرون أنّ الصلح الجنائي يعني التراضي مع المتهم لأسباب تتعلق بالسياسة الجنائية.

وبذلك يهدف الصلح إلى تحقيق أهداف اجتماعية لا سيما في الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال، فينتزع من جانب الآثار السيئة التي تخلفها الجريمة في نفس المجنى عليه أو ذويه، ويعيد بينهما جسور المودة والصفاء. ومن جانب آخر يجنب المتهم آثار الادانة الجنائية ويخفف عنه الآلام النفسية التي تلازمه طوال فترة الاتهام، إلى حين صدور حكم نهائي في القضية.

إضافة إلى ما تقدم يجنب الصلح الدولة وأطراف الخصومة النفقات الباهظة التي تستغرقها القضايا الجنائية، كونه يوفر الوقت والجهد والمال لأطراف الخصومة، ويخفف الأعباء عن كاهل الأجهزة المعنية بشؤون العدالة الجنائية في ذات الوقت. واستناداً للأسباب السابقة وجد المشرع العراقي ضرورة التخفيف عن أعباء محاكم الجناح، ورغبته في إنهاء الخصومة أو النزاع في بعض الجرائم ذات الطابع الشخصي قبل وصول دعواها إلى تلك المحاكم، وذلك عن طريق إناطة قاضي التحقيق سلطة قبول الصلح فيها وسقوط العقوبة استثناءً من الأصل العام والمقرر في النظم الاجرائية المعاصرة.

وقد نصت المادة (255) من قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي الملغي بفقراتها الست على الجرائم التي يصح فيها الصلح، وعدم اقتصرها على الجرائم البسيطة كما هو عليه الحال في التشريع المقارن، بل شملت الجرائم التي تنطوي على خطورة اجرامية بما في ذلك جرائم الإيذاء الشديد، في حين لم يجز قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ قبول الصلح في هكذا جرائم حين نصت المادة (194) منه على "يقبل الصلح بقرار من قاضي التحقيق أو المحكمة اذا طلب المجنى عليه أو من

يقوم مقامه قانونا في الدعاوي التي يتوقف تحريكها على شكوى المجنى عليه..."، وهي ما نصت عليه المادة الثالثة من هذا القانون حين أوردت الجرائم الضئيلة الخطورة، أو ذات الآثار الشخصية التي يجوز الصلح فيها وفيما عداها لا يجوز قبول الصلح فيها. أما قبول الصلح من عدمه، فهو أمر متروك تقديره للقاضي في تلك الدعاوي شريطة أن تكون الجريمة معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على السنة، باستثناء جرائم التهديد والايذاء أو اتلاف الأموال أو تخريبها، حيث أن أمر قبول الصلح فيها متروك لسلطة القاضي التقديرية، ولو كان معاقباً عليها بالحبس أقل من سنة ولا عبءة بالصلح الواقع أمام المحقق.

المطلب الثاني/آليات تطبيق نظام العدالة الجنائية التصالحية

للعدالة التصالحية آليات معلومة لها جذورها في معظم المجتمعات القديمة، التي كانت ولا زالت تتخذ في بعض المجتمعات المتحضرة شكل مجالس رؤساء العشائر والشيوخ في العراق وزعماء القبائل والعمد في مجتمعات الدول الأخرى، الذي يعدّ مكاناً آمناً ومقبولاً لطرح المنازعات المدنية منها والجنائية وتبادل وجهات النظر حولها. وقد سعت بعض المجتمعات وفي مقدمتها المجتمع العراقي، الى احتواء مثل هذه المجالس واللقاءات في اطار نظام العدالة الجنائية التقليدية والنظم العقابية المعتمدة، ليس لكسر الهوة بين المهتمين بعمليات العدالة التصالحية وبين المهتمين بنظريات وأبحاثها التحليلية، وإنما لإعطاء الغلبة لتلك المجالس، وبعبداً عن ما جاء به دعاة تطوير كافة مؤشرات وثقافات العدالة التصالحية الموروثة، التي اختصرت في شكل آليات معينة لتطبيق العدالة التصالحية المتدرجة نحو العدالة المجتمعية الشاملة، التي ستعالج في مطلبين: يبيّن المطلب الأول الخطوات التمهيدية في تطبيق نظام العدالة الجنائية التصالحية، ويوضح المطلب الثاني تلك الخطوات الواجب اتخاذها ما بعد العدالة الجنائية التصالحية وعلى النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول/الخطوات التمهيدية لتطبيق نظام العدالة الجنائية التصالحية

تعدّ الدراسات والبحوث الميدانية اللازمة للتعرف على حقيقة الجريمة المرتكبة ومدى كفاءة أداء أجهزة العدالة الجنائية، من أولى الخطوات التمهيدية لتطبيق نظام العدالة التصالحية لما يترتب عليها فيما بعد من تكوين قناعات تحتم الشروع في تفعيل

البدائل. وتعدّ تلك الخطوة جزء لا يتجزأ من ضرورة مراجعة التشريعات الجنائية لإزالة أو تعديل النصوص التي تحول دون المشاركة الفاعلة في اجراءات العدالة الجنائية. وتعتبر الدراسات الميدانية للجريمة وبمختلف صورها حجر الأساس في البناء الاجتماعي العراقي. إذ لم يعد وضع الظاهرة الاجرامية في العراق مختلفاً عن وضعها في الدول المتقدمة، على الرغم من اختلاف ظروف تغير كل منهما، ووصول الدول المتقدمة إلى مرحلة من التقدم الحضاري الذي ساهم في بروز بعض مظاهر التوتر والضغط في الجوانب الثقافية والاجتماعية والشخصية. حيث أخذت صور السلوك الاجرامي في العراق طابعاً جديداً، تمثل في جرائم العصابات المنظمة الذي غالباً ما يتسق هذا الطابع مع ظروف المجتمعات المتقدمة، حيث لا تكون للفرد القدرة على مواجهة هذه الظروف التكنولوجية المعقّدة بمفرده، ويلوذ بالجماعات المنحرفة التي تخطط لارتكاب الجرائم وذلك لممارسة نشاطه في اطار خططها الاجرامية.

كما بلغ المجتمع العراقي مستوى من الاندماج على مستوى الريف والحضر بحيث لا توجد فروق بين جرائم القطاعين إلا فيما ندر، وبالصورة التي لا يمكن اعتبارها عند مستوى التمايز في صورة وطبيعة الأفعال الاجرامية، وذلك لانتشار التنظيمات الاجتماعية على مستوى القطاع الريفي، الأمر الذي صاحبه ظهور بعض أنماط الجرائم المتعلقة بهذه التنظيمات.

وعلى الرغم من اعتبار الدراسات الميدانية للجريمة، البوصلة التي تحدد مسار خطط السياسة الجنائية والتصدي للجريمة واستراتيجياتها في جميع المجتمعات البشرية النامية والمتقدمة على حد سواء، إلا أنّ أهم الدراسات التي أجريت على ظاهرة الجريمة من وجهة النظر الاجتماعية، كانت في المجتمعات المتقدمة.

أما الدراسات التي أجريت على ظاهرة الجريمة بشكل عام في المجتمعات العربية، وعلى وجه الخصوص في المجتمع العراقي، فلا زالت قليلة ومحدودة ولا تفي بالغرض المطلوب لسبر غور هذه الظاهرة وكشف جوانبها المختلفة على النحو الذي يجعلها أولى الخطوات لتطبيق نظام العدالة الجنائية التصالحية، إذا ما قيست بتلك الدراسات التي أجريت في المجتمعات المتقدمة.

الأمر الذي يقتضي إجراء الدراسات المتعلقة بالتحضر وخصائصه في العراق ومقارنتها مع تلك التي أجريت في المجتمعات المتقدمة وما توصل إليها الباحثون، من أنّ السلوك الاجرامي ما هو إلا نتاج طبيعي للظروف الاجتماعية السائدة في معظم المجتمعات البشرية. وإجراء دراسات متخصصة حول الجنوح وعلاقته بالثقافات الفرعية، والاهتمام بما كشفت الدراسات المناظرة من أهمية عنصر الثقافة الفرعية المتمثلة في القيم والسلوك وعلاقتها بالجنوح. فضلاً عن ضرورة الاعتماد على الدراسات التطبيقية الحديثة التي أجريت في بعض الدول المتقدمة لدراسة العلاقة بين البطالة والجريمة، في الوقت الذي توجد به علاقة طردية بين معدلات البطالة في العراق والجريمة خصوصاً بين فئات المجرمين العائدين، مع الأخذ بنظر الاعتبار أثر تفكك الأسرة العراقية على السلوك الاجرامي بين أفرادها ودور الأسرة في ضبط الجريمة. ودراسة المشكلات الأمنية المصاحبة لنمو المدن والهجرة إليها بسبب العمليات العسكرية في بعض المدن والقرى والنواحي.

الفرع الثاني/الخطوات المتخذة ما بعد العدالة الجنائية التصالحية

تتعلق الخطوات الواجب اتخاذها بعد تطبيق نظام العدالة التصالحية القائمة على المجتمع، بترسيخ فلسفة العدالة المجتمعية التي برزت وتطورت عبر مراحل متدرجة ومسميات وبرامج تجريبية، بلورت في مجملها المفهوم المجتمعي للعدالة. حيث ظهرت جميع المسميات والبرامج الداعمة للعدالة المجتمعية ولمع نجمها مجدداً خلال العقدين الماضيين، وتدرجت سريعاً عبر عدد من التجارب ابتداءً ببرامج مساعدة ضحايا الجريمة، العدالة المتوازنة، التوفيق بين الضحية والجاني، العدالة التصالحية، العدالة التصالحية القائمة على المجتمع، وأخيراً العدالة المجتمعية التي تعدّ محصلة مفاهيم وتجارب متنوعة، محورها المجتمع المدني وفرص المشاركة الرامية إلى بناء مجتمع السلامة والاستقرار⁽³⁹⁾.

وبهذا اعتبرت العدالة المجتمعية المتدرجة عبر العدالة التصالحية القائمة على المجتمع، من النظريات التي تركز على إصلاح الضرر الناجم عن الجريمة أو المترتب على السلوك الاجرامي، والتي تتحقق في أفضل صورها من خلال إجراءات إنسانية تتعاون فيها جميع الأطراف المعنية.

وتتجه برامج العدالة المجتمعية التي تعكس الأهداف التصالحية إلى تعريف الضرر الناجم عن الجريمة، وما يقتضي ذلك من اتخاذ الخطوات اللازمة لإصلاحه، فضلاً عن مشاركة جميع الأطراف المعنية، والتحول عن العلاقات التقليدية بين المجتمعات وحكوماتها فيما يتصل بالاستجابة للجريمة.

وإلى جانب ما تحتويه العدالة المجتمعية من برامج مهمة ابتداءً بالتوفيق بين الضحية والجاني، وعقد المؤتمرات المحلية واللقاءات الأسرية، وتنظيم المجتمع في دوائر متفاهمة للفصل في القضايا، ومساعدة الضحايا، والتعويض عن الضرر، والخدمات المجتمعية الأخرى ذات الصلة. فإنّ للعدالة المجتمعية ثلاث مقومات رئيسية هي: الوفاء لمطالبات العدالة القاضية بضرورة العمل على إعادة حالة الذين تضرروا من الجريمة إلى طبيعتها، وكفالة حق الذين تضرروا من الجريمة في المشاركة الكاملة في اجراءات الاستجابة للجريمة، وتعزيز دور الدولة في توفير النظام العادل ودور المجتمع في بناء أسباب السلامة والعدل.

وتميزت برامج العدالة المجتمعية بخصائص أربعة هي: المواجهة، والاصلاح، والسعي لإعادة ادماج الضحية والجاني في المجتمع كأعضاء فاعلين، وتضمن الجميع⁽⁴⁰⁾.

ويعني الاندماج " خلق فرص للقاء بين الضحايا والمجرمين والمجتمع لمناقشة الجريمة وتبعاتها". أما الاصلاح فيراد به "توقع قيام الجاني بخطوات لإصلاح الضرر الذي تسبب هو فيه".

وتعني الخصيصة الرابعة التي عبرنا عنها "بتضمن الجميع" اعادة الفرصة للأطراف ذات العلاقة للمساهمة المباشرة في تسوية النزاع.

المطلب الثالث/أهم تطبيقات العدالة الجنائية التصالحية

مما لا شك فيه أنّ انشاء آليات لتسوية المنازعات الجنائية بالطرق البديلة، يؤدي إلى الحد من كلفة الجهاز القضائي على الاقتصاد الوطني في العراق، ويساهم في التخفيف عن كاهل القضاء واستثمار الجهد والوقت، كما وجدنا في موضع سابق.

وعلى الرغم من عدم وجود تطبيقات للوساطة الجنائية في العراق على المستوى الرسمي أو الحكومي، لعدم النص عليها في التشريعات الجنائية باستثناء ما جاء في

مشروع قانون حماية الطفل العراقي. إلا أنّ هناك تطبيقات لها على المستوى غير الرسمي، أولها الوساطة بالفصل العشائري والتي سنبينها تباعاً بعد بيان الوساطة في منازعات جنوح الأحداث، وعلى النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول/الوساطة في منازعات جنوح الأحداث

غالباً ما تقتضي منازعات جنوح الأحداث، تدخل شخص ثالث بين أطراف الخصومة بقصد تقريب وجهات النظر، ووضع اتفاقية تضمن جبر الضرر الذي لحق بالمجنى عليه من جراء سلوك الحدث المخالف للقانون، وإعادة تأهيل الحدث تحت الاشراف القضائي.

وبعد أن أكدت العديد من الاتفاقيات والاعلانات الدولية على ضرورة استحداث وسائل بديلة عن القضاء، لحل المنازعات الجنائية الناشئة عن جنوح الاحداث بصورة خاصة، ابتداءً بقواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث لعام 1985⁽⁴¹⁾ واتفاقية حقوق الطفل لعام 1989⁽⁴²⁾ وانتهاءً بإعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة لعام 2000⁽⁴³⁾. فقد أقرت أغلب التشريعات الجنائية بعض الأنظمة البديلة عن الدعوى الجزائية في قضايا جنوح الأحداث، وفي مقدمتها نظام الوساطة الجنائية. وعلى الرغم من الزيادة الهائلة لأعداد القضايا في المحاكم الجزائية في العراق، وبدلاً من التخفيف عن كاهل تلك المحاكم كما جرى في العديد من تشريعات الدول الغربية، كالتشريع الفرنسي والبلجيكي والبرتغالي. لم يأخذ المشرع العراقي بفكرة الوساطة الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل، وتبنى هذه الفكرة لحل منازعات جنوح الأحداث حصراً مشروع قانون حماية الطفل العراقي لعام 2010⁽⁴⁴⁾.

وترمي آلية الوساطة المنصوص عليها في مشروع قانون حماية الطفل العراقي لعام 2010، إلى ابرام صلح بين الطفل الجانح ومن يمثله قانوناً وبين المتضرر من فعل الطفل، وتهدف إلى ايقاف سير الاجراءات الجزائية أو المحاكمة أو التنفيذ في القضايا التي لا تصل حد الجنایات الخطيرة.

وقد عرفت الفقرة الأولى من المادة (134) من مشروع قانون حماية الطفل العراقي الوساطة الجنائية على أنها "...وسيلة اختيارية وودية وسرية، فهي اجراء بديل للدعوى

الجزائية بموجبه يحاول شخص من الغير بناء على اتفاق الأطراف، وضع حد ونهاية لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة عن طريق اعتذار الطفل الجانح للمجنى عليه أو حصول المجنى عليه على تعويض مناسب عن الضرر الذي أحدثه الطفل الجانح فضلاً عن إعادة تأهيل الطفل...".

ولغرض تطبيق نظام الوساطة الجنائية في منازعات جنوح الأطفال، لابد من توافر الشروط الموضوعية والإجرائية لهذا النظام.

وتتمثل الشروط الموضوعية بشرعية الوساطة الجنائية، ووجود دعوى جزائية، ومحل الوساطة الجنائية.

وقدر تعلق الأمر بشرط شرعية الوساطة الجنائية، نص مشروع قانون حماية الطفل العراقي في المادة (138) على أن لأطراف الدعوى بموافقة قاضي الموضوع الاتفاق على حل النزاع بالوساطة.

وبينت المادة (135) من ذات القانون شرط وجود الدعوى الجزائية، بنصها على إمكانية إجراء الوساطة في كل وقت من تاريخ اقرار الطفل للفعل المخالف للقانون وحتى تاريخ انتهاء تنفيذ قرار الحكم، سواء كان عقاباً جزائياً او تديبيراً احترازياً.

أما الشروط الاجرائية التي يستلزم توافرها لتطبيق نظام الوساطة الجنائية فهي لا تتعدى شرط الأهلية الاجرائية، وموافقة أطراف النزاع فيها.

ويقصد بالأهلية الاجرائية، صلاحية الشخص لمباشرة الاجراءات الجنائية بصورة عامة⁽⁴⁵⁾. ومع أن اللجوء إلى الوساطة الجنائية لا يكون إلا برضا أطراف النزاع، ويشترط في الرضا أن يكون صادراً من ذي أهلية، أي من شخص بالغ سن الرشد. إلا أن من الممكن أن يباشر الوساطة الجنائية من يقوم مقام الطفل الجانح قانوناً، اذا كان الطفل قد أتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشر من العمر⁽⁴⁶⁾.

ولكون الوساطة الجنائية اجراء رضائي، وهو من الأساليب الاختيارية لحل منازعات جنوح الاحداث، فإنها تتطلب رضا أطراف النزاع، أي موافقة من يقوم مقام الطفل الجانح قانوناً والمجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً. وقد نص على هذه الموافقة صراحةً مشروع قانون حماية الطفل العراقي⁽⁴⁷⁾.

الفرع الثاني/الوساطة بالفصل العشائري

تعدّ الوساطة بالفصل العشائري صورة جديدة للعدالة الجنائية التصالحية، كونها تدعم العدالة التقليدية وتعززها في مكافحة الجريمة من جانب، وتدخر الوقت والجهد والنفقات من جانب آخر. فهي لا تعدّ فحسب وسيلة من وسائل فض المنازعات الجنائية بغير الطرق التقليدية، وإنما وسيلة فعالة للحفاظ على العلاقات الاجتماعية الوطيدة بين أفراد المجتمع.

والوساطة بالفصل العشائري تعدّ صورة من صور الوساطة الجنائية غير الرسمية، كونها تمارس من قبل هيئات اجتماعية غير رسمية ومن دون تنظيم قانوني لها، كما هو الحال في مجالس الوساطة أو الهيئات القضائية غير الرسمية التابعة لرؤساء القبائل الأصلية في بعض الدول كنيوزيلندا وأستراليا، وفي بعض الدول العربية التي يطغى عليها الطابع القبلي⁽⁴⁸⁾.

وفي العراق تمارس الوساطة الجنائية عن طريق المجالس العشائرية، وتسمى هذه الوساطة بالفصل العشائري، وهي إجراء اختياري ووسيلة ودية لحل المنازعات ما بين الخصوم في العراق، حيث يكون للأطراف الخيار في البحث عن حل للمنازعات عن طريقها أو السير في إجراءات الدعوى الجزائية.

وفي إقليم كردستان أعتدّ بدور العشائري في الوساطة الجنائية، عن طريق ما تتولاه منظمات المجتمع المدني من جهد في حسن تطبيق نظام الوساطة في بعض المناطق في الإقليم، حيث قامت اللجان الاجتماعية التابعة للحزب الديمقراطي الكردستاني والاتحاد الوطني الكردستاني بحل عدد كبير من النزاعات الناشئة عن بعض الجرائم، بما في ذلك جرائم القتل ثأراً⁽⁴⁹⁾.

ويمكن اتخاذ التدخل العشائري في العراق أساساً لسحب الاتهام في الجرائم، التي لا تحرك إلا بناءً على شكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً، وذلك بعد تقديم ترضية للمجنى عليه تحفزه إما للامتناع عن الاتهام أو لسحب الاتهام.

وبهذا يعدّ الفصل العشائري طريقة من طرق التراضي بين المجنى عليه ومرتكبها خارج المحكمة، طالما دفع الجاني أو عائلته للمجنى عليه أو إلى المتضرر من الجريمة مبلغاً من المال، يطلق عليه (بدل الصلح) مقابل التنازل عن الشكوى، لا سيما وأنّ

جانبا من الفقه يعتبر التنازل عن الشكوى بمثابة صلح، شريطة حدوثه قبل صدور حكم بات في الدعوى⁽⁵⁰⁾. بل هناك من يرى أنّ التنازل عن الشكوى بحد ذاته بديلاً من بدائل الدعوى الجنائية⁽⁵¹⁾.

وفي مقابل الاتجاه الفقهي السابق، هناك من يرى أنّ التنازل المجرّد عن الشكوى نوعاً من الصفح أو العفو، ولا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال صلحاً⁽⁵²⁾.

خاتمة

على الرغم من اعتبار القضاء أحد أهم الوسائل في حل المنازعات الجنائية، إلا أن هناك وسائل أخرى لا تقل شأناً عن القضاء، بل وتعدّ مكملتها في فض النزاعات وحل الخلافات وتسمى بالوسائل البديلة عن القضاء.

وتكتسب هذه الوسائل أهمية عظيمة في حل المشاكل والنزاعات جنباً إلى جنب مع الوسائل التشريعية والقضائية الأخرى، كونها تقدم حلولاً مرضية لطرفي النزاع وفي وقت عاجل وبتكاليف أقل مقارنة بوقت وتكاليف الوسائل القضائية.

وتحت وطأة أزمة العدالة الجنائية التي تعاني منها الدول وتلازم تلك الأزمة مع ظاهرة التضخم العقابي فيها، اتجهت السياسة الجنائية المعاصرة صوب نظام العدالة الجنائية التصالحية القائمة على المجتمع لا سيما بعد فشل النظام العقابي التقليدي في مكافحة الظاهرة الاجرامية. واعتبرت العدالة الجنائية التصالحية طريقة غير تقليدية لإدارة الدعوى الجنائية، ووسيلة فعالة لتجاوز أزمة العدالة الجنائية لاستنادها إلى فكرتين: أولهما فكرة الحد من الجريمة، وثانيتها فكرة الحد من العقاب، واللذان تصبان في فكرة عامة مجردة هي فكرة المعالجة غير القضائية للخصومات الجنائية لتحقيق العدالة الآمنة الناجزة.

وبذلك اعتبرت العدالة الجنائية التصالحية القائمة على المجتمع، من أهم الوسائل البديلة التي تقوي العلاقة الاجتماعية بين أطراف النزاع وبقيّة أفراد المجتمع، كما تنمي ثقافة الحوار والتسامح بين أبناء المجتمع، وتحل بذلك ثقافة المصالحة والوئام محل ثقافة العداوة والخصام.

ويعبر عن آليات نظام العدالة الجنائية التصالحية القائمة على المجتمع بالقضاء غير الرسمي، أو القضاء الاتفاقي أو الودي التي تتفق جميعها على أنها تلك الاجراءات

والوسائل التي تتخذها الاطراف المتنازعة وتلجأ إليها بدلاً عن القضاء الرسمي لحل المنازعات.

وقد تمخض عن البحث مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات، نوجز أهمها بالآتي:
أولاً/الاستنتاجات

1- لم تنبع فكرة العدالة الجنائية التصالحية القائمة على المجتمع من نص تشريعي أو من نظرية أكاديمية متفردة، بل هي تجديد وتطوير لمجموعة تجارب وممارسات عديدة ألفتها المجتمعات القديمة في اجراء الصلح والوساطة بين أطراف النزاع، الضحايا وأسرههم والجناة وأسرههم، ومشاركة أعضاء المجتمع وقياداته في حل النزاعات بالطرق الودية.

2- تعتبر العدالة الجنائية التصالحية القائمة على المجتمع في معظم صورها، لا سيما في صورتها المتمثلة بالصلح الجنائي والوساطة الجنائية بمثابة عقوبة مالية، يلخص دورهما في السياسة الجنائية المعاصرة بأن يحملا بين طياتهما فكرة التعويض والعقوبة والتي تختلف عن الغرامة الجنائية التي تفرض جبراً من خلال حكم قضائي.

3- غيرت العدالة الجنائية التصالحية القائمة على المجتمع من الفلسفة التي يركز عليها القانون الجنائي، فلم يعد اهتمام القانون الجنائي قاصراً على ردع وقمع الجاني، بل أضحي تعويض المجنى عليه وإعادة تأهيل الجاني بين أفراد مجتمعه، من الفلسفات الحديثة التي تركز عليها السياسة الجنائية المعاصرة.

ومن خلال تلك النتائج يمكن طرح بعض المقترحات:

ثانياً/المقترحات

1- تقنين الوساطة الجنائية في العراق في طوائف محددة من الجرائم المنصوص عليها في المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وبما يوائم النسيج الاجتماعي العراقي.

2- تطوير قانون رعاية الاحداث العراقي، حيث تتاح فرصة الصلح في بعض جرائم الأحداث في اطار ضوابط قانونية معينة، وبحسب ما يفصح عنه ملف شخصية الحدث.

- 3- تعزيز تطبيقات الشرطة المجتمعية، وتفعيل دور الوساطة الشرطية في نطاق الخصومات التي تكدر صفو الامن العام كمدخل للعدالة التصالحية، واعتبارها حافزاً للأطراف يتمثل في تعويض المجنى عليه أو المتضرر من الجريمة.
- 4- تعزيز دور منظمات المجتمع المدني في وضع السياسة الجديدة في مواجهة الجريمة والمضي قدماً نحو العدالة المجتمعية الشاملة.
- 5- تضمين مناهج التعليم العالي وكليات الشرطة ومعاهد القضاء بمفاهيم العدالة التصالحية، ليس لإيجاد أجهزة وهيكل جديدة، بل لغرس قيم التصالح والمشاركة المجتمعية وتطبيقاتها العملية في النظام التقليدي للعدالة الجنائية.

الهوامش

- (1) محمد الامين البشرى، العدالة الجنائية التصالحية القائمة على المجتمع (المفهوم والتطبيق)، مجلة الفكر الشرطي، مجلة دورية ربع سنوية علمية محكمة ومفهرسة تعنى بالأبحاث الامنية والشرطية، مركز بحوث شرطة الشارقة، الامارات العربية المتحدة، المجلد السادس عشر، العدد الرابع، يناير 2008، ص 47-48.
- (2) محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصالح وتطبيقاتها في المواد الجنائية - دراسة مقارنة، الناشر: دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص 9.
- (3) محمد الامين البشرى، مصدر سابق، ص 58. ود. محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 10.
- (4) رؤوف عبيد، بحث في القضاء الجنائي عند الفراغة، المجلة الجنائية القومية، العدد الثالث، 1958، ص 75.
- (5) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 13.
- (6) سورة النساء، الآية رقم 128.
- (7) سورة الحجرات، الآية رقم 9 والآية رقم 10.
- (8) ذكر ذلك بالتفصيل: محمد الامين البشرى، مصدر سابق، ص 59.
- (9) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 14 - 15.
- (10) محمد الامين البشرى، مصدر سابق، ص 59.
- (11) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 16.
- (12) محمد الامين بشرى، مصدر سابق، ص 60.
- (13) حمدي رجب عطية، دور المجنى عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990، ص 354.
- (14) محمد الامين البشرى، مصدر سابق، ص 61.
- (15) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 16.
- (16) محمد الامين البشرى، مصدر سابق، ص 60.
- (17) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 16 - 17.
- (18) محمد الامين البشرى، مصدر سابق، ص 61.

- (19) المصدر نفسه، ص 62.
- (20) المصدر نفسه، ص 62.
- (21) مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقودة في هافانا من 27 آب/اغسطس الى 7 أيلول/سبتمبر، 1990.
- (22) مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة الذي عقد في القاهرة عام 1995.
- (23) محمد الأمين البشري، مصدر سابق، ص 67.
- (24) المصدر نفسه، 65.
- (25) مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية الذي عقد في بانكوك للفترة من 18-25 ابريل 2005.
- (26) محمد الأمين البشري، مصدر سابق، ص 37.
- (27) المصدر نفسه، ص 55.
- (28) خيرى ابراهيم مراد، التصالح بين المكلّف والسلطة المالية في المنازعات الضريبية وفق القانون العراقي، بحوث المؤتمر العلمي الثاني لكلية القانون والعلوم السياسية جامعة دهوك حول الوسائل البديلة عن القضاء لحل المنازعات، مجلة جامعة دهوك للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 18، العدد 1، سنة 2015، ص 7.
- (29) رجب علي حسن، الوساطة الجزائية كإحدى تطبيقات العدالة التصالحية، بحوث المؤتمر العلمي الثاني لكلية القانون والعلوم السياسية جامعة دهوك حول الوسائل البديلة عن القضاء لحل المنازعات، مجلة جامعة دهوك للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 18، العدد 1، سنة 2015، ص 150.
- (30) اشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجزائية ودورها في انهاء الدعوى العمومية- دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار او المجد للطباعة، القاهرة، 2004، ص 18-19.
- (31) محمد علي سالم الاسدي واسراء محمد علي، الوساطة الجزائية وآليات تطبيقها في منازعات جنوح الاحداث- دراسة في مشروع قانون حماية الطفل، بحوث المؤتمر العلمي الثاني لكلية القانون والعلوم السياسية جامعة دهوك حول الوسائل البديلة عن القضاء لحل المنازعات، مجلة جامعة دهوك للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 18، العدد 1، سنة 2015، ص 49.
- (32) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 17.
- (33) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 36.
- (34) نقلاً عن محمد حكيم حسين الحكيم، المصدر نفسه، ص 39.
- (35) حمدي رجب عطية، مصدر سابق، ص 354.
- (36) نقلاً عن: محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 33.
- (37) حمدي رجب عطية، مصدر سابق، ص 312.
- (38) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 34.
- (39) محمد الامين البشري، مصدر سابق، ص 72.
- (40) المصدر نفسه، ص 73.

(41) حيث نصت (الفقرة 1 من القاعدة 11) من قواعد الأمم المتحدة لإدارة شؤون الأحداث (قواعد بكين) لعام 1985 على أن "1- حيثما كان مناسباً، ينظر في امكانية معالجة قضايا المجرمين الأحداث دون اللجوء الى محكمة رسمية من قبل سلطة مختصة...".

(42) حيث نصت (الفقرة ب من البند 3 من المادة) 40 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 على أن "3- تسعى الدول الأطراف لتعزيز اقامة قوانين واجراءات وسلطات ومؤسسات منطبقة خصيصا على الأطفال الذين يدعى أنهم انتهكوا قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك وخاصة القيام بما يأتي: ب- استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الأطفال دون اللجوء الى اجراءات قضائية".

(43) حيث نص (البند 26) من اعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة لعام 2000 على أن "تقرر أن تستحدث عند الاقتضاء خطط عمل وطنية واقليمية ودولية لدعم الجريمة كآليات الوساطة والعدالة التصالحية...".

(44) محمد علي سالم الاسدي و اسراء محمد علي، مصدر سابق، ص 48.

(45) محمد علي سالم الاسدي و اسراء محمد علي، مصدر سابق، ص 52.

(46) نصت الفقرة الخامسة من المادة (3) من قانون رعاية الاحداث رقم 76 لسنة 1983 على أن "...خامسا- يعتبر وليا الأب والأم أو أي شخص ضم اليه صغيرا أو حدث أو عهد اليه تربية أحدهما بقرار من المحكمة".

(47) حيث نصت (الفقرة ب من المادة 138) من مشروع قانون حماية الطفل العراقي على أنه "ب- لأطراف الدعوى بموافقة قاضي الموضوع الاتفاق على حل النزاع بالوساطة...".

(48) رجب علي حسن، مصدر سابق، ص 153.

(49) المصدر نفسه، ص 153-154.

(50) سمير الجنزوري، الغرامة الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1967، ص 14. و محمود سمير عبد الفتاح، النيابة العامة وسلطاتها في انهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، سنة 1986، ص 303.

(51) أحمد فتحي سرور، بدائل الدعوى الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، س 53، سنة 1983، ص 213.

(52) محمد حكيم حسين الحكيم، مصدر سابق، ص 28.

التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني دراسة قانونية مقارنة *

Akdas Safaa al-Deen Rasheed al-Bayati
Assistant lecturer
Control and System Engineering Department,
University of Technology- Iraq.

أقدس صفاء الدين رشيد البياتي
مدرس مساعد
قسم هندسة السيطرة والنظم،
الجامعة التكنولوجية، العراق.

الملخص:

يختلف التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني عن نظيره في التعاقد التقليدي، وأهم ما يميّز هذين النوعين من التعبير هو أنّ الأول يجري باستخدام وسائط إلكترونية وبوسائل إلكترونية، حيث يمكن أن يتم إبرام العقد الإلكتروني بتبادل الأطراف في التعاقد عن بعد، رسائل البيانات الإلكترونية أو الخطابات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، حيث أصبح من المقبول قانوناً على المستويين الدولي والوطني أن تنشأ العقود الإلكترونية بتبادل التعبير الإلكتروني عن الإرادة من الأطراف، بصيغة ايجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر، وبالتالي لا نحتاج إلى الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أو أن نطبّق الإشتراطات القانونية التي تتطلبها تلك القواعد في التعاقد الإلكتروني، لذلك جاءت هذه الدراسة للبحث في الكيفية والوسيلة التي يتم بها التعبير الإلكتروني عن الإرادة، كدراسة قانونية مقارنة في ضوء اتفاقيات اليونسيترال الإنموجية الدولية، وقوانين المعاملات الإلكترونية الوطنية.

الكلمات المفتاحية:

التعبير الإلكتروني عن الإرادة، رسائل البيانات، الخطابات الإلكترونية، التعاقد الإلكتروني، إتفاقية اليونسيترال.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/01/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/02/25 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Expression of will in electronic contracting Comparative Legal study

Abstract:

The Expression of will differs from in electronic contracting for his counterpart in the traditional compact, and most important characteristic of these two types of expression is that the first is by using the electronic media and by electronic means, where it can be concluded the contract on the exchange of the parties in the contract remotely, electronic data messages or electronic communications via the Internet, where it became the accepted law at the international and national levels that electronic contracts arise exchange of electronic expression of the will of the parties, form a positive of the party and the acceptance of the other party, and therefore we do not need to refer to the general rules of civil law or to apply legal requirements required by those rules in electronic contracting, so this study was to look at how and the means by which the mail is the expression of the will, as a Comparative Legal study in uncitral agreements and the national legislations of electronic transactions.

Key words:

E-express of will, data messages, electronic communications, electronic contracting, uncitral agreement.

L'expression de la volonté dans le contrat électronique étude juridique comparée

Résumé:

L'expression de volonté dans le contrat électronique se différencie de la volonté contractuelle classique. Le premier type se veut plus pratique en ce qu'il emploie des supports numériques et électronique dont les volontés s'expriment à distance. Il n'est plus nécessaire, dans ce cas, de revenir aux règles générales du droit civil. Cette étude juridique comparée entreprise à la lumière de la convention *Unistral* et des droits de l'informatique nationaux, tente d'apporter quelques enseignements sur la forme et le moyen avec lequel la volonté contractuelle s'exprime.

Mots clés:

L'expression électronique de la volonté, messagerie électronique, le contrat électronique, Convention Unistral

مقدمة

إنّ من أهم ما يميّز التعاقد عن بعد عبر الشبكة الدولية للاتصالات والمعلومات (internet)، هو سهولة إبرام العقود وتكوينها، وهذه السهولة لم تأتِ إلاّ لأنّ المشرع اعترف - على المستويين الدولي والوطني - بصحة التعبير عن الإرادة في التعاقد عن بعد الذي يجري بإستخدام الوسائط الإلكترونية، حيث يتم إستخدام رسائل البيانات والمعلومات وتبادل المستندات الإلكترونية عبر وسائط إلكترونية، ضمن سياق صيغ

ومحددات قانونية وتقنية معينة، يتم من خلالها إنجاز إبرام المعاملة الإلكترونية وإتمام إنعقادها لا بل وتنفيذها أحياناً.

ولا يخفى أنّ أهم مرحلة من مراحل التعاقد الإلكتروني هي مرحلة تكوين العقد، وهذه المرحلة لا يمكن إنجازها وإجتها ما لم يتم التعبير عن الإرادة من قبل كلا طرفي المعاملة الإلكترونية، وبالتالي يكون لوصول التعبير عن الإرادة الصادر من كل طرف إلى علم الطرف الآخر بشكل يفهم المقصود منه بصورة صريحة أو ضمنية أحياناً، فإنّ ذلك سيكون مدعاة لنشوء عقدٍ ملزمٍ للأطراف بحيث يحق لكل طرف فيه أن يتوقع نشوء آثارٍ قانونية على التعبير الإلكتروني، الذي صدر من الطرف الآخر، والذي من شأنه إتمام مرحلة التعاقد والانتقال إلى مرحلة التنفيذ والإلتزام بأحكام العقد الإلكتروني.

وحيث لم تسعف القواعد العامة المشرعين من جهة، والمتعاملين على الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات بأنماط التعاقد الإلكتروني من جهة أخرى، في إقرار صيغ وأساليب جديدة وفعالة في إنجاز وإتمام عملية التعاقد، وتؤدي الغرض المطلوب منها في التعبير عن الإرادة بسهولة ويسر، فضلاً عن عدم وضع حلول ومعالجات ناجحة لما يمكن أن يعتري هذا النوع من التعاقد من عقبات وإشكاليات يمكن أن تؤدي إلى فشل التعاقد عن بعد، بسبب الطابع الإلكتروني للتعبير عن الإرادة وصعوبة إسناده إلى من صدر عنه.

ومن الجدير بالذكر هنا هو أنّه لما كانت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة UNCITRAL، بادرت إلى إصدار قوانين إنموزجية تتضمن قواعد موحدة تحكم التجارة الإلكترونية وكافة انماط التعامل المرتبطة بها عام 1996، والتوقيعات الإلكترونية عام 2001، وعمليات التعاقد الدولية التي تجري باستخدام الخطابات الإلكترونية عام 2007، وحثت المشرعين الوطنيين إلى اتباع النهج الذي تقررته هذه القوانين الإنموزجية، وهو ما يعني توحيد القواعد القانونية التي تحكم التجارة الإلكترونية عالمياً، فقد كان من أبرز ما أخضعت تلك القوانين للتنظيم، هو التعبير عن الإرادة وأساليبه وآثاره وكيفية إسناده إلى من صدر عنه، إدراكاً من تلك اللجنة بأهمية

هذا التنظيم، كونه يتعلق بالمرحلة الأولى من مراحل التعامل الإلكتروني والمرتبطة بإنشاء العقود وتكوينها، هذا من جهة.

و من جهة أخرى، فإنّ ما تنتهجه قوانين حماية المستهلك الوطنية منها على وجه الخصوص، من ضرورة مراعاة مجموعة من العوامل المهمة والمؤثرة في نطاق التعاقد عن بعد، منها إعلام المستهلك ومخاطبته باللغة التي يتكلم بها، وتحديد النطاق المكاني للإيجاب وغيرها من العوامل التي قد تؤثر في تحقق رضا مستنير لدى المستهلك في التعاقد عن بعد.

وهنا تبرز أهمية البحث في موضوع التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، كدراسة قانونية في ضوء اتفاقيات اليونسيتيرال الأنموذجية وقوانين المعاملات الإلكترونية المقارنة، من الناحية النظرية والعلمية، حيث حاولت الدراسة الخروج بأفكار واضحة ومحددة بصدد إمكانية أن ينتج التعبير الإلكتروني الصادر من شخص عبر الوسائط الإلكترونية أثره، كما في التعبير التقليدي عن الإرادة، ويلتزم به المتعاقد كما يلتزم في التعبير التقليدي، بحيث تكون له نفس الآثار القانونية المترتبة عن التعبير عن الإرادة، الذي تقرره القواعد العامة في العقود والإلتزامات.

وقد انتهجت الدراسة في سبيل ذلك منهجاً علمياً تحليلياً، يراعي مواقف المشرعين على المستويين الدولي والوطني، ومقارنتها بالتوجهات العملية التي انتهجها القضاء المقارن في هذا الصدد، لكي تتمكن من الوصول إلى أصلح وأنجح الأفكار على المستويين العلمي والعلمي، وكل ذلك حاولت الدراسة تبينه على وجه التفصيل وفق خطة علمية، حاولت جمع شتات الموضوع وملمة أفكاره من خلال تقسيم البحث إلى مباحث ثلاثة، تناولنا في أولها وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، أما المبحث الثاني فقد خصصناه للبحث في موضوع الإشتراطات القانونية لصحة التعبير الإلكتروني عن الإرادة، أما المبحث الثالث فخصصناه للبحث في صيغ التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني.

وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمنت خلاصة مركزة لما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة من نتائج وتوصيات، نرى في تسليط الضوء عليها والأخذ بها فائدة علمية وعملية.

المبحث الاول/وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني

تبنت لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة (UNCITRAL) على المستوى الدولي، إقرار قواعد خاصة لإعتماد وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني الذي يجري عن بعد، في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، ومن ثمّ تطوّر الموقف فيما بعد، في إتفاقية اليونسيترال لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2007، وتأثرت القوانين الوطنية بكلا القانونين في مواقفها من إقرار وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد عن بعد، ولذلك فإننا سنتولى استعراض الموقف في كلا القانونين الانموذجيين، وذلك في مطلبين كالآتي :

المطلب الاول/وسائل التعبير الإلكتروني عن الإرادة في التعاقد في إتفاقية اليونسيترال للتجارة الإلكترونية

ذهبت إتفاقية اليونسيترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996 في المادة 11 منها في إطار التنظيم القانوني لتكوين العقود وصحتها إلى أن " 1 - في سياق تكوين العقود، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقود، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض..."⁽¹⁾، وقد ذهبت المادة 12 من ذات الإتفاقية إلى أن "... في العلاقة بين منثى رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة وغيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنّه على شكل رسالة بيانات..."⁽²⁾، حيث يتضح من خلال ما تقدم أنّ التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني يمكن أن يتم بواسطة :

- 1- رسالة بيانات إلكترونية تستخدم لتعبير عن العرض وقبول العرض.
 - 2- أية وسيلة للتعبير عن الإرادة يتفق الأطراف على استخدامها في التعاقد.
- وهو ما سنتولى بيانه في فرعين كما يأتي:

الفرع الاول/إستخدام رسالة بيانات إلكترونية للتعبير عن الإرادة

يقصد برسالة البيانات في إطار إتفاقية القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو

- البريد الإلكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي"⁽³⁾، ومن هذا التعريف نستطيع أن نتعرف على خصائص التعبير الإلكتروني بواسطة رسالة البيانات وهي :
- 1- إنّ التعبير الإلكتروني عن الإرادة يكون بشكل معلومات إلكترونية، تتضمن تعبيراً صريحاً عن الإرادة يمثل عرضاً للتعاقد أو قبولاً لهذا العرض.
 - 2- إنّ التعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات، هو معلومات ذات طبيعة رقمية، يمكن أن ينشأ أو يرسل أو يستلم أو يخزّن، أي أنّ رسالة البيانات يمكن أن تتكون بسبب معلومات إلكترونية أو تخزينها أو إرسالها أو استلامها.
 - 3- لا يقتصر التعبير الإلكتروني بواسطة رسالة البيانات على المعلومات المرسلّة أو المستلمة الكترونياً، بل يشمل المعلومات التي تنشؤها الوسائل الإلكترونية والتي لا يقصد ابلاغها، وبالتالي فإنّ التعبير الإلكتروني عن الإرادة سوف لن يشمل فقط الرسالة الإلكترونية بل يشمل أيضاً السجل الإلكتروني⁽⁴⁾.
 - 4- إنّ التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات يجعل منه تعبيراً، يمكن أن ينشئ أو يرسل أو يستلم أو يخزن بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة أخرى، أي أنّ القانون الأنموذجي للتجارة الإلكترونية، ساوى وظيفياً بين الوسائل الإلكترونية والوسائل الضوئية والبصرية، وأي وسائل أخرى مشابهة تستخدم لابلغ وتخزين رسائل البيانات، ما دامت هذا الوسائل تؤدي نفس الوظائف للوسائل المذكورة في التعريف الذي أورده لرسالة البيانات، وذلك تطبيقاً لمبدأي الحياد التكنولوجي والتناظر الوظيفي⁽⁵⁾، بحيث ينطبق هذا التعريف على جميع التقنيات القائمة والتطورات التقنية المتوقعة مستقبلاً، لأنّها تشمل جميع رسائل البيانات المنتجة أو المخزّنة أو المبلّغة في شكل ورقي أساساً.
 - 5- لا يفهم من تعريف رسالة البيانات بأنّها لا تشمل حالتي الإلغاء والتعديل، إذ لا يفترض أو يكون لرسالة البيانات مضمون ثابت من المعلومات، ولكن كما هو معمول به في التعاملات التقليدية، يمكن أن تلغى أو يعدّل مضمونها بموجب رسالة بيانات أخرى.
 - 6- يتم إنتاج التعبير عن الإرادة بواسطة رسائل البيانات التي تنشأ أو تخزّن أو تبليغ بوسائل الإتصال الإلكترونية المعروفة، سواء حدث ذلك بالبريد الإلكتروني، أو البرق أو

التلكس أو النسخ البرقي أو أية وسائل أخرى يمكن أو توصل التعبير الإلكتروني إلى الطرف الآخر⁽⁶⁾.

7- ونرى أخذاً بالتفسير الواسع لهذه الخصيصة، أن لا تكون وسائل نقل وإيصال رسائل البيانات قاصرة بالطريقة الإلكترونية من حاسوب إلى حاسوب آخر، إذ أنّ التعريف يشمل في المقام الأول حالات تبلّغ فيها رسائل البيانات بواسطة نظم الإتصالات السلكية واللاسلكية، فإنّه يمكن أن يشمل في الوقت نفسه، أنواعاً من الحالات الإستثنائية التي تصاغ فيها البيانات في شكل رسالة من رسائل البيانات المتبادلة إلكترونياً، التي يتم تبليغها بوسائل لا تشتمل على نظم إتصالات سلكية أو لاسلكية، منها مثلاً الحالة التي تسلّم فيها أقراس ممغنطة تحتوي على رسائل التبادل الإلكتروني للبيانات بواسطة ساع أو بالبريد العادي، وهو فرض نراه مشمول بما يعرف بالتبادل الإلكتروني للبيانات، وإن كانت البيانات الرقمية هنا منقولة بوسائل تقليدية⁽⁷⁾.

الفرع الثاني/ إتفاق الأطراف على طريقة معينة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة

تعترف إتفاقية القانون الأنموذجي للتجارة الإلكترونية، بالصعوبات القانونية التي تثيرها مسألة استخدام رسائل البيانات في التعبير عن الإرادة لاسيما التقنية منها، وما دامت هذه الصعوبات تعتمد في كثير من الأحيان على القواعد العامة في تكوين العقود والالتزامات، فإنّ من مقتضى دعم إتفاقية اليونسترال لمبدأ استقلالية الأطراف والاعتراف بحريته في ادراج أي إتفاق، من شأنه تنظيم عملية تبادل العروض وقبول العروض فيما بينهما بغير الوسائل التقنية، وهذه الحرية التي أقرها القانون الأنموذجي بالقول " ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك..." فإنّه يوازن بين ما هو مستقر عليه في العمل من قواعد راسخة تقليدياً، تتعلق بتكوين المعاملات القانونية التقليدية، وبين ما تقره أحكام استثنائية تنظم تكوين المعاملات الإلكترونية، ولما كانت القواعد العامة التي تحكم المعاملات التقليدية ذات صفة الزامية، فإنّ إتفاقية اليونسترال عندما تورد بيانا غير مقيد بتحفظ أو شرط، حول حرية الأطراف في الخروج من الأحكام الواردة في القانون الأنموذجي، فإنّها تقر نوعاً من التوازن المطلوب بين القاعدة العامة والإستثناء المقرر عليهما، ولكن هذه الحرية تقيد فقط في إطار القانون الأنموذجي في حدود الإطار

الذي ترسمه السياسة العامة للقانون، بمعنى أنّ الخروج على النصوص القانونية التي تمثل السياسة العامة للقانون سيكون غير مقبول، لأنّ المحافظة على إلزامية هذه القواعد سيمثل الضمان الحقيقي لتنفيذ السياسة العامة التي تبناها الإتفاقية⁽⁸⁾. عليه يمكن القول بأنّه ينطبق إتفاق الأطراف المنعقد بين منسئ رسالة البيانات والمرسل إليه، سواء كانت هذه الاتفاقات مبرمة بينهم مباشرة أو عن طريق الوسطاء، وسواء كانت هذه الاتفاقات ثنائية الأطراف أو متعددة، ويبيّن نص المادة الرابعة من الإتفاقية أنّ هذه الحرية مقيدة باستقلالية الأطراف بالحقوق والالتزامات الناشئة بينهم، بحيث لا يوحي بأي أثر مترتب فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات لأطراف ثالثة، هذا من ناحية.

و من ناحية أخرى، فإننا نجد في سياق نص المادة 11 من الإتفاقية، والتي أوردت عبارة " وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك " يقصد منها، أن توضح بأنّه ليس الغرض المقصود من القانون النموذجي فرض استعمال وسائل الإتصال الإلكترونية على الأطراف الذين يعتمدون على استعمال وسائل الإتصال والابلاغ التقليدية، القائمة على الورق في إبرام العقود، وبالتالي فإنّه لا ينبغي تفسير هذه المادة على أنّها تقيّد بأي نحو من إستقلال الأطراف فيما يخص الأطراف غير المشمولين في نطاق استعمال وسائل الإتصال والإبلاغ الإلكترونية⁽⁹⁾.

المطلب الثاني/ وسائل التعبير عن الإرادة المقررة في إتفاقية اليونسيترال لإستخدام الخطابات الإلكترونية

سايرت إتفاقية اليونسيترال الخاصة بالقانون الأنموذجي لإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية المعقودة عام 2007، ذات التوجه الذي تبنته إتفاقية اليونسيترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996، عندما ذهبت في المادة 8 منها إلى أنّ " 1- لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو السند أو إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب الكتروني. 2- ليس في هذه الإتفاقية ما يلزم أي طرف باستخدام الخطابات الإلكترونية أو قبولها، ولكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف من سلوك ذلك الطرف "، حيث يتضح من نص هذه المادة أنّ التعبير عن الإرادة في إبرام العقود الإلكترونية يتم إما بصورة

خطاب إلكتروني أو أية وسيلة يتفق عليها الأطراف فيما بينهم، وستتولى بيان كل صورة من صور التعبير عن الإرادة التي اعترفت بها الإتفاقية، في الفرعين الاتيين :

الفرع الاول/استخدام الخطاب الإلكتروني للتعبير عن الإرادة

قصدت الإتفاقية من مصطلح الخطاب الإلكتروني " أي خطاب توجهه الأطراف بواسطة رسائل البيانات "، وذهبت الإتفاقية إلى أنّ معنى الخطاب هو " أي بيان أو اعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب، بما في ذلك أي عرض أو قبول عرض يتعين على الأطراف توجيهه أو تختار توجيهه في سياق تكوين العقد أو تنفيذه"⁽¹⁰⁾.

و الواضح هنا أنّ الإتفاقية قصدت من تعريف الخطاب هو تحديد نطاق تطبيقها، لأنّ الإتفاقية تنطبق على مجموعة واسعة من تبادلات المعلومات بين طرفي العقد، سواء في مرحلة المفاوضات على العقد أو أثناء تنفيذه أو بعد تنفيذه، إذ أنّ تبادل الخطابات الإلكترونية يمكن أن يكون متعلقا بتكوين العقد أو تنفيذه، أو أنّها توجه في وقت لاحق، قد لا يكون وجد فيه عقد بعد، بل ربما لا يوجد فيه تفاوض على عقد⁽¹¹⁾، ومثال ذلك ما تناولته المادة 11 من تنظيم حالة الدعوات إلى تقديم عروض، ولكن هذا لا يعني أنّ الإتفاقية تنحصر في نطاق تكوين العقد، إذ يمكن أن تستخدم لممارسة طائفة متنوعة من الحقوق الناشئة عن العقد، مثل الإشعارات بتسلم البضاعة أو الإشعارات المتعلقة بالمطالبات الناجمة عن التخلف عن التنفيذ، أو الإشعارات بإنهاء العقد أو الإشعارات المتعلقة بتنفيذ العقد، كما في حالة التحويلات الإلكترونية للأموال⁽¹²⁾.

ومن مقارنة التعريف المطروح للخطاب الإلكتروني مع تعريف رسالة البيانات التي تبنتها إتفاقية التجارة الإلكترونية لعام 1996، نلاحظ نشوء صلة بين الأغراض التي قد تستخدم الخطابات الإلكترونية من أجلها، ومفهوم رسالة البيانات والتي عرفتها الإتفاقية بأنّها " المعلومات التي يتم انشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي"⁽¹³⁾، حيث نلاحظ شمول التعريف لمجموعة واسعة من التقنيات التي تتجاوز نطاق التقنيات الإلكترونية المحضة⁽¹⁴⁾، وجدير بالإشارة هنا إلى أنّ الإتفاقية الخاصة باستخدام الخطابات

الإلكترونية قد تبنت نفس الأهداف والمفاهيم والوسائل، بل وحتى الأمثلة التي تبنتها إتفاقية عام 1996⁽¹⁵⁾.

وقد كرّست المادة 8 من إتفاقية اليونسيترال الإنموجية لعام 2007 هذا التوجّه في فقرتها الأولى التي تنص على أنّ "1- لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو امكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني"، ولما كان المبدأ الذي تبنته الإتفاقية الخاصة بالتجارة الإلكترونية وأقرته في المادة 5 منها، فإنّ من شأن ذلك أن يعني أنّه لا ينبغي أن يكون ثمة تباين في المعاملة بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية، حيث لا يمكن أن يتم الاستناد إلى هذه الفقرة لإنكار المفعول القانوني للخطاب الإلكتروني، وذلك لمجرد كونها أرسلت أو حفظت أو تم تخزينها في هذا الشكل، فالشكل الذي تحفظ به معلومات معينة أو تعرض به، لا يمكن أن يكون السبب الوحيد لإنكار المفعول القانوني لتلك المعلومات أو صحتها أو قابليتها للنفاذ، ولكن هذا الحكم لا يعني أن يرسي الصحة القانونية المطلقة لأي خطاب إلكتروني محدد أو أي معلومات ترد فيه⁽¹⁶⁾.

فضلا عن أنّه لا توجد قاعدة محددة في صدد شكل الخطاب الإلكتروني، الذي يتضمن التعبير الإلكتروني عن الإرادة المتمثل بتقديم عرض أو قبول عرض، وترك الموضوع إلى القانون الوطني حتى لا يحصل تنازع بين الإتفاقية والقوانين الوطنية، فيما يتعلق بالقواعد المنظمة لتكوين العقد، لأنّ من شأن ذلك أن يتجاوز أهداف الإتفاقية ونطاقها⁽¹⁷⁾.

الفرع الثاني/إتفاق الأطراف بصدد صيغة التعبير الإلكتروني عن الإرادة

يستفاد من نص المادة 3 من الإتفاقية والتي تنص على أنّه "يجوز للأطراف إستبعاد سريان هذه الإتفاقية أو الخروج عن أي من أحكامها أو تغيير مفعوله..."⁽¹⁸⁾، ونص الفقرة الثانية من المادة 8 والتي تنص على أنّه "ليس في هذه الإتفاقية ما يلزم أي طرف بإستخدام الخطابات الإلكترونية أو قبولها،...، ولكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف على ذلك من سلوك ذلك الطرف..."⁽¹⁹⁾، حيث يمكن القول بالجمع بين النصين، على أنّه يجوز للأطراف الإتفاق على صيغة التعبير الإلكتروني الذي يرتضيانه في التعبير عن إرادتهما في تكوين العقد، إلا أنّ الإتفاقية قد نحت نفس المنحى الذي

سارت عليه إتفاقية التجارة الإلكترونية في مجال التعبير عن الإرادة عند تكوين العقود، إذ راعت الإتفاقية حقيقة التماس الحلول للصعوبات القانونية التي يثيرها إستخدام وسائل الإتصال الحديثة، والتي تظهر في نطاق العقود في المقام الأول، وتجسد الإتفاقية الرأي القائل بأن حرية الأطراف مسألة مهمة في حيوية المفاوضات العقدية، وأنّ الإتفاقية ينبغي أن تعترف بها على نطاق واسع⁽²⁰⁾.

ولكن ينبغي الإشارة هنا إلى أنّ حرية الأطراف لا تمتد إلى تنحية الإشتراطات القانونية التي تفرض - على سبيل المثال - في نطاق تكوين العقود، كاستخدام طرق توثيق محددة في سياق معين⁽²¹⁾، وذلك بالنص على معيار يمكن بمقتضاه، أن توفى الخطابات الإلكترونية عناصرها كالتوقيعات وإشتراطات الشكل لأنّها عادة ما تكون إشتراطات إلزامية، لأنّها تجسّد الفلسفة العامة للإتفاقية، وتمثل الحد الأدنى المقبول للإلتزام من الإشتراطات التي تعترف بها تلك الإتفاقية، لذلك لا يسمح للأطراف بأن يخففوا من الإشتراطات المتعلقة بالتوقيع مثلاً، لصالح طرائق توثيق تقل موثوقيتها عن موثوقية التوقيعات الإلكترونية.

ومع ذلك فإنّ الإتفاقية - كما ذهب إليه في الفقرة 2 من المادة 8 لا تشترط على الأطراف قبول الخطابات الإلكترونية إذا لم ترغب في ذلك، ويعني ذلك أيضاً على سبيل المثال أنّه يجوز للأطراف إختيار عدم قبول التوقيعات الإلكترونية⁽²²⁾.

و ينبغي الإشارة هنا إلى أنّ شكل الخروج على أحكام الإتفاقية، يكون حسب الشكل الذي حدده المادة 3 منها، والتي بيّنت إمكانية تغيير أحكام الإتفاقية بموجب إتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف، تبرم فيما بينهم أو بواسطة قواعد يتفق الأطراف على تطبيقها في العلاقة فيما بينهم، وهذا الحكم ينطبق ليس فقط على العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه تلك الرسالة أو الخطاب الإلكتروني، بل يشمل أيضاً الاتفاقات المبرمة في سياق العلاقات مع الوسطاء⁽²³⁾.

وهذا الإتفاق لا يلزم أن يكون صريحاً، بل يمكن أن يكون مستفاداً ضمناً⁽²⁴⁾، ولا تحتاج الموافقة على إستخدام الخطابات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في التعاملات الإلكترونية، إلى أن تبدي صراحة أو أن تعطى بأي شكل محدد، حيث ذهب لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسيترال" في دليل الإشتراع الملحق بالإتفاقية

إلى القول بأنه " في الوقت الذي يبدو فيه أنّ التيقن المطلق يمكن أن يتحقق بالحصول على عقد صريح قبل التعويل على خطابات إلكترونية، فلا ينبغي أن يكون هذا العقد الصريح لازماً، وفي الواقع فإنّ هذا الإشتراط يمثل في حد ذاته حاجزاً، أمام تقدم وإنتشار تطبيقات التجارة الإلكترونية والأنشطة المرتبطة بها، وبمقتضى إتفاقية الخطابات الإلكترونية، تستشف الموافقة على إستخدام الخطابات الإلكترونية في التعبير الإلكتروني عن الإرادة من جميع الأطراف، بما في ذلك سلوك الأطراف، والأمثلة على الظروف التي يمكن أن نستنتج منها أنّ طرفاً ما قد وافق على إجراء معاملات إلكترونية، يمكن أن تشمل تقديم بطاقة أعمال، تتضمن عنوان بريد إلكتروني أو دعوة الزبائن المحتملين إلى زيارة موقع الشركة على الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات (الإنترنت)، أو الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بشخص ما لتقديم طلبية أو الإعلان عن بضائع عبر الانترنت أو بواسطة البريد الإلكتروني⁽²⁵⁾.

المبحث الثاني/الإشتراطات القانونية لصحة التعبير الإلكتروني عن الارادة

لكي يكون التعبير الإلكتروني عن الإرادة صحيحاً منتجاً لمفعوله القانوني، فلا يكفي أن يكون هذا التعبير مجسّداً بصيغة رسالة بيانات إلكترونية أو خطاب إلكتروني فقط، وإنما لابدّ من توفر ثلاثة شروط رئيسة أقرتها قوانين اليونسيترال الإنموجية، وأكّدها قوانين التجارة الإلكترونية الوطنية، وهذه الإشتراطات الثلاثة، هي :

1- الشكل أو كتابة التعبير الإلكتروني.

2- التوقيع أو إسناد التعبير الإلكتروني.

3- وجود الأصل الذي يثبت عليه التعبير الإلكتروني.

وسنتولى بحث كل شرط من هذه الشروط بصورة مستقلة في المطالب الثلاث الآتية :

المطلب الاول/شكل التعبير الإلكتروني

و بمقتضى هذا الإشتراط، فإنّه ينبغي أن يظهر التعبير الإلكتروني عن الإرادة مكتوباً بشكل مميز موثوق به يمكن الرجوع إليه، في الوقت الذي يمنع فيه تحريف هذا التعبير، ولكي يعدّ هذا الشرط متوفراً لابدّ من وجود ثلاثة خصائص للكتابة الإلكترونية هي :

1- إمكانية قراءة المعلومات واستنساخها.

2- أن يكون الوصول إليها متيسراً على نحو يتيح استخدامها لدى الرجوع إليها لاحقاً.
3- الديمومة وعدم القابلية للتحويل والتحريف.

وتجدر الإشارة إلى أنّ القوانين المنظمة لهذا الشرط، سواء على المستوى الدولي أو الوطني، تراعي فكرة عدم ملاءمة اعتماد مفهوم مفرط في الشمول بشأن الوظائف التي تؤديها الكتابة الاعتيادية⁽²⁶⁾، فتقليدياً توفر الكتابة مجموعة من الوظائف يمكن إجمالها في الآتي :

1- ضمان وجود دليل ملموس على نية الإلتزام لدى الطرفين وعلى طبيعة هذه النية.

2- مساعدة الطرفين على إدراك تبعه إبرامهما للعقد.

3- كفالة بقاء المستند مقروء للجميع.

4- كفالة بقاء المستند بلا تحريف بمرور الزمن وأن يوفّر سجلاً دائماً للمعاملة.

5- إتاحة الفرصة والمجال لاستنساخ المستند لكي يحتفظ كل طرف بنسخة من البيانات نفسها.

6- إتاحة المجال لإسناد رسالة البيانات بواسطة التوقيع.

7- كفالة أن يكون المستند في شكل مقبول لدى المحاكم والسلطات العامة.

8- تجسيد قصد محرر الكتابة وتوفير سبيل هذا القصد.

9- إتاحة المجال لتيسير تخزين البيانات في شكل ملموس.

10- تيسير الرقابة اللاحقة لأغراض محاسبية أو ضريبية أو تدقيقية أو تنظيمية.

11- إدخال الحقوق والالتزامات القانونية إلى حيّز الوجود، في الحالات التي تكون فيها

الكتابة مطلوبة

12- لإثبات الصحة⁽²⁷⁾.

لذلك ذهب المشرعون على المستوى الدولي والوطني على السواء، إلى التخفيف من الإشتراطات التقليدية للكتابة، عندما أقرّوا الكتابة كشرط للتعبير الإلكتروني عن الإرادة⁽²⁸⁾، فقد روعي وجوب إقتران الكتابة بالتوقيع والأصل، لذلك يكون من الضروري الأخذ بالكتابة، على اعتبار أنّها أدنى الشروط في التسلسل الهرمي لمقتضيات الشكل، والتي تحدد مستوى متميز من موثوقية المستندات الإلكترونية أو إمكانية الرجوع إليها

وعدم قابليتها للتحريف، وهذا الإشتراط الحدي لا ينبغي الخلط بينه وبين الإشتراطات الأشد إلزاماً، مثل إشتراط الكتابة الموقعة أو الأصل الموقع أو السند القانوني الموثق.

و بالرغم من ذلك فإنّ نصوص المواد 6 من اليونسيترال لسنة 1996 و 9 من اليونسيترال لسنة 2007، لا يشترطان أن تفي رسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية في كل الحالات بجميع وظائف الكتابة التي يمكن تصورها، حيث يركزان على المفهوم الأساسي للمعلومات التي يمكن استنساخها وقراءتها، وهذا المفهوم معبر عنه بمعيار موضوعي تضمنته الاتفاقيتين، وهو أنّ المعلومات الواردة في رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني يجب أن تكون في المتناول حتى يتسنى استخدامها لاحقاً، وهو واضح من خلال استخدام عبارة " إذا تيسر الإطلاع " أو " الوصول... متيسراً " حيث يقصد بها أنّه يعني ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة ينبغي الاحتفاظ بها، ويقصد من عبارة " على نحو يتيح استخدامها " أن تشمل الاستخدام البشري والحاسوبي في نفس الوقت، أمّا عبارة " الرجوع إليها لاحقاً " أو " الرجوع لاحقاً "، فتعني معياراً ذاتياً مخففاً يشير إلى سهولة القراءة أو سهولة الفهم⁽²⁹⁾.

المطلب الثاني/إشتراط توثيق التعبير الإلكتروني

بغية ضمان وجوب عدم إنتفاء القيمة القانونية لرسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني الذي يشترط توثيقه، لا لسبب إلّا لأهمّها غير موثقة بإحدى الوسائل التي تتميز بها المستندات التقليدية، تعتمد المادة 7 من اليونسيترال لعام 1996 والمادة 9 من اليونسيترال لعام 2007 مجموعة من الشروط العامة الواجب توفرها، حتى تعتبر رسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية موثقة ومسندة إلى منشئها بشكل يتسم بالمصادقية بما فيه الكفاية، وحتى تكون واجبة النفاذ رغم وجود شروط التوقيع، التي تشكّل حالياً عقبات تعترض التجارة التي تستخدم الرسائل الإلكترونية.

و تركز المادة 7 من اليونسيترال لعام 1996 والمادة 9 من اليونسيترال لعام 2007 على وظيفتين أساسيتين للتوقيع هما :

- 1- تعيين هوية منشئ أو موقع رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني.
- 2- التأكيد على إظهار موافقة منشئ أو موقع الرسالة أو الخطاب الإلكتروني على مضمونها.

وقد أرسى القانون النموذجي نهجاً مرناً فيما يتعلق بمستوى الأمان، الذي ينبغي أن توفره طريقة تعيين الهوية بالنسبة للموقع أو المنشئ، حيث يجب أن تكون الوسيلة المستخدمة موثوقة بقدر ما هي مناسبة للغرض الذي أنشأت أو أُبْلِغَت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي إتفاق بين منشئ رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني والمرسل إليه⁽³⁰⁾.

و قد اعتمدت لجنة اليونسيرال على مبدأ الحياد تجاه جميع تكنولوجيات التوقيع، وذلك عندما لم تحدد مكافئات تكنولوجية معينة لوظائف خاصة للتوقيعات الخطية، وذلك نظراً لتسارع وتيرة الإبتكار التكنولوجي، حيث ذهبت الإتفاقيات إلى النص على معايير للإعتراف القانوني بالتوقيعات الإلكترونية، دون اعتبار للتكنولوجيا المستخدمة فيها، ولذلك يصح التوقيع الإلكتروني إذا كانت وسيلته تعتمد على نظم الترميز غير المتناظرة، أو أدوات القياس الحيوي التي تستطيع أن تميز هوية الأفراد، عن طريق سماتهم البدنية سواء عن طريق شكل اليد أو الوجه أو قراءة بصمات الأصابع، أو التعرف على الأصوات أو فحص شبكية العين وما إلى ذلك، ونظم الترميز المتناظرة وإستخدام أرقام تحديد الهوية الشخصية PINs، وإستخدام الرموز المحددة كوسيلة لتوثيق رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني، عن طريق البطاقات الذكية أو أي أداة أخرى يحتفظ بها الموقع والصيغة الرقمية للتوقيعات الخطية وديناميكيات التوقيع، كالنقر على مربع الموافقة OK box⁽³¹⁾.

المطلب الثالث/الأصل الإلكتروني

يقصد بالأصل هنا هو: الدعامة أو الواسطة التي يتم بها تثبيت المعلومات للمرة الأولى، ولما كان الأصل بهذا المعنى، فإنه يكون من المستحيل في البيئة الرقمية أو الإلكترونية الحديث عن رسائل بيانات أو خطابات إلكترونية أصلية، لأن الطرف الذي ترسل إليه رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني يتلقى دائماً نسخة وليس أصلاً.

ولكن هذا الكلام لا ينطبق على حالتين هما :

- 1- المستندات التي تتمتع بأهمية خاصة.
- 2- وضع المعلومات ابتداء على شكل وثيقة ورقية ثم تنقل إلى حاسوب.

إذ نجد أنّ الحالة الأولى تشمل على سبيل المثال مستندات الملكية والصكوك القابلة للتداول، التي تتمتع فيها النسخة الأصلية للمستند بأهمية خاصة، كما يشمل كافة المجالات القانونية التي توجد فيها شروط خاصة، فيما يتعلق بتسجيل أو توثيق المحررات ومثالها الوثائق السرية أو بيع العقارات، والوثائق التجارية مثل وثائق التصديق على الوزن والشهادات الزراعية والشهادات على النوعية أو الكمية، وتقارير التفتيش وشهادات التأمين وغير ذلك من المستندات التي تتطلب وجود أصولها الورقية، وجميع المستندات المشار إليها في هذه الحالة لا تكون ذات فعالية قانونية موثوقة، ما لم يتم إرسالها كما هي دون تغيير في شكلها الأصلي، حتى تتوفر للمتعاملين في التجارة الإلكترونية ثقة في محتواها⁽³²⁾، ولذلك فإنّ إشتراطات المادة 8 من اليونسيترال لعام 1996 تمثل الحد الأدنى المقبول لشرط الشكل الواجب إستيفاؤه، في أية رسالة بيانات لكي تعتبر معادلاً وظيفياً للأصل⁽³³⁾.

و ينبغي الإشارة إلى أنّ إشتراطات الشكل يتداخل توافرها مع إشتراطات وجود الكتابة أو التوقيع، لذلك فإنّ ما تؤكّد عليه المادة 8 من اليونسيترال هو أهمية سلامة المعلومات لكي تعتبر أصلية، وتحدد معايير ينبغي مراعاتها عند تقييم السلامة عن طريق الإشارة إلى التسجيل المنتظم للمعلومات، وكفالة تسجيل المعلومات دون ثغرات وحماية البيانات من التحريف، وهي تربط مفهوم الطابع الأصلي بطريقة التوثيق، وترتكز على طريقة التوثيق اللازم اتباعها لاستيفاء هذا الشرط، كما ترتكز على عدة عناصر منها معيار بسيط بشأن سلامة البيانات، ووصف العناصر التي يتعين أخذها في الحسبان عند تقييم السلامة وعنصر المرونة في الإشارة إلى الظروف المحيطة .

أما حالة انشاء رسالة البيانات للمرة الأولى في شكلها النهائي، فهذه الحالة تشمل الوضع الذي يتم فيه وضع المعلومات فيها أو على شكل وثيقة ورقية ثم تنقل لاحقاً إلى حاسوب، وبذلك فإنّ المادة 1/8 أ يجب أن تفسر على أنّها تتطلب تأكيدات بأنّ المعلومات بقيت كاملة دون تغيير منذ وضعها في شكل وثيقة ورقية، وليس فقط منذ نقلها إلى شكل الكتروني⁽³⁴⁾، غير أنّه إذا وضعت عدة مسودات وخزنت قبل وضع الرسالة في شكلها النهائي، فإنّ هذه الفقرة لا تشترط تأكيد سلامة المسودات⁽³⁵⁾.

لذلك نجد المادة 9 من القانون الانموزجي لعام 2007 تؤكد في فقرتها 4 و5 على أهمية سلامة المعلومات بالنسبة لأصلها وتضعان - عندما تشيران إلى التسجيل المنظم للمعلومات، وإلى ضمان تسجيلها دون نقائص وإلى حماية البيانات من التغيير ومن التحريف - معايير تراعى فيها تقييم السلامة، وتربط الفقرتان مفهوم "الأصل" بأسلوب من أساليب التوثيق، وتركزان على أسلوب التوثيق الذي ينبغي أن يتوخى من أجل الوفاء بالشرط، كما أنّهما تستندان إلى العناصر التالية :

1- معيار مبسط بشأن سلامة البيانات.

2- وصف للعناصر التي ينبغي أن تراعى في تقييم السلامة.

3- عنصر للمرونة في إشارة إلى الظروف المحيطة.

4- و تشترط الفقرة 4/أ توفر رسائل تؤكد أنّ المعلومات بقيت كاملة ولم تتغير منذ الوقت الذي صيغت فيه كمستند ورقي، وليس فقط منذ الوقت الذي نقلت فيه إلى الشكل الإلكتروني، ولكن عندما تكون هناك عدة مسودات قد صيغت وخزنت قبل وضع الرسالة النهائية، فإنّ حكم هذه الفقرة لا يعني إشتراط تأكيد سلامة تلك المسودات⁽³⁶⁾.

المبحث الثالث/صيغ التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني

يتم التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني بالإيجاب والقبول الإلكترونيين في صيغ وكيفيات متعددة، وسنتولى بيان الكيفية التي يتم بها التعبير عن الإرادة في كل منهما في مطلبين كالآتي :

المطلب الأول/التعبير عن الإرادة في الإيجاب الإلكتروني

يعرّف الإيجاب في القواعد العامة بأنّه " عرض التعاقد"⁽³⁷⁾، ويفترض أن يكون عرض التعاقد هذا على نحو جازم وكامل، وحتى يصلح أن يكون هذا العرض إيجاباً تعاقدياً فإنّه يجب أن يكون صادراً وفقاً لشروط معينة، ويوجهه شخص إلى شخص آخر أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو الكافة، ويجب أن يكون الإيجاب نهائياً بحيث إذا اقترن به قبول فإنّه ينعقد العقد، لذلك لا يعدّ إيجاباً مجرد الدعوة إلى التفاوض أو مجرد الإعلان عن البضاعة ولو تضمن كافة العناصر الأساسية اللازمة للعقد المراد إبرامه، كما يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه⁽³⁸⁾.

ولما كان التعاقد الإلكتروني الذي ينتج عنه العقد الإلكتروني الذي يجري في إطار البيئة الإلكترونية، يندرج تشريعياً ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإنّ تعريف الإيجاب في هذا النوع من التعاقد يجب أن يتم في ظل خصوصية هذه البيئة⁽³⁹⁾. ولذلك يذهب التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين " سابق الذكر"، إلى أنّ الإيجاب عن بعد يعني " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الاعلان"⁽⁴⁰⁾، وينسجم هذا الموقف مع الموقف في إتفاقية اليونسترال الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، عندما ذهبت إلى أنّ " أي إقتراح يقدم لابرام عقد بواسطة خطاب إلكتروني واحد أو أكثر ولا يكون موجهاً إلى طرف معين واحد أو أكثر، بل يتيسر الاطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات، بما في ذلك الإقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات، من خلال نظم معلومات من ذلك القبيل يعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض، مالم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الإلتزام به في حال قبوله"⁽⁴¹⁾.

و للإيجاب الإلكتروني خصوصية تستدعي خروجه عن بعض أحكام الإيجاب التقليدية الواردة في القواعد العامة، وذلك على النحو الآتي :

أولاً/التخفيف من الطابع الجازم للإيجاب :

وهنا نفرق بين فرضين:

أولهما أن يتم الإيجاب بواسطة وسيلة إلكترونية موجهة إلى شخص معين أو أشخاصاً معينين، أي أنّ الموجب يحاول أن يخص بإيجابه شخصاً أو اشخاصاً محددين، يرى أنّهم يهتمون بمنتجاته أو خدماته دون غيرهم، وبهذه الفرضية فإنّ الموجب يرسل خطابه الإلكتروني إلى المرسل إليهم، الذين سيقومون بدورهم باستلام هذا الخطاب الإلكتروني، وتتحقق بذلك فعالية الإيجاب بحيث يكون للمرسل إليهم الحرية في قبول العرض أو لا، وفي هذه الفرضية نلاحظ سهولة العلم بالعرض التعاقدية، كما نلاحظ تحقق الشروط التي تتطلبها التشريعات المختلفة في الإيجاب دون تعقيد أو صعوبة كبيرة.

أما الافتراض الثاني، ففيه يتوضح ما يعكسه التعامل الإلكتروني في الواقع العملي، إذ أنّ التاجر يحرص على أن لا يلتزم إلى حد بعيد، إلزاماً كاملاً وباتاً بعرضه التعاقدية، وذلك لكي يعتبر العرض المقدم منه مجرد إعلان لا يكفي لإنعقاد العقد إذا قبله من وجه إليه.

و من هذه الإعتبارات على سبيل المثال :

- 1- نفاذ المخزون السلعي للتاجر.
- 2- عدم قدرة التاجر على الوفاء بالتزامه التعاقدية على النحو المحدد بالعقد، كأن يصاب الموجب بضرر يمنعه من تنفيذ إلزامه.
- 3- عدم التأكد من قدرة الطرف الآخر في إنجاز التعاقد ومدى يساره عند صدور الإيجاب⁽⁴²⁾.

لذلك يكون من الأفضل للتاجر كما المستهلك أن يحتفظ بإمكانية الرجوع في التعاقد، بحيث لا يكون ملتزماً بموجب عرضه التعاقدية الذي كان سيكفي مجرد قبول الطرف الآخر له لإنعقاد العقد، لولا إحتفاظ التاجر بمكنة الرجوع في⁽⁴³⁾. ولولا إمكانية الرجوع هذه لقامت المسؤولية العقدية للطرف الذي لم ينفذ إلزامه التعاقدية⁽⁴⁴⁾ طبقاً للقواعد العامة، فإذا ما تبين أنّ عرض التاجر كان عبارة عن دعوة إلى التفاوض أو دعوة إلى التعاقد، وذلك بأن يتم النص صراحة على أنّ هذه الشروط أو العروض ليس ايجاباً بالمعنى القانوني الفني، وذلك باستخدام عبارات صريحة الدلالة في هذا المعنى.

لذلك فإنّ اجابة الطرف الآخر " المرسل إليه " ستكون إيجاباً، إذ أنّها ستجعل منه موجباً، وستكون الرسالة التي يرسلها التاجر بعد ذلك هي القبول الذي ينعقد به العقد⁽⁴⁵⁾، وبالتأكيد فإنّ هذه الإجابة سوف لن يرسلها التاجر إلّا إذا إطمأن من وجود مخزونٍ سلعيّ كافٍ لتلبية الطلبية، أو كان واثقاً من قدرته على تنفيذ ما سلتزم به من تقديم الخدمة المطلوبة من جراء هذا التعاقد، وطبيعي أنّه سيتسنى له الوقت الكافي للإطمئنان من شخصية المتعاقد الآخر ويثق بجديته ومدى يساره إذا لزم الأمر⁽⁴⁶⁾.

وبخلاف ذلك، إذا قام التاجر بعرض التعاقد دون إيراد مثل هذا التحفظ الذي يقصد منه عدم اعتبار ما يصدر منه ايجاباً، فإنّ ما سيصدر منه من عروض ستكون إيجاباً

ملزماً يؤدي قبول المرسل إليهم له إلى انعقاد العقد، وبالتالي سيتحمل المرسل أي مسؤولية بسبب عدم قدرته على التنفيذ، بسبب نفاذ مخزونه السلعي أو عجزه عن تقديم الخدمة أو أي سببٍ آخر.

ثانياً/اللغة المستخدمة في الإيجاب :

إنّ عالمية شبكة الإتصالات والمعلومات الدولية internet تستدعي التخفيف من وجوب إستعمال اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني، بخلاف ما تفرضه بعض القوانين الوطنية التي يكون القصد منها حماية المستهلكين، تقرر بإمكانية الاحتجاج بسوء النية وتقرير بطلان العقد إذا كان العقد مكتوباً بغير اللغة الوطنية للمستهلك، ولنا أن نتخيل مقدار وعظّم المشكلة بالنسبة للتاجر الذي يتعامل عبر الشبكة الدولية، وما سيلاقي من إستجابات لشراء منتجاته أو طلب خدماته من كل أنحاء المعمورة، وبالتأكيد لن تكون كلها بلغة واحدة، بل وستفاقم المشكلة بشكل كبير بالنسبة له خصوصاً إذا ما وجد هذا الموقف مطبقاً في دول عديدة!⁽⁴⁷⁾

و توجب المبادئ القانونية الحديثة المقررة في حماية المستهلك مراعاة اللغة الأم لكل مستهلك، لكي يتسنى له فهم مضمون العقد الإلكتروني الذي يريد أن يقدم عليه، وذلك كشكل من أشكال الحماية له⁽⁴⁸⁾.

فالإيجاب عبر الشبكة الدولية للانترنت غالباً ما يتسم بالعالمية ويتم باللغة الإنكليزية، ولما كانت حقيقة وجود مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة أو ذات دلالات قانونية مختلفة تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة الموجب، مما يثير مشاكل في إعلام المستهلك، خصوصاً إذا ما وجد خلاف في النظام القانوني المتبع في الدول اللواتي ينتمي إليها أطراف العقد الإلكتروني، ولذلك يكون إلزام الموجب بإعلام المستهلك باللغة التي يفهمها، من وسائل حماية الأخير بإعتباره الطرف الأضعف في التعاقد عن بعد، وذلك حتى لا يقدم المستهلك على التعاقد إلا وهو على علم ودراية كافيين بطبيعة العقد ومضمون محل التعاقد والشروط التعاقدية وكيفية السداد⁽⁴⁹⁾.

و جدير بالذكر أنّ المشرع الفرنسي تناول بالتنظيم مسألة إستخدام اللغة في مرحلة ما قبل التعاقد⁽⁵⁰⁾، في إطار المعاملات التقليدية، فقد فرض المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 31 ديسمبر - كانون الأول من عام 1975، صياغة الإيجاب باللغة

الفرنسية⁽⁵¹⁾، في مجال ترويج السلع والخدمات، وبصدور قانون توبون عام 1994 واللائحة الخاصة به الصادرة في 19 مارس 1996، و6 مارس 1997 الخاصة بضرورة استخدام اللغة الفرنسية في الإيجاب في كل أنواع التجارة، بما في ذلك التجارة الإلكترونية بصفة خاصة في التعليمات الخاصة بالتشغيل وشروط الضمان ووصف المنتج أو الخدمة والفواتير والاتصالات، وينطبق هذا على الاعلانات المرتبة والمسموعة أو الناطقة أو المكتوبة⁽⁵²⁾.

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي، وإقراراً منه بحقيقة وجود صعوبات كثيرة في وجوب استخدام اللغة الفرنسية عند إبرام العقد الإلكتروني أو بالإيجاب، لأنّ غالبية المنتجات والخدمات يتم الإعلان عنها وتسويقها باللغة الإنكليزية، وذلك لأنّ الأخيرة هي لغة الإنترنت الذي هو أنجلو - أمريكي، إلا أنّ استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع للمستهلك يجب أن يوضع في إطار نص المادة 30 من إتفاقية روما، والتي تبنت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات في المعاملات والاتصالات التجارية⁽⁵³⁾.

و على ذلك فإنّه وبسبب أنّ المستهلك هو الطرف الاضعف في التعاقد يجب حمايته، وبسبب اتسام التعاقد الإلكتروني في غالبيته بالصفة العالمية، ووقوعه باللغة الانكليزية، لا ينفي إلزام الموجب الذي يعرض سلعه وخدماته عبر الانترنت بتبصير المستهلك بلغته الأم أيضاً⁽⁵⁴⁾.

و من الجدير بالذكر هنا هو أنّ القياس على ما ذهب إليه التوجيه الأوروبي الصادر في 21 مايو 1992 وارد إعماله في هذا الفرض أيضاً، حيث يذهب هذا التوجيه إلى أنّه " إذا إستجاب مستهلكٌ فرنسي لإعلان في صحيفة صادرة باللغة الانكليزية أو برنامج للبيع في التلفزيون باللغة الألمانية، فلا يجوز له أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقتها اللغوية وقرر المستهلك أن يتعاقد، فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقاً أمام هذا العقد العابر للحدود..."، ومن البدهي - كما نرى - القول أنّ هذا الحكم قابل للتطبيق على النطاق الإلكتروني عبر الشبكة الدولية، وذلك لتشابه الحالتين في الوضع والعلة، خصوصاً وأنّه أشار إلى الإيجاب بواسطة التلفزيون⁽⁵⁵⁾.

ثالثاً/تحديد النطاق المكاني للإيجاب :

لما كانت التجارة عبر الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات عابرة للحدود، فهي بنطاقها تشمل كل أنحاء المعمورة، ما دامت تتوفر في المكان الذي يتواجد فيه المتعاقدان حواسيب تتصل بهذه الشبكة، ولكن المشكلة هنا هي أنّ البائع عبر الشبكة لا يستجيب لطلبات الشراء البعيدة عن مكانه الجغرافي، بسبب عدم تحديد منطقة جغرافية معينة تسمى نطاق التغطية (lieu de coerture)، أي النطاق الذي يغطيه الإيجاب⁽⁵⁶⁾، ولما كانت الحالة لاحقة للإنعقاد فلا يتوفر الخلاف بشأنها إلا حين التسليم أي وقت تنفيذ العقد .

عليه فإنّه إذا ما ورد شرط في الإيجاب يمثل تقييداً للأماكن التي تم فيها التسليم من الناحية الجغرافية، فإنّ العميل الذي لا يقع في النطاق الجغرافي الذي يتاح فيه التسليم، سوف يتردد كثيراً دون شك في قبول العرض التعاقد الموجه إليه⁽⁵⁷⁾ .

المطلب الثاني/التعبير عن الإرادة في القبول الإلكتروني

القبول في القواعد العامة هو جواب على الإيجاب⁽⁵⁸⁾، أي تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد، على أساس هذا الإيجاب، ويجب أن يتطابق تماماً مع الإيجاب لكي ينتج أثره في إتمام إنعقاد العقد، وإلا فإنّ العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب أُعتبر إيجاباً جديداً وليس قبولاً⁽⁵⁹⁾ .

و للقبول في التعاقد الإلكتروني طرقٌ خاصة⁽⁶⁰⁾، ويتمتع بمميزات تختلف به عن

القبول في التعاقد التقليدي الذي تنظمه القواعد العامة، يمكن اجمالها في الآتي :

1- فالسكوت في التعاقد الإلكتروني لا يعدّ قبولاً، فمن يتسلم رسالة بيانات إلكترونية عبر الشبكة تتضمن إيجاباً، ونص فيها على أنّه " إذا لم يتم الرد على هذا العرض خلال مدة... أعتبر ذلك قبولاً "، فليس هناك أي أثر لهذه العبارة، إذا لم يعرها من وجّهت إليه اهتمامه⁽⁶¹⁾ .

2- لا يمكن القول في البيئة الإلكترونية بأنّ العرف يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الانترنت، وذلك لحدثة ظهور هذا الشكل من أشكال التعاقد⁽⁶²⁾ .

3- أمّا في حالة إذا ما تمخض الإيجاب الإلكتروني عن مصلحة من وجّه إليه، وبالتالي إمكانية القول بأنّ القبول يستفاد ضمناً من حالة السكوت، لأنّها حالة تعتبر عملاً من

أعمال التبرع دون أي إلتزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب، فهو أمر مفترض افتراضاً بعيد الوقوع في الواقع العملي، لأنّه فرض غير مألوف الحدوث في بيئة التعامل الإلكتروني عبر شبكة الانترنت⁽⁶³⁾، خصوصاً وإنّ مثل هكذا فروض لا تحدث واقعا ما لم تكن هناك معرفة سابقة أو تعامل سابق بين طرفيها، بحيث يعرف كل منهما الآخر تماما، وبالتالي فإنّ الطرف الآخر يتعين أن يكون مجهولاً بالنسبة له.

4- أمّا إمكانية اعتبار السكوت قبولاً إلكترونياً، في حالة التعامل السابق بين الطرفين في المعاملة الإلكترونية، فيبدو للوهلة الأولى الأمر مقبولاً، خصوصاً إذا ما اعتاد العميل شراء بعض السلع والخدمات من أحد المتاجر الافتراضية أو مقدمي الخدمات عبر الشبكة، بواسطة البريد الإلكتروني أو باستخدام أحد برامج الوسائط الإلكترونية الذكية.

و جدير بالذكر هنا أنّ بعض المشرعين ذهبوا في هذا الإطار إلى اعتبار:

- 1- إتفاق أطراف العقد الإلكتروني بشأن طريقة للتعبير عن الإيجاب أو القبول كليا أو جزئيا، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو ابطال للإيجاب أو القبول، يعد صحيحا ما دام الأطراف قد ارتضوا هذه الوسيلة أو الطريقة للتعبير عن الإيجاب أو القبول⁽⁶⁴⁾.
- 2- إمكانية استنتاج قبول الشخص للتعامل الإلكتروني وموافقته من سلوكه الإيجابي⁽⁶⁵⁾.

إلا أنّه ينبغي أن لا نغفل حقيقة هامة يؤكدّها واقع البيئة الافتراضية وتطبيقات التعامل الإلكتروني، وهي سهولة إرسال الإيجاب الإلكتروني من قبل الموجب إلى المرسل إليه المحدد، أو إلى مرسل اليهم متعددين قد يؤدي إلى فرض التعاقد على المستهلك أو المستهلكين الذين إعتادوا التعامل عبر الشبكة، وذلك بمجرد إرسال التاجر لإيجاب عبر البريد الإلكتروني للمستهلك أو إرساله إيجاباً ملزماً لجمهور المستهلكين، يتمثل بأنّ عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة قبول للعرض⁽⁶⁶⁾، وبما أنّ هذا الافتراض وارد في بيئة التعامل الإلكتروني، فلا يجوز استنتاج قبول العميل بمجرد السكوت في مثل حالة الإفتراض المتقدم، وذلك لأنّ القول بخلاف ذلك سيكون مدعاة للتجني على المستهلكين من قبل التجار، خصوصاً ونحن نعيش في عالم اليوم وسط حياة مليئة بالهموم والمشاكل التي لا يستطيع معها أحدنا أن يتابع بريده الإلكتروني اليومي باستمرار، ولا

أن يتصفح جميع الرسائل المستلمة، أو أن يميز بين الرسائل التجارية الحقيقية والرسائل التطفلية (spam) التي ترد إلى بريده الإلكتروني بشكل دوري أو الاطلاع على جميع الرسائل الواردة إليه في وقت ورودها إليه⁽⁶⁷⁾، وفي ذات الوقت لا يمكن إعتبار هذا النوع من السكوت سكوتاً ملائماً، لأنّ هذا الأخير لا ينعقد به العقد التقليدي، فضلاً عن عدم إعتباره قبولاً ينعقد به العقد في التعاقد الإلكتروني.

و هنا نقول أنّه لا بدّ من وجود ارادة صريحة معبر عنها بالوسائل الإلكترونية تناسب وهذه البيئة، ويكون مقبولاً إعتبارها تعبيراً صريحاً عن إرادة القبول في التعاقد الإلكتروني، باعتبارها صورة من صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة⁽⁶⁸⁾.

ولا يوجد ما يمنع من الناحية القانونية من أن يكون التعبير عن الإرادة بالقبول عن طريق الضغط على نافذة (أيقونة) القبول، ولكن قد لا تقتنع المحاكم بهذا النوع من القبول إذا كان حاسماً، لذلك يفضل أن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائي من أجل تجنب أخطاء اليد أثناء العمل على جهاز الحاسوب، مثل " هل تؤكد القبول؟"، وتكون الاجابة بالضغط على " نعم أو لا"، أو أن يتم التعبير عن الإرادة بالقبول بضغطتين متتاليتين، تأكيداً لتصميم من وجه إليه الإيجاب⁽⁶⁹⁾.

وقد يثور التساؤل حول القيمة القانونية لهذا التأكيد للقبول؟ وهنا نقول بأنّه لا يخرج الأمر في الاجابة على هذا التساؤل عن افتراضات ثلاث:

الإفتراض الأول :: إذا كان البرنامج الإلكتروني لا يسمح بإنعقاد العقد إلا إذا تم تأكيد القبول، بحيث لن يترتب على صدور القبول مجرداً من أي تأكيد، أية آثار قانونية، ففي هذه الحالة نستطيع الجزم بأنّ القبول لا يتم إلا بعد التأكيد.

أما الإفتراض الثاني :: وفيه يسمح البرنامج بإنعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق، وهنا لا مفر من القول بأنّ القبول قد تم بمجرد النقر على نافذة القبول.

أما الإفتراض الثالث :: فهو فرض يقع بمنزلة الوسط بين سابقه، وفيه يتضمن البرنامج ضرورة التأكيد، ولكنه لا يمنع من إنعقاد العقد بدونه، وهنا يمكن القول أنّ اللمسة هي قرينة على الإنعقاد، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنّه يجوز للعميل أن يثبت أنّ اللمسة كانت قد صدرت منه عفواً، وهنا نستطيع أن يتخذ من عدم التأكيد قرينة على عدم توفر قصد قبول التعاقد.

خاتمة

في خاتمة هذه الدراسة نرى من المفيد تسليط الضوء على النتائج الآتية:

- 1- إنّ التعبير الإلكتروني عن الإرادة يكون بشكل معلومات إلكترونية تتضمن تعبيراً صريحاً عن الإرادة يمثل عرضاً للتعاقد أو قبولاً لهذا العرض، ويتم إنتاج التعبير عن الإرادة بواسطة رسائل البيانات، والتي هي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، يمكن أن توصل التعبير الإلكتروني إلى الطرف الآخر.
- 2- لا تمتد حرية الأطراف في التعاقد الإلكتروني إلى تنحية الإشتراطات القانونية الواجب إتباعها في نطاق تكوين العقود، كالتوقيعات واشتراطات الشكل لأنها عادة ما تكون اشتراطات قانونية إلزامية، لأن أحكامها تجسّد الفلسفة العامة للاتفاقية، وتمثّل الحد الأدنى المقبول للالتزام من الإشتراطات التي تعترف بها الأونسترال.
- 3- لا يشترط حسب ظاهر نصوص قوانين اليونسيترال، بأن تفي رسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية في كل الحالات بجميع وظائف الكتابة التي يمكن تصورها تقليدياً، لأنّ المهم فيها إمكانية استنساخها وقراءتها، وهذا المفهوم معبر عنه بمعيار موضوعي تضمنته القوانين الإنموجية الصادرة عام 1996 و عام 2007، وهو أنّ المعلومات الواردة في رسالة البيانات أو الخطاب الإلكتروني يجب أن تكون في المتناول حتى يتسنى استخدامها لاحقاً، وهو ما يعني ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة ينبغي الاحتفاظ بها، على نحو يتيح استخدامها بشريا وحاسوبيا في نفس الوقت، والرجوع إليها لاحقاً.
- 4- إعتمدت لجنة اليونسيترال على مبدأي الحياد التكنولوجي والنظير أو المكافئ الوظيفي، تجاه جميع تكنولوجيات التعبير عن الإرادة، ونظراً لتسارع وتيرة الابتكار التكنولوجي، تمّ الاعتراف القانوني برسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية، دون إعتبار للتكنولوجيا المستخدمة فيها، ولذلك يصح التعبير الإلكتروني عن الإرادة إذا كانت وسيلته تعتمد على رسالة بيانات أو خطاب إلكتروني تتوقّف فيه الإشتراطات القانونية التي تحددها قوانين اليونسيترال.

5-الإيجاب عن بعد يعني " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الاعلان "، وإن " أي إقتراح يقدّم لإبرام عقد بواسطة خطاب إلكتروني واحد أو أكثر ولا يكون موجهاً إلى طرف معين واحد أو أكثر، بل يتيسر الإطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات، بما في ذلك الاقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات، من خلال نظم معلومات من ذلك القبيل يعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض، مالم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الإلتزام به في حال قبوله.

6-لا يعدّ السكوت في التعاقد الإلكتروني قبولاً، كما لا يمكن القول في البيئة الإلكترونية بأنّ العرف يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الانترنت، إلّا في حالة إذا ما تمخض الإيجاب الإلكتروني عن مصلحة من وجه إليه، فإنّه يمكن القول بأنّ القبول يستفاد ضمناً في حالة السكوت، لإمكانية إعتباره من أعمال التبرّع، أمّا إمكانية إعتبار السكوت قبولاً إلكترونياً في حالة التعامل السابق بين الطرفين في المعاملة الإلكترونية، فإنّ الأمر يكون مقبولاً إذا ما إعتاد العميل شراء بعض السلع والخدمات من أحد المتاجر الافتراضية أو مقدمي الخدمات عبر الشبكة، بواسطة البريد الإلكتروني أو بإستخدام أحد برامج الوسائط الإلكترونية الذكية.

الهوامش:

(1) وقد بينت إتفاقية اليونسيترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996، في سياق تنظيمها لتكوين العقود وصحتها.

(2) وقد اوردت الإتفاقية هذا الحكم في سياق اعتراف الأطراف برسائل البيانات.

(3) المادة 2/أ من اليونسيترال لعام 1996 ونفس التعريف تبنته إتفاقية اليونسيترال لعام 2007 في المادة 4 ج منها، واغلب قوانين التجارة الإلكترونية المقارنة، منها قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لعام 2007 في المادة 2 منه وكذلك قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 2 منه، وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري رقم 16 لسنة 2010 في المادة 1 منه، ولم يورد كل من المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لعام 2012 تعريفاً لرسالة البيانات، ولا المشرع الاماراتي الاتحادي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 1 لسنة 2006، ولا المشرع البحريني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002، ولا المشرع امارة دبي في القانون الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002.

(4) يعرف المشرع الاردني في قانون المعاملات الإلكترونية السجل الإلكتروني بأنه " القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم انشاؤها أو ارسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية " في المادة 2 منه، ونفس التعريف نجده في

القانون البحريني، في المادة 1 منه، والقانون السوداني في المادة 2 منه والمادة 1 من قانون المعاملات الإلكترونية العماني النافذ في المادة منه.

(5) ينظر دليل الإشتراع الملحق باتفاقية إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادر من لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة لعام 2007، ص 26 وما بعدها، للمزيد في هذا الدليل ينظر الوثيقة ذات رقم المبيع (A.07.V.2) للمزيد في هذه الوثيقة وكافة الوثائق الخاصة باللجنة المشار إليها في هذه الدراسة يراجع الموقع الإلكتروني الاتي : <http://www.uncitral.org/uncitral..> ، للمزيد في هذين المبدئين ينظر : د.صدام فيصل كوكز المحمدي ود. أسعد عبيد عزيز الجميلي: تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية، بحث مشترك مقبول للنشر في مجلة الحقوق بجامعة البحرين ، 2013.

(6) للتعرف على المقصود بهذه الوسائل الإلكترونية وكيفية عمل كل منها ينظر القاضي د. الياس ناصيف : العقود الدولية - العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت - لبنان 2009.

(7) وذهب المشرع الأردني إلى تعريف تبادل البيانات الإلكترونية بأنه " نقل المعلومات الكترونيا من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات " في المادة 2 من القانون، ويذهب المشرع العماني إلى نفس التعريف تقريبا في المادة 1 منه، ولم تورد اتفاقية اليونسيترال تعريفا لمصطلح التبادل الإلكتروني للبيانات رغم أميته، ولكن من الجدير بالذكر هنا هو أن لجنة " EDIFACT.UN "، وهي اللجنة العاملة المعنية بتسهيل اجراءات التجارة الدولية wp.4 التابعة للجنة الاقتصادية لأوروبا، وهي الهيئة التابعة للأمم المتحدة المسؤولة عن تطوير قواعد الأمم المتحدة التقنية الخاصة بالتبادل الإلكتروني للبيانات لأغراض الإرادة والتجارة والنقل إلى تعريف مصطلح التبادل الإلكتروني للبيانات بأنه " نقل المعلومات من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات " للمزيد في طروحات هذه اللجنة وتعريفاتها ينظر الموقع الإلكتروني الاتي :

F. Bauspie , J. Carlos ,C. Montserrat Rubia: Directory based EDI Certificate Access and management, 2009 Provider: citeseer , www.ac.upc.es by www.ivsl.com

(8) وهو ما تؤكد المادة 4 من القانون الانموزجي للتجارة الإلكترونية عندما نصت على أنه " 1- في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر، وما لم ينص على غير ذلك، يجوز تغيير أحكام الفصل الثالث بالاتفاق. 2- لا تخل الفقرة 1 بأي حق قد يكون قائما في أن تعدل بالاتفاق أية قاعدة قانونية مشار إليها في الفصل الثاني..." وجدير بالذكر هنا أنّ أحكام الفصل الثاني من الإتفاقية تعلقت ببيان الأحكام القانونية المتعلقة بتطبيق الإشتراطات القانونية على رسائل البيانات، أما الفصل الثالث فقد تعلق بابلاغ رسائل البيانات.

(9) لذلك نجد الإتفاقية تمنح الدول المشرعة الحق في أن تعدل من بعض أحكام الفقرة الأولى بما ينسجم والسياسة العامة المتبعة فيها، للمزيد من التفصيل في ذلك ينظر دليل التشريع الملحق بالاتفاقية، المرجع السابق، ص 45 ف 80.

(10) ينظر المادة 4 من الإتفاقية الفقرات أ و ي منها.

(11) للمزيد يراجع الفقرة 84 من الوثيقة A/CN.9.548

(12) ينظر الفقرة 35 من الوثيقة A/CN.9.509

(13) المادة 2/أ من اليونسيترال لعام 1996 وقد تبنت ذات التعريف أغلب القوانين العربية كما سبق بيانه في ه رقم 3 من هذه الدراسة.

(14) وهو ما تؤكد الفقرة 80 من الوثيقة A/CN.9.571

(15) للمزيد في ذلك ينظر دليل التشريع الملحق باتفاقية اليونسيترال لعام 2007 سابق الذكر، ص 38 والفقرة 81 من الوثيقة A/CN.9.571

(16) ينظر الفقرة 41 من الوثيقة A/CN.9.546

(17) ينظر للمزيد في ذلك الفقرات 171 و196 من دليل الإشتراع الملحق باتفاقية اليونسيترال لعام 2007 سابق الذكر.

(18) وتتولى هذا المادة تنظيم حرية الأطراف فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذه الإتفاقية.

(19) وقد تناولت المادة 8 من اليونسيترال الاعتراف القانوني بالخطابات القانوني، وذلك عند استخدامها في تكوين العقود الدولية.

(20) الوثائق الرسمية لمؤتمر الامم المتحدة المعني بعقود البيع الدولي للبضائع، فيينا، 10 مارس / اذار - 11 نيسان/ ابريل 1980، وثائق المؤتمر والمحاضر الموجزة للجلسات العامة ولجلسات اللجنة الرئيسية، منشورات الامم المتحدة، رقم المبيع A.81/IV/3، الجزء الاول، الباب د، ف 33.

(21) كما سئزى في المادة 9 من ذات الإتفاقية.

(22) للمزيد ينظر الفقرة 108 من الوثيقة A/CN.9.527

(23) نصت المادة 3 من الإتفاقية على أن " يجوز للأطراف استبعاد سريان هذه الإتفاقية أو الخروج عن أي من احكامها أو تغيير مفعوله "

(24) ينظر الفقرة 123 من الوثيقة A/CN.9.548

(25) قارن مع دليل الإشتراع الملحق بالاتفاقية، سابق الذكر، ص 72 ف 132.

(26) نص قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي في المادة 2 . منه على الهدف من إقرار قانون المعاملات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني، بقولها على أن " يهدف هذا القانون إلى ما يأتي : أولاً. توفير الإطار القانوني لاستعمال الوسائل الإلكترونية في إجراء المعاملات الإلكترونية ،ثانياً. منح الحجية القانونية للمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وتنظيم أحكامها، كما نص في المادة 3 منه على أن" المادة 3 . أولاً . تسري أحكام هذا القانون على : أ. المعاملات الإلكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون ب . المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذها بوسائل الكترونية . ج . الأوراق المالية والتجارية الإلكترونية ... و نص في المادة 4 منه على أن : أولاً. يعد التوقيع الإلكتروني صادراً عن الموقع إذا توافرت وسائل لتحديد هوية الموقع والدلالة على موافقته لما ورد في المستند الإلكتروني وبحسب إتفاق الموقع والمرسل إليه حول كيفية إجراء المعاملة الإلكترونية .ثانياً. يكون للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي.....، كما نصت المادة 13 من ذات القانون على أن: ... أولاً. تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلها الورقية...

(27) للتفصيل أكثر في هذه الشروط ينظر : دليل الإشتراع الملحق باتفاقية قانون اليونسيترال الانموذجي لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، ص 50 وما بعدها.

(28) نصت المادة 1- من القانون العراقي الخاص بالمعاملات الإلكترونية سابق الذكر على أن " خامساً. الكتابة الإلكترونية : كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تثبت على وسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو آتية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم.....

(29) مع الإشارة إلى أنه من حق الدولة المشترعة بموجب المادة 6 من اليونسيترال 1996 الحق في استثناء بعض الحالات بموجب قانونها الوطني.

⁽³⁰⁾ ينظر دليل الإشتراع الملحق باتفاقية اليونسטרال للقانون الانمذجي للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001، ص 60 وما بعدها، وقارن مع المادة 7/أ وب من اليونسسترال لعام 1996 والمادة 9 من اليونسسترال لعام 2007.

⁽³¹⁾ للمزيد في مبأى التناظر الوظيفي والحياد التكنولوجي ينظر: د. صدام فيصل كوكز المحمدي ود. أسعد عبيد عزيز الجميلي ، تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية، المرجع السابق.

⁽³²⁾ وهو ما ذهب إليه المادة 3. من قانون المعاملات و التوقيع الإلكتروني في العراق بنصها على أن :- أولاً . تسري أحكام هذا القانون على :أ. المعاملات الإلكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون او المعنويون ب . المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذها بوسائل الكترونية ج. الأوراق المالية والتجارية الإلكترونية . ثانياً . لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي:أ. المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية. ب . إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامهما. ج . المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وانشاء الحقوق العينية علما باستثناء عقود الايجار الخاصة بهذه الأموال . د . المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة ه . إجراءات المحاكم والاعلانات القضائية والاعلانات بالحضور و أوامر التفتيش وأوامر القبض والأحكام القضائية.و. أي مستند يتطلب القانون توثيقه بوساطة الكاتب العدل .

⁽³³⁾ وقد نصت المادة (3) من قانون المعاملات و التوقيع الإلكتروني العراقي على أن: "ثانياً: لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي :أ.المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية. ب . إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامهما. ج . المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وانشاء الحقوق العينية علما باستثناء عقود الايجار الخاصة بهذه الاموال. د . المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة ه . إجراءات المحاكم والاعلانات القضائية والاعلانات بالحضور و أوامر التفتيش وأوامر القبض والأحكام القضائية .و. أي مستند يتطلب القانون توثيقه بوساطة الكاتب العدل .

⁽³⁴⁾ نصت المادة 13 . من القانون العراقي سابق الذكر على أن أولاً :- أولاً. تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية :أ. أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت. ب . امكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم انشاؤها او ارسالها وتسلمها به او بأي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند انشائها او ارسالها او تسلمها بما لايقبل التعديل بالاضافة او الحذف . ج. أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشأها او يتسلمها وتاريخ ووقت ارسالها وتسلمها. ثانياً . لا تطبق الشروط المنصوص عليها في البند (اولا) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون القصد منها تسهيل ارسالها وتسلمها. ثالثاً . يجوز للموقع أو المرسل إليه اثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الاثبات المقررة قانوناً

⁽³⁵⁾ و قد استتنت الإتفاقية الاحوال التي ينص عليها القانون الوطني في هذا الخصوص، للمزيد في ذلك ينظر دليل الإشتراع الملحق بالإتفاقية لعام 1996 ف 69 منه.

⁽³⁶⁾ نصت المادة 13 من قانون المعاملات و التوقيع الإلكتروني العراقي على أن :أولاً. تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية :أ. أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت. ب . امكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم انشاؤها أو إرسالها أو تسلمها به أو بأي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند انشائها أو إرسالها أو تسلمها بما لايقبل التعديل بالاضافة أو الحذف . ج. أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشأها أو يتسلمها وتاريخ ووقت ارسالها وتسلمها . .

(37) د. صبري حمد خاطر : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط 1 / كلية الحقوق – جامعة البحرين 2009، ص 56 وما بعدها.

(38) للمزيد في الإيجاب في القواعد العامة ينظر د. صبري حمد خاطر : المرجع نفسه، ص 56، ود. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2000، ج 1، م 1، ص 220 وما بعدها.

(39) Beaura d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 96.

(40) حيث جاء في التوجيه الأوروبي المذكور ما نصه :

" toute communication a' distance comportant tous les elements necessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel , la simple publicite etant exclue..."

(41) المادة 11 من الإتفاقية الخاصة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2007

(42) Beaura d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 98 – 99.

(43) ولذلك نجد في العمل عقودا كثيرة تتناول بالتنظيم مسألة نفاذ المخزون السلعي، ومثال ذلك ما نصت عليه الشروط العامة للمركز التجاري " Infonie " على بعض الالتزامات في حالة عدم توفر السلعة المطلوبة على ما يفيد " بأننا ملتزمون في الحالة التي لا تتوافر فيها بعض القطع أن نقدم لكم قطعاً بديلة تتوافر بها ذات المميزات والصفات وبجودة مماثلة أو بجودة أعلى، وبسعر مساو أو أكثر أو بأن ترد لكم ما دفعتموه، وعلى أي حال، فسوف نوافيكم برسالة الكترونية توضح ما إذا كانت السلعة متوافرة، فلا تنسوا مراجعة بريدكم الإلكتروني بانتظام "

(44) ينظر التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين، سابق الذكر، المادة 6 منه.

(45) Beaura d'augeres , Brees et Thuilier : op cit , p – 99.

(46) ومن الوسائل التقنية التي استخدمت في هذا الإطار شهادات التعريف الإلكترونية، التي تصدر عن مراكز التوثيق أو التعريف الإلكتروني، والتي تثبت مصداقية وجدية الطرف الذي يبغى التعاقد مع طالب شهادة التعريف الإلكترونية ممن يتعاملون عبر الشبكة الدولية للاتصالات والمعلومات الدولية، للمزيد ينظر : د. صدام فيصل المحمدي ود. أسماء صبر علوان : بحث مشترك منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2010.

(47) وجدير بالذكر أن القانون الفرنسي الصادر في آب – أغسطس عام 1994 المسى قانون toubon في المادة 2 منه، حيث أوجب استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمة لها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة، ومن بينها التجارة الإلكترونية على وجه الخصوص، وذلك في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة، وتعيين نطاقه وماله من ضمان، وفي الإيجاب، وكذلك في طريقة التشغيل أو الاستعمال، وفي قوائم الشراء والايصالات، للمزيد من التطبيقات من هذا القبيل ينظر:

Beaura d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 100.

(48) غسان عمر :التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، ص5، محمد ابراهيم ابو الهيجاء : عقود التجارة الإلكترونية، ط 1، دار الثقافة، الاردن 2005، ص 47.

(49) د. ممدوح خالد ابراهيم : حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، ص 184.

(50) حيث نصت المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1975 ما نصه " في عرض وتوزيع السلع والخدمات أو الدعاية المتعلقة بها، أو التعاقد عليها سواء في شكل مكتوب أو شفوي، وفي شأن بيان طرق تشغيل أو إستخدام هذه السلع أو الخدمات وشروط التعاقد، والضمانات المرتبطة بذلك التعاقد، فإنّ إستخدام اللغة الفرنسية يكون أمراً الزامياً "

(51) حسن عبد الباسط جميعي : عقود برامج الحاسب الآلي، ط 1، دار النهضة العربية، مصر 1998، ص 118 وما بعدها.

(52) وقد نص القانون الفرنسي رقم 240-95 الصادر في 3 مارس 1995 على عقوبة تتمثل بغرامة مالية ويضعف مقدار هذه الغرامة إذا كان المخالف شخصا معنويا إلى خمسة أضعاف، وتطبق هذه العقوبات على مالكي مواقع الويب على الشبكة الدولية... للمزيد ينظر ممدوح خالد ابراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ص 170 وما بعدها.

(53) Conseil D Eter : Section du rapport et des etudes , Internet et les réseaux numériques : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, www.ladocumentationfrancaise.fr

(54) لذلك نصت الفقرة 8 من النص الأوربي الموحد الذي اعتمده لجنة الوساطة الأوروبية بتاريخ، 1996/11/27، على أن " اللغة المستخدمة في التعاقد بوسائل الإتصال عن بعد يعتبر أمرا ذا شأن في دول الاتحاد الأوربي "، وتنص المادة 3/4 من التوجيه الأوربي الصادر عام 1992 ذي الرقم 28 على أنه " في التعاقد بواسطة الهاتف يتعين على المزود أن يعرف نفسه للمستهلك وتوضيح هدف العملية التجارية منذ بداية الكلمة مع المستهلك "، وطبيعي أن ذلك لا يتم إلا عن طرق لغة المستهلك ابتداء.

(55) Beaura d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 100.

(56) Lamy : Droit de l'information et des reseax , 1998 , n – 2548 , p – 1422.

(57) ومن الجدير بالاهتمام هنا أنه من اجل تحقيق استقرار التصرف القانوني فإنه لا مانع من الإتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، مع ملاحظة أن ذلك قد لا يكون كافيا للاحتياط بشأن القوانين الوطنية المتعلقة بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص قوانين حماية المستهلك، ويقع في العمل أن كثيرا من المتاجر الافتراضية التي تتعامل عبر الشبكة الدولية للإتصالات والمعلومات، ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلا ينص العقد الخاص بـ Apple store في أحد شروطه بأن " تخضع جميع العقود التي يكون Apple store طرفا فيها لقانون ولاية كاليفورنيا، وذلك تجنباً للتعقيدات التي قد تنشأ عن طرح نظرية الإحالة فقد تضمن ذات العقد على عبارة " دون أي اثر لنصوص التنازع الواردة به "، كما نجد نص أحد شروط المركز التجاري الافتراضي " d'IBM Europe , Surf and buy " على أن يخضع للقانون الفرنسي " للمزيد ينظر :

Lamy : n- 2526 et 2549 , p – 1484 et 1492.

(58) د. صبري حمد خاطر: المرجع السابق، ص 58 ود. عبد الرزاق السهوري: الوسيط، المرجع السابق ص 227 وما بعدها.

(59) Beaura d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 107.

(60) نصت المادة 81 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل على أن " 1 – لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قولاً. 2 – ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط ".

(61) Beaura d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 107.

(62) Anne Cousin & Alian Bensoussan : De la tradition et de la modernite , de la coutume sur internet , gazette da palais – Vendredi 14 , Samedi 15 , janvier 2000 , p - -13 ets.

(63) Oliver Hance & Suzan Dionne – Balz: Business et droit d'internet , Paris , 1998 , p -144.

(64) قارن مع نص المادة 10 من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني سابق الذكر، والمادة 6 الفقرة 2 منها من قانون دولة الامارات الاتحادي سابق الذكر، والمادة 6 الفقرة 2 منها من قانون إمارة دبي سابق الذكر.

(65) قارن مع نص المادة 6 الفقرة 1 من قانون إمارة دبي سابق الذكر والمادة 1/6 من قانون الامارات الاتحادي.

⁽⁶⁶⁾ وجدير بالذكر أن المادة 54 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري الصادر عام 2010 نصت على أن " لا يجوز لمقدم الخدمة ارسال أو الايعاز للغير بارسال اتصالات الكترونية ذات طبيعة تجارية، أي مستهلك لم يتم الحصول منه على موافقة صريحة على هذا الارسال، وتفترض موافقة المستهلك على الارسال في حالة وجود علاقة مع مقدم الخدمة ترجح التوقع الواضح من المستهلك باستلام الإتصال الالكتروني، على أن يكون محتوى الإتصال الإلكتروني ذا صلة بالغرض الذي أقيمت من أجله هذه العلاقة، وبشرط أن يقوم مقدم الخدمة باتاحة الفرصة والطرق الملائمة لمستلم الإتصال الإلكتروني لطلب عدم الحصول على المزيد من الإتصالات الإلكترونية في أي وقت..." ⁽⁶⁷⁾ وهو أمر أكدته لجنة اليونسيترال الدولية، للمزيد في ذلك ينظر الوثيقة: A/CN.9/548.

⁽⁶⁸⁾Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 107.

⁽⁶⁹⁾ Anne Cousin & Alian Bensoussan : op cit , p – 100.

كما أن هناك تقنيات تسمح بالتغلب على الأخطاء أو الشك في جدية القبول، منها وجود وثيقة امر بالشراء أو استمارة يتعين على العميل أن يحررها على الشاشة لتأكيد جدية القبول، وتأكيد الأمر بالشراء يرتد إلى موقع البائع... وهو موقف ينسجم مع موقف قانون اليونسيترال الخاص بالخطابات الإلكترونية في المادة 8 منه والمتعلقة بالاعتراف القانوني بالخطابات الإلكترونية أو قبولها، والتي تنص على أن " ليس في هذه الإتفاقية ما يلزم أي طرف باستخدام الخطابات الإلكترونية أو قبولها، ولكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف على ذلك من سلوك ذلك الطرف "... للمزيد في ذلك ينظر :

Beaure d'augeres, Brees et Thuilier : op cit , p – 108.

هل فُقِّدَ (الفقدان) القضاء الإداري طابعه الإجتهادي؟

Pr .BOUDRIOUA Abdelkrim
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.

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

الملخص:

لا شك أنّ الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري من السمات التي لازمته ومن أهمّ الخصائص التي تميّزه عن القضاء العادي، إلا أنّ ظهور مجموعة من الإعتبارات و العوامل لعبت دورا محوريا و أثّرت بشكل مُعتبر في طبيعة و مضمون هذا الطابع، فكثافة الإنتاج التشريعي المُنظّم لنشاط السلطة العمومية و ما اتّصل بتسيير المرافق العمومية قلّص نسبيا من مجال اجتهاد القاضي الإداري و حصر سلطته في تطبيق القانون مثلما يفعل القاضي العادي، رغم ذلك يُمارس القضاء الإداري مقاومة شديدة للإستبقاء على وجود هذا الطابع و في محيطه الحيوي، فما هو الحدّ الذي بلغته "ظاهرة" فُقدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهادي ؟ ما هي الأسباب ؟ ما هي الآثار التي تترتّب عن ذلك ؟

الكلمات الدالة:

القضاء الإداري، الإجتهاد القضائي، سلطات القاضي الإداري، إجراءات التقاضي.

La justice administrative : a-t-elle perdu son caractère jurisprudentiel ?

Résumé :

La justice administrative : a-t-elle perdu son caractère jurisprudentiel ?

L'intervention intense du législateur dans l'organisation des activités de la puissance publique et la gestion des services publics a réduit le rôle prétorien du juge administratif, à tel point que le caractère jurisprudentiel du droit administratif en général et des pouvoirs du juge administratif en particulier est remis en cause. Ce caractère existentiel pour la justice administrative résistera-t-il aux assauts des considérations d'ordres et d'origines multiples qui tendent à rétrécir son champs

d'action ? Quelle est actuellement la part de la jurisprudence dans le règlement du contentieux administratif ?

Mots clés:

Justice administrative, jurisprudence administrative, pouvoirs du juge administratif, procédures administratives.

Did the Administrative Justice have loss (losses) its discretionary character?

Abstract:

No doubt that the character of discretionary of administration courts to eliminate features that stayed with him and the most important characteristics that distinguish it from the ordinary courts, but the emergence of a range of considerations and factors have played a pivotal role and influenced considerably in the nature and content of this nature, the density and the legislative production regulator of the activity of public authority and what contact conduct public facilities trimmed relatively field of jurisprudence administrative judge and limit his authority to enforce the law as does the ordinary judge, though practiced administrative Justice stiff resistance to the retention of the existence of this character and in a dynamic environment, what is the point that in his own language, "the phenomenon of" loss of elimination administrative discretionary character? what are the reasons ? What are the implications of all this?

Key words:

Administrative justice, jurisprudence, administrative powers of the judge, court proceedings.

مقدمة

إنَّ أبرز ما يشدُّ الإنتباه أثناء دراسة مواضيع القانون الإداري خروج قواعده و مبادئه عمّا هو مألوف و مُتعارف عليه في إطار القانون الخاص، الناتج بذاته من حصيلة عوامل و اعتبارات سياسية و اجتماعية عرفتها فرنسا⁽¹⁾ مهّدت لؤلُوجه كأهم فروع القانون العام محوره نشاط المرفق العام و هدفه تحقيق المصلحة العامة و مُحركه إمتيازات السلطة العامة.

كذلك، يُمثّل ميلاد القانون الإداري على يد القضاء وضعا غريبا و طريقة "تناقض" الطريقة الطبيعية و المألوفة، بحيث أنّ القانون هو الذي يُنشئ و يصنع الجهاز أو العضو و ليس العكس مثلما هو معلوم في كيفية ميلاد القانون الإداري، تُؤكّده إحدى الخصائص الهامة التي يمتاز و يتميز بها هذا الأخير ألا و هي أنّ "القانون الإداري قانون قضائي" تُترجمه المبادئ الواردة و المُكرّسة في اجتهادات القضاء الإداري في مجال

القرارات و العقود الإدارية أو الضبط الإداري أو نظرية المرفق العام والتي تُمثّل البناء القانوني لصرح القانون الإداري.

لكن، ما دام أنّ كل ما هو مُرتبط بالنشاط الإنساني غير أبدي و يستسلم لِسُنّة التغيّر و التطور فقد تزعزع الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري بِحُكم تفاعل عوامل عديدة غير مُتّصلة كلّها بالجوانب القانونية أدّت إلى تقليص - أو اختفاء في بعض الأحيان - هذا الطابع تُطرح على ضوءه مسألة جدوى وجود نظام الإزدواجية القضائية أصلا، فما هو الحدّ الذي بلغته "ظاهرة" فقْدان القضاء الإداري لِطابعه الإجتهادي ؟ ما هي الأسباب ؟ ما هي الآثار التي تترتّب عن ذلك ؟

ذلك ما ستُحاول هذه الورقة الإجابة عليه من خلال التطرّق إلى نقطتين، تتناول الأولى الإعتبارات المفاهيمية التي أثّرت في الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري، أمّا النقطة الثانية فتُعالج الأوضاع الإجرائية التي تتنافى و تتصادم مع الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري.

1/ الإعتبارات المفاهيمية المؤثّرة في الطابع الإجتهادي للقضاء الإداري:

من المعلوم أنّ القانون باعتباره ظاهرة إجتماعية و إنسانية يُؤثّر ويتأثّر بالإعتبارات السياسية و الإقتصادية التي يعيش في كنفها و يتفاعل مع العوامل الجيوسياسية الإقليمية و الدولية⁽²⁾ المُحيطة به، فقد عرفت الجزائر بعد دستور 1989 تحوُّلا إديولوجيا و سياسيا و اقتصاديا هاما ترجمته النصوص الدستورية و القانونية و عملت الدولة على تجسيده عمليا، بحيث أصبحت مفاهيم الديمقراطية و حقوق الإنسان و حرياته، التعددية الحزبية، الإنفتاح الإقتصادي و أعمال قواعد السوق موضوع برامج الحكومات المتعاقبة و أساس مختلف الإستراتيجيات المُتبعة.

فإذا كان الهدف المُعلن من وراء تبنيّ نظام الإزدواجية القضائية بموجب دستور 1996 هو تقوية مبدأ دولة القانون و تدعيم مُقتضيات المشروعية بإخضاع أعمال السلطة الإدارية لرقابة قضائية مُتخصّصة، فعليّة و فعّالة فإنّ هناك مجموعة من العوامل حالت دون تحقّق الهدف المُبتغى إلى درجة القول بأنّ إنشاء القضاء الإداري في الجزائر كان بغرض التخفيف فقط على القضاء العادي !!! فقد تقلّصت كثير من مظاهر الرقابة و التعقيب على أعمال الإدارة إلى درجة تُعيد النظر في الركائز التي

نشأ فيها القضاء الإداري و تطوّر في كنفها جعلت بعض الباحثين يطرحون مسألة جدوى الإستبقاء على نظام الإزدواجية القضائية⁽³⁾.

يُمكن ردّ هذه الإعتبارات إلى ما يلي :

أولا/أثار العلاقة الجدلية بين السياسة و القانون، من يحكم من؟

لا يخفى على أحد أنّ القانون مرآة تعكس الأوضاع و التصورات السياسية للدولة - و قد يُقال للنظام الحاكم - و لا يُمكن بأيّ حال من الأحوال فصل القانون عن الإعتبارات السياسية و نُفوذ السلطة التنفيذية رغم كلّ ما قيل عن قداسة مبدأ الفصل بين السلطات أو استقلالية السلطة القضائية التي رُصدت لها كلّ الضمانات⁽⁴⁾، فقد ظهرت الرغبة في تأجيل تجسيد نظام القضاء المزدوج هيكلية و إجرائية رغم تبنيّه منذ 1996 بشكل مُلفت للإنتباه، بحيث أنه لم يصدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽⁵⁾ إلاّ سنة 2008 ليسري مفعوله سنة 2009 و لم يتم تنصيب المحاكم الإدارية إلاّ في أواخر سنة 2011 أي بعد أكثر من 15 سنة !!!

كلّ ذلك أكّد غياب الإرادة السياسية في وضع الإطار القانوني و الإجرائي لحماية مقتضيات المشروعية و دولة القانون⁽⁶⁾ وانفلات الإدارة - السلطة التنفيذية - من الرقابة و التعقيب على أعمالها، إلاّ أنّه و للأسف، إضافة إلى طول أمد إنتظار صدور القانون الإجرائي و تنصيب هياكل القضاء الإداري فإنّ الأمور لم تتغيّر كثيرا، بحيث تعدّدت نقائص و ثغرات النصوص الإجرائية⁽⁷⁾ قوّضت فرص وضع نظام قانوني و قضائي إداري مُتكامل و لم تتحقّق الأهداف المعلنة و هي أنّ " النظام القضائي المستحدث تطور طبيعي نظرا للتحوّلات النوعية السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية الجارية و يُترجم سياق توطيد دولة القانون و يُكيّف أشغال و أساليب أعمال المؤسسات القضائية مع هذه التحوّلات "⁽⁸⁾.

إنّ المناخ السياسي عموما لا يُوقّر الإطار المناسب لممارسة القضاء الإداري لمهامه مثلما تقتضيه طبيعته، لِسبب يرتبط أصلا بطبيعة العلاقات بين المؤسسات الدستورية فيما بينها و بين مؤسسات الدولة و المجتمع المدني، بحيث أنّ الريب و عدم الثقة هي السمة الأساسية لهذه العلاقات و لا يكاد الفرق يظهر للمهتمين بالدراسات القانونية - و ما حال المواطن إذن - بين النظام القديم و الجديد، فالمجال الضيق

الذي يحتلّه القضاء الإداري حاليا يتماثل مع وضعيّة و مكانة الغرفة الإداريّة على مستوى المجلس القضائي و المحكمة العليا سابقا مع تغيير في التسميات فقط، بالتالي فإنّ الطابع الإجتهادي الذي يجب أن يتّسم به القضاء الإداري غائب و لم يجد بعد الإطار المناسب لتطبيقه. و ستجلىّ النقائص في الجوانب الإجرائية المؤيّدّة لهذا التصور لاحقا.

ثانيا/الإتّجاه نحو خصوصية القانون الإداري أو الرؤية الجديدة لمضمون القانون الاداري:

أصبحت مسألة تقسيم القانون إلى عام و خاص و ما ينجّر عنها من آثار "حاليا" محلّ نظر إلى درجة الحديث عن خصوصية القانون العام « la privatisation du droit public و بدرجة أقل في تقاطع مجالات الممارسة و الإشتراك في معالجة نفس المسائل القانونية⁽⁹⁾، فقد اقتحمت مواضيع القانون الخاص مجال القانون العام كموضوع المنافسة "مثلا" الذي أصبح من المبادئ التي تُهيمن على عملية إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁰⁾ التي تُمثّل بذاتها أهم وسائل تنظيم المرافق العمومية منذ إنشائها إلى تجهيزها وتسييرها.

إذا كانت هذه المسألة غير مطروحة بإلحاح في الفكر القانوني الجزائري فإنها وجدت مجالا رحبا في الفكر الغربي خاصة في فرنسا، فقد انصبّ الحديث على ضرورة إصلاح القانون الإداري⁽¹¹⁾ و إدراج الإعتبارات و التحاليل الإقتصادية في القانون عموما⁽¹²⁾ والقانون الإداري خصوصا⁽¹³⁾ و ابتكار تقسيمات فرعية للقانون الإداري لم تكن معروفة و "مُستساغة" في ظلّه من قبل كالقانون العام (الإداري) للمنافسة⁽¹⁴⁾.

أفرزت كل هذه التغيرات و التطورات في مفاهيم القانون العام ومواضيع القانون الإداري رؤية ومُعالجة مختلفة لكثير من الأمور التي استقرت منذ عقود طويلة، و إن كان الأمر ليس غريبا بالنظر إلى طبيعة و خصائص القانون الإداري الخاضعة لمبدأ القابلية للتحوّل و التغيّر إلا أنّ أقلمة المسائل و المفاهيم الثابتة "نسبيا" و مُواكبتها لكلّ هذه المتغيّرات يحتاج إلى دراسة دقيقة و تكفّل تشريعي مُناسب و فعلي، يأخذ بعين الإعتبار كلّ العوامل المؤثّرة و التي تتأثّر بها.

إنّ اقتحام مواضيع وأساليب القانون الخاص مجال القانون الإداري ليس عيبا في ذاته، إنّما يستوجب عدم الإفراط و الإنقياد وراء التصور الليبرالي البحت و المطلق المُقدّس للفرد و التساوي في المراكز القانونية إلى درجة اندثار مفهوم المصلحة العامة الذي مُنحت للإدارة امتيازات السلطة العامة لتحقيقها و التي وُجد القضاء الإداري المُدعّم بالطابع الإجتهادي لمراقبتها، فمُعالجة المنازعات الإدارية بمنظور القانون الخاص يجعلها تُشبه و تتماثل مع ما يقوم به القضاء العادي، فما هي إذن جدوى وجود قضاء إداري و نظام الإزدواجية القضائية أصلا!!!

ثالثا/مكانة التشريع بين مصادر القانون الإداري:

إذا كان الطابع القضائي للقانون الإداري من أبرز سماته و خصائصه نظرا لأنّ أغلب مبادئه و نظرياته نتاج الإجتهد القضائي إلّا أنّ العصر الحديث شهد تكفّلا و إنتاجا تشريعيًا واسع النطاق و بصورة مُتزايدة في مجالات القانون الإداري، سواء بتحويل و نقل المبادئ من وصف الإجتهد القضائي على نصوص قانونية و تنظيمية أدّت إلى اختفاء صفتها القضائية الأصلية أو - وهذا هو المعمول به عادة - بسنّ نصوص قانونية مُبتدأة تسري على المرافق العمومية - و السلطات العمومية بالمفهوم الأوسع - هيكلية و وظيفيا مُحاولَة تنظيم "كلّ شيء".

إنّ هذه الوضعية أنتجت آثارا هامة بالنسبة لنصيب الإجتهد القضائي في المادة الإدارية، فإلى جانب "التضخّم التشريعي"⁽¹⁵⁾ بكثرة و تشعب النصوص القانونية و ما تُثيره من إشكالات التعارض و التناقض و عدم التناسب تطرح مسألة نسبة تغطية التشريع لمجالات القانون الإداري و عن حظ الإجتهد القضائي في ذلك؟ فالواقع يُشير إلى أنّ النسبة تميل إلى كفة التشريع تاركة للإجتهد القضائي "حيزا ضيقا"، فهل معنى ذلك أنّ القضاء الإداري فقد طابعا إجتهادي؟

يُمكن التسليم أنّه رغم كثرة المؤشرات التي تُؤكّد فقدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهدادي المبيّنة حاليا و التي سيتمّ تبيانها لاحقا فإنّ هذا الطابع يُلازم القضاء الإداري، بحيث أنّه من غير المُستساغ الإستغناء عنه لسبب وحيد مفاده أنّ إنتفاء هذا الطابع يعني تجريد القضاء الإداري من روحه و أساس وجوده، فلو بلغت نسبة الإجتهد القضائي 1 % و نسبة التغطية التشريعية 99 % سيستمرّ القول و التأكيد بأنّ الأصل و

المبدأ أنّ القانون الإداري قانون قضائي وأنّ القضاء الإداري ذو طابع إجتهادي ويسري الإستثناء على التشريع، نظرا لارتباط الأمر بِسِمة أخرى من سماته و هي التطور المتّصلة ذاتها بإحدى المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العمومية و هي القابلية للتطور و التغيّر، فمهما اجتهد المشرع في وضع و التنبؤ بكل الحالات و تنظيمها فإنّ مجال الإجتهد يبقى مفتوحا للفصل في المسائل الجديدة و المتجدّدة لم تكن في الحسبان أو تمّ تنظيمها جزئيا.

من أهمّ النتائج المترتبة كذلك على الإنتاج التشريعي الوفير في مجالات القانون الإداري أنّ نطاق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة يتقلّص إلى يُصبح فيها القاضي الإداري " مُطبّقا للقانون" كمثلته في القضاء العادي!!! فالنظر فقط في مدى تطابق أعمال الإدارة مع النصوص القانونية التي عالجت كلّ التفاصيل يجعل مهمّة القاضي الإداري محصورة في إطار ضيق جدّا و ينزع منه روح الإبداع و الإجتهد الذي يُميّزه عن مهمّة القاضي العادي و يُبعد أكثر الطابع الإجتهد للقضاء الإداري.

2/الإعتبرات العملية (الإجرائية) المتنافية مع الطابع الإجتهد للقضاء الإداري:

بِغضّ النظر عن بعض المؤشّرات الإيجابية التي تُؤكّد الرغبة في استكمال البناء القانوني الهيكلي و الإجرائي للقضاء الإداري من خلال تنصيب المحاكم الإدارية و تخصيص جزء هام للمادة الإدارية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإنّ هناك مجموعة من المؤشّرات تُعزّز فرضية انتفاء الطابع الإجتهد للقضاء الإداري يُمكن إجمالها فيما يلي:

أولا/تبني المعيار العضوي في تحديد مجال اختصاص القضاء الإداري :

تُعتبر مسألة تحديد أساس و معيار توزيع الإختصاص بين القضاء العادي و القضاء الإداري محطة هامة وقف عندها الكثير من دارسي المنازعات الإدارية سواء في ظل القانون القديم أو الساري المفعول⁽¹⁶⁾، نظرا لما تُثيره من إشغالات قانونية و عملية ظهرت خاصة في عدم وضوح الموقف في أحكام القضاء الإداري إضافة طبعا إلى الأثر الذي تُرتبه على مفهوم و طبيعة النظام القضائي للدولة.

دون الإشارة بالتفصيل إلى مضمون المعايير المعمول بها في القانون المقارن في تحديد أساس الإختصاص القضائي و هي المعيار العضوي و المعيار الموضوعي فإنّ

السؤال الذي يطرح نفسه في ظلّ هذه الدراسة هو : ما هو المعيار الذي يُطلق أو يُقيد، يُقوّي أو يُضعف، يُزكّي أو يُنكر، يتناسب أو يتعارض مع الطّابع الإجتهادي للقضاء الإداري ؟

إنّ المسألة المطروحة في غاية التعقيد، لأنّه لا يُمكن الفصل فيها بطريقة مطلقة استنادا إلى عامل واحد، فهي مُرتبطة بعناصر أخرى تتفاعل معها - وقد تمّ استعراض بعضها في هذه الورقة - إلاّ أنّه يُمكن القول أنّ أيلولة الإختصاص للقضاء الإداري في النظام القانوني الجزائري ووفق معيار عضوي يكون في " جميع القضايا " التي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون العام " المعدودين " في المادة 800 من ق.إ.م.إ، رغم بساطة المعيار ظاهريا فإنّه يُثير إشكالات كثيرة من الناحية العملية أين طُرح السؤال - على سبيل المثال - حول الطابع الحصري لأشخاص القانون العام من عدمه، أكثر من ذلك، فإنّ المعيار العضوي - وهذا ما يهّم هذه الدراسة - يُضيق و يُقيد القاضي الإداري في التكييف والتصنيف والمقاربة والإستنتاج و بمعنى أوضح يمنعه من الإجتهد !!! فيُصبح مُجرّدا من أهمّ ميزة يمتاز بها القاضي الإداري و يشترك بالتالي في هذا الإطار مع القاضي العادي.

إنّ وجه المؤاخذة المُثار في مواجهة المعيار العضوي يجد نقيضه في المعيار الموضوعي، أين لا ينعقد الإختصاص للقضاء الإداري لمجرّد كون أحد طرفي النزاع شخص من أشخاص القانون العام بل يجب أن يتّصل بموضوع ذو طبيعة إدارية تتجلّى فيه مظاهر إستعمال إمتيازات السلطة العامة التي تُمثّل أساس وجود و محور القانون الإداري، فالقاضي الإداري و نظرا للتطورات و التحوّلات التي عرفها العصر الحديث - كما سبق بيانه - مُطالب بالإجتهد - أكثر من أيّ وقت مضى - لتكييف و تصنيف المنازعة و وضعها في الإطار الصحيح بما يُثبّت مبادئ القانون الإداري و يُطوّر تطبيقاته، فقد برزت دائما بصمات الطّابع الإجتهادي في قضاء مجلس الدولة الفرنسي و تظهر دوما المنزلة الهامة التي تحتلها محكمة التنازع بتدخّلها المستمر لإثراء هذا الإجتهاد.

إنّ الأمر كذلك يعني - و لو لم يكن بصورة قاطعة - أنّ تبني المعيار العضوي لا يُساهم في تقوية الطّابع الإجتهادي للقضاء الإداري بل يُضيقه، وقد يعود الركود الذي

يعرفه القضاء الإداري في الجزائر إلى تلك النقائص التي تعترى أساس توزيع الإختصاص رغم كل الإنتقادات التي وُجّهت له في ظل المادة 7 " المشهورة " سابقا و المادة 800 حاليا، فلو استبقى المشرع الجزائري على فقرتها الأولى⁽¹⁷⁾ لكان أحسن وأجدر، فاسحا المجال للإجتهد القضائي و فاتحا أبواب نظام قضائي إداري يردُ ضمن طبيعته و يستجيب للمقاصد التي أنشأ من أجلها.

ثانيا/الأوضاع الإجرائية المُقيّدة لامتيازات السلطة العامة :

لا يخفى على أحد أنّ الإعترارات و العوامل الدستورية و السياسية التي نشأ القانون الإداري في كنفها هي التي تُبرّر طبيعته الخاصة و كونه يتضمّن قواعد غريبة و استثنائية عمّا هو موجود في القانون الخاص، تظهر بالذات في آثار العلاقة بين السلطة التنفيذية و السلطة القضائية بحيث أنّ هذه الأخيرة مع التسليم بإمكانية ممارسة الرقابة على أعمال الأولى تتقيّد بممارستها في إطار الحدود المرسومة كحتمية احترام مبدأ الفصل بين السلطات و إن كان بغير المفهوم المُتشدّد الذي تمّ العمل به بعد نجاح الثورة الفرنسية، و يظهر على سبيل المثال في إطار مسألة مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة و استعمال أسلوب الغرامة التهديدية و في مجال اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات.

إنّ الغرض من طرح هذه النماذج العملية الإجرائية هو دائما في محاولة الإجابة عن السؤال المتعلّق بمدى فقْدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهادي، فهل ساهمت هذه النماذج في تأكيد هذا الطّابع أو نفيه؟
أ/عن مسألة مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة و استعمال أسلوب الغرامة التهديدية :

عرفت بعض المسائل الإجرائية في المنازعات الإدارية تطورا ملحوظا بلغ درجة إعادة النظر في كثير من المفاهيم التي كانت و لمدة طويلة غير قابلة للتنازل أو النقاش كمبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة⁽¹⁸⁾ والأمر بغرامة تهديدية ضدها⁽¹⁹⁾، بحيث ظهرت في فرنسا - بداية - حالات الخروج عن هذه المبادئ⁽²⁰⁾ سار على نهجها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري مُعلنا إمكانية ذلك في حالات و بشروط معينة مع بقاء الأصل طبعا هو عدم الجواز، فيمكن لقاضي الإستعجال مثلا

الأمر بتدابير مؤقتة و الأمر بوقف تنفيذ قرار إداري (المواد 917 إلى 922) و كذا الأوامر الموجَّهة للإدارة في منازعات الصفقات العمومية (المواد 946 و 947) و الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية لإلزامها بتنفيذ الأحكام القضائية (المواد 980 إلى 986) الذي جاء كحلّ لإشكالات التنفيذ سابقا برفض و إحجام الإدارة - تعتَّها في كثير من الأحيان - عن التنفيذ دون وجود إجراء ردي يُلزمها بالإستجابة لأحكام القضاء.

إنَّ نُبَل الأهداف المراد بلوغها وراء تقرير هذه الأهداف ليست محلّ أيّ شكّ، إلّا أنّ معالجة المسألة من جانب آخر يوجي باضمحلال مفهوم السلطة العامة و تمتّعها بامتيازات لا يملكها الأفراد، ذلك أنّ خضوع الإدارة لنفس الإجراءات التي يخضع لها الأفراد و تساويهم في ذلك يُقلّل من شأن المركز الممتاز الذي تحتلّه الإدارة - في سبيل تحقيق المصلحة العامة طبعاً - و الذي يُمثّل الصبغة الذاتية لقواعد القانون الإداري، فهل تعامل القاضي الإداري مع الإدارة كمعاملة القاضي العادي للأفراد يجعل القضاء الإداري شبيهاً و مُماثلاً للقضاء العادي ؟

إنَّ هذا الطّرح في القانون الجزائري خاصة يُثير صعوبات جمّة نظراً لعدم بلوغ القضاء الإداري و السلطة القضائية عموماً النضج الكافي و الضروري في ظلّ غياب منظومة قانونية مُتجانسة، مُتناسقة و مُتكاملة و مناخ سياسي و اجتماعي وطني و اعتبارات إقليمية و دولية حرجة، مُعقّدة و غير مُستقرّة يستوجب دائماً محاولة إعادة الأمور إلى نصابها باعتبار القضاء الإداري درعاً واقياً لحقوق و حريات المواطنين و ضامناً لمقتضيات المشروعية و حامياً لمفهوم دولة القانون، يقوم على شؤونه قضاة يتّصفون بمميزات الإنصاف، الحياد، النزاهة، الشجاعة و الإبداع (الإجتهاد)⁽²¹⁾ و يكونون على قدر المسؤولية الدستورية المُلقاة على عاتقهم.

ب/اللّجوء إلى الطرق البديلة لحلّ النزاعات:

إنَّ اللّجوء على الطرق البديلة لفضّ الخلافات ملجأً للتخفيف على القضاء و تفعيل الدور الاجتماعي للأساليب الموروثة عن الأسلاف، و قد نظّمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بشكل مُفصّل مع امتداد تطبيقها خاصة في المنازعات الإدارية، فالصلح و الوساطة و التحكيم أساليب يُمكن اللّجوء إليها للفصل في النزاعات، إلّا أنّه يستوجب الإشارة إلى أنّ استعمالها لا يكون إلّا في حالات معيّنة و

بشروط خاصّة. فالصلاح لا يكون إلاّ في منازعات القضاء الكامل (المادة 970) و التحكيم في الصفقات العمومية (المادة 975) أمّا الوساطة فقد اختلف الشّأن بمدى إمكانية إعمالها في المنازعات الإدارية⁽²²⁾.

مهما كان الأمر فإنّ ما يُستنتج من وراء تبنيّ الطرق البديلة لفضّ النزاعات الإدارية و علاقته و أثره بالطابع الإجتهادي للقضاء الإداري أنّ إخراج هذه المنازعات من اختصاص و مجال رقابة القضاء الإداري يجعل حلّها قائما على أساس التّساوي بين طرفي النزاع في مراكزهم القانونية و التي هي من سمات القانون الخاص، يغيب فيها بالتالي تطبيق قواعد القانون الإداري و بالضرورة و التبعية غياب إحدى دعائم و آليات و مصادر الفصل في المنازعات و هو الإجتهاد القضائي، فتشجيع اللجوء إلى الطرق البديلة يُفقّد القضاء الإداري - و لو جزئيا - طابعه الإجتهادي خاصّة ما إذا أُضيف و ألحق بالمظاهر الأخرى المؤيّدّة لهذا التّصوّر.

ثالثا/إنعدام تكفّل جادّ بالتخصّص في مجال القضاء الإداري:

إنّ بلوغ أهداف إنشاء القضاء الإداري من ضمان احترام مقتضيات المشروعية و مبدأ سيادة القانون و حماية حقوق و حريات المواطنين من تعسف الإدارة مرهون بوجود طاقم بشري مؤهل ذو كفاءة عالية مُشجّع بالضوابط الأخلاقية و المهنية، يعمل على إتمام مهامه بفعليّة و فعاليّة و رشادة مثلما هو مطلوب في قطاع العدالة خصوصا و قطاعات الدولة عموما، لذلك استوجب الإهتمام بالجانب البشري من حيث التكوين القانوني عن طريق إنتهاج سبيل التخصّص في بداية المستويات الدراسية (التكوين الجامعي) ثمّ على مستوى المدرسة العليا للقضاء بتوجيه الطلبة - القضاة إلى التخصّص في مجال القضاء العادي أو القضاء الإداري بالإضافة إلى الدورات التكوينية داخل و خارج الوطن⁽²³⁾.

إنّ الوضعية الحالية لتولّي الوظيفة القضائية على مستوى القضاء الإداري لا تُشجّع و لا تُسهّل و لا تتناسب طبعاً مع ما هو مُنتظر و مطلوب - كما سبق شرحه - فرتبة المستشار المُشترطة لتولّي المهام على مستوى المحكمة الإدارية (المادة 3 من القانون 98 - 02 المتعلق بالمحاكم الإدارية) لن تفي بالغرض المراد إدراكه، فرتبة المستشار ترقية يبلغها القاضي بعد 10 سنوات من الممارسة على الأقل على مستوى

المحكمة الابتدائية - في القضاء العادي طبعاً - تعود على اتباع المبدأ القائل بأن " القاضي مُطَبَّقٌ للقانون " و يكون قد انقطع عن مواضع و طبائع المنازعات الإدارية منذ أمد بعيد - اللهم إلا بعض المعلومات الباقية من الدراسة الجامعية - ولم يُسأِر التطور السريع و المستمر للنظريات و المبادئ الناتجة عن الإجتهد القضائي في المادة الإدارية فكيف يُمكن بالتالي تكليفه - فجأة - بالفصل في المنازعات الإدارية مُلتَمسين منه الإجتهد أو الإبداع !!! (فأقيد الشيء لا يُعطيه).

إنّ هذه الملاحظة نتيجة للمعينة الميدانية لواقع القضاء الإداري في الجزائر، بحيث يكفي قراءة أحكام و قرارات القضاء الإداري لإدراك الإنفصام الذي يعيشه القاضي، يفصل في المنازعات الإدارية وفق و بأسلوب و صياغة القانون الخاص ممّا أفقد القضاء الإداري صبغته الذاتية و بالضرورة سقوط دعائمه خاصة طابعه الإجتهد.

خاتمة

لم يكن طُمُوح هذه الدراسة الإجابة على الإشكالية المطروحة في مدى فقدان القضاء الإداري لطابعه الإجتهد بالإيجاب قطعاً أو بالسلب قطعاً أكثر ممّا كان محاولة لمعرفة صحّة الفرضيات القائمة على أساس وجود مجموعة من العوامل التي لعبت دوراً محورياً و أثرت بشكل مُعتبر في طبيعة و مضمون إحدى الخصائص الهامة للقانون و القضاء الإداري، فانطلاقاً من هذه الطبيعة الإستثنائية لقواعد و خصائص و مصادر القانون الإداري و على الخصوص طابعه الإجتهد تمّ إسقاط جملة من الإعتبارات و العوامل على هذا الطّابع ثمّ النظر في المفعول الذي يُنتجه عليه في مضمونه و آثاره للإنتهاء أخيراً إلى خلاصة مفادها أنّ الطابع الإجتهد للقضاء الإداري يُمارس مقاومة شديدة للإستبقاء على وجوده، في مواجهة حملة مُتعدّدة الأطراف و الوسائل تعمل على حصره في أضيق الحدود و إبعاده عن مُحيطه الحيوي.

إنّ اعتبار القضاء الإداري و نظام الإزدواجية القضائية في الجزائر عملية " عادية " تدخل ضمن برامج الإصلاحات المُستمرّة و المُتتالية في مختلف قطاعات الدولة التي تخضع بذاتها لعملية إصلاح أخرى لن يبلغ أهداف الفلسفة التي يقوم بها و عليها نظام القضاء الإداري، فإذا لم يكن مبدأ سيادة القانون فعلياً و مقتضات المشروعية حقيقة

و ضمان حقوق و حريات المواطنين أساسا و مرجعية في ممارسة السلطات العمومية لمهامها فليس للجزائر حاجة في نظام الإزدواجية القضائية !!! أكثر من ذلك فإن غياب مبدأ سمو القاعدة الدستورية والإستهانة بمبدأ تدرج القواعد القانونية لن يجعل من السلطة القضائية سلطة مُستقلة بآتم معنى الكلمة و لو رصد لها الدستور ألف مادة !!! .

إنَّ فقْدان القضاء الإداري لِطابعه الإجتهادي بسبب هذه العوامل لن يقضي عليه بل يُعزّزه و يُقوّيه، بحيث سيُوقر له مُناخا آخر يتأقلم معه و ينصهر فيه للظهور بمظهر مُتجدد على عادته منذ حكم " بلانكو " بل وقبله، فمرونة و قابلية قواعده لمواكبة الظروف الجديدة ستعمل على صقل الإطار الذي يسمح له بممارسة مهمته في رقابة أعمال الإدارة و حماية مقتضيات مبدأ سيادة القانون.

الهوامش:

- (1) من الجدير في هذا المقام العودة إلى مراحل و عوامل نشأة و تطور القانون الإداري في فرنسا، لأنه لا يُمكن إدراك الطابع الخاص للقانون الإداري إلا برده لمصادره التاريخية و الإعتبارات التي عايشته و سايرت بناءه.
- (2) للإستزادة في موضوع تأثر المنظومة القانونية الوطنية بالإعتبارات الدولية أنظر:
- محمد أرزقي نسيب، " مدى تأثر السيادة الوطنية في مظهرها الإقتصادي بظاهرة العولمة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية و السياسية، عدد 2009/01، ص 371 - 439.

(3) Pour plus de détails voir, BERRI Noureddine, « Faut – il mettre fin au dualisme juridictionnel ? », Revue des Sciences Juridiques et Administratives, Faculté de droit de Sidi Belabbes , n° 4, pp 131 – 142.

(4) Au sujet des liens entre la politique et la juridiction administrative en France voir , LOCHAK Danièle, « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs*, n°123 – 2007/4, pp19 – 32, disponible sur <http://www.cairn.info>

(5) القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، صادر

بتاريخ 23 أفريل 2008.

(6) في مسألة اعتبار القضاء الإداري قرينا لمفهوم دولة القانون أنظر:

- SEDJARI Ali, « Justice administrative et Etat de droit au Maghreb », Actes du colloque sur la réforme de la justice administrative organisé à Tunis du 27 au 29 novembre 1996, Centre de Publication Universitaire, p 19 et suiv.

(7) لم يصدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمضمون و الفعالية التي كان ينتظرها الكثير خاصة في المادة الإدارية رغم كل التوصيات التي اقترحتها المهتمون بالقضاء الإداري، في ذلك أنظر:

- بودريوه عبد الكريم، " القضاء الإداري في الجزائر: الواقع و الآفاق "، مجلة مجلس الدولة، العدد 2005/6، ص 9 - 27.

- خلوفي رشيد، " إصلاح أم تغيير هيكله "، مجلة الموثق، العدد 4، نوفمبر/ديسمبر 2001، ص 35 و ما يليها.

(8) مُقتطف من خطاب رئيس الجمهورية أثناء تنصيب مجلس الدولة (1998).

(9). Pour plus de détails voir , ROME Félix, « Droit public/Droit privé : « je t'aime, moi non plus »...», Recueil Dalloz 2008, p. 2129, www.dalloz.fr

(10). المادة 2 من الأمر 03 – 03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 بتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادر بتاريخ 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالقانون 08 – 12 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر عدد 36، صادر بتاريخ 2 جويلية 2008.

(11). Voir, EBERHARD Schmidt-Assman, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », RFDA 2008 p. 427, www.dalloz.fr

(12). Voir, ROUSSEAU Stéphane, « L'analyse économique du droit », Recueil Dalloz 2009 p. 352, www.dalloz.fr

(13). AUBY Jean Bernard, « L'analyse économique du droit administratif », Droit administratif n°1 janvier 2007 repère 1, www.lexisnexis.fr

(14). BAZEX Michel, « Droit public de la concurrence , mythe ou réalité ? », Contrats Concurrence Consommation n°7, juillet 2007, repère 7, www.lexisnexis.fr

-NICINSKI Sophie, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », AJDA 2004, P.751, www.lexisnexis.fr

(15). في موضوع التضخم التشريعي وأثره على المنظومة القانونية وعلى سبيل المثال في المجال الدستوري أنظر:

- رابحي أحسن، " مرجعية تضخم الوثائق الدستورية الجزائرية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية و السياسية، عدد 02/2009، ص ص 71 – 86.

(16). في هذا الموضوع أنظر:

- بودريوه عبد الكريم، " حاضر ومستقبل المادة 7 من ق.إ.م في ظل نظام الإزدواجية القضائية "، مداخلة قدمت في الأيام الدراسية حول " التعديلات المستحدثة في المنظومة القانونية الوطنية " المنعقدة بجامعة بجاية أيام 15، 16 و 17 نوفمبر 2005.

- بودريوه عبد الكريم، " أسس و مجال اختصاص القضاء الإداري في منازعات الصفقات العمومية "، مداخلة قدمت في الملتقى الوطني حول " القاضي الإداري والحريات العامة في ظل إصلاح العدالة " المنعقد يومي 15 و 16 أبريل 2008 بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية، تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس العدد 4 – 2008 ص 205 إلى 212.

- بودريوه عبد الكريم، " هل تخلى المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري؟"، مداخلة قدمت في الملتقى الوطني حول " قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المنعقد يومي 28 و 29 أبريل 2009 بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس.

- بودريوه عبد الكريم، " اختصاص القضاء الإداري في منازعات التعمير- دراسة خاصة لدعوى الإلغاء في مواجهة أدوات التعمير المحلية استنادا إلى الإعتبارات البيئية – "، ملتقى وطني حول " تأثير نظام الرخص العمرانية على البيئة "، يومي 15 – 16 ماي 2013، كلية الحقوق و العلوم السياسية و مخبر القانون العقاري و البيئة، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم.

(17). تنصّ الفقرة الأولى من المادة 800 من ق.إ.م! على أنّ " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ". يندرج ضمن مفهوم المنازعة الإدارية بهذه الصياغة و في هذا الإطار ما يُراد أن يكون عليه المعيار المرجو إتباعه، فالمنازعة التي يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون العام و ترد على موضوع ذو طبيعة إدارية يتعلّق بتسيير المرافق العمومية وسلطات الضبط الإداري و عموما في إطار تحقيق المصلحة العامة تؤوّل للقضاء الإداري مع استبعاد كل المنازعات التي لا تتّصف بهذه المواصفات، سواء تلك التي تأتمنها الإدارة دون استعمال أساليب السلطة العامة فتتصرف كما يتصرف الأفراد فيما بينهم، أو تلك التي يُمارسها الأفراد حين مباشرتهم للمهام تسيير المرافق العمومية، هذا التمييز الذي لا يُمكن وضعه تطبيقا للمعيار العضوي.

(18) في مضمون أساس مبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة، أنظر:

- بودريوه عبد الكريم، " مبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة : تقليد أم تقييد "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، عدد 2007/1، ص ص 39 – 60.
- عن الوضع في المملكة المغربية، أنظر: محمد صقلي حسيني، " إشكالية توجيه الأوامر للإدارة في مجال تنفيذ الأحكام الإدارية في المغرب "، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول " مستجدات قانون الإجراءات المدنية والإدارية "، 2010، ص ص 7 – 28.

(19) في موضوع الغرامة التهديدية في مواجهة الهيئات العمومية، أنظر:

- عزري الزين، " وسائل إجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء في التشريع الجزائري "، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول " مستجدات قانون الإجراءات المدنية والإدارية "، 2010، ص ص 29 – 42.
(20) عن موضوع توجيه الأوامر للإدارة و الغرامة التهديدية في فرنسا، أنظر:

- VETTRAINO Marion, « La pratique de l'injonction et de l'astreinte dans le contentieux administratif Français », Revue du Conseil d'État, Numéro spécial « L'apport du nouveau code de procédure civile et administrative », 2010, pp 41 – 54.

(21) مقتطفات من الكلمة التي ألقها السيدة أبركان فريدة رئيسة مجلس الدولة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2002/2001، مجلة مجلس الدولة، العدد 2002/1، ص ص 16 و 17.

(22) عن الإختلاف حول مسألة خضوع المنازعة الإدارية للوساطة من عدمه، أنظر:

- بن صاولة شفيقة، " الصلح والوساطة كطريقين بديلين لفضّ النزاع الإداري "، مجلة مجلس الدولة، العدد الخاص حول " مستجدات قانون الإجراءات المدنية والإدارية "، 2010، ص ص 43 – 60.
(23) في مجال إقتراحات تبني فكرة التخصيص في القضاء الإداري و الإهتمام بالعنصر البشري و التكوين القانوني، أنظر:

- بودريوه عبد الكريم، " القضاء الإداري في الجزائر: الواقع والآفاق "، المرجع السابق، ص ص 24 – 28.

دور السوق الموازية في مجال التشغيل*

Dr.IRZIL El kahina
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tizi Ouzou 15000 –Algérie.

د.إرزيل الكاهنة
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

عرفت الجزائر إصلاحات اقتصادية عميقة منذ سنوات الثمانينات نتيجة أزمة مالية خانقة مرت بها نتيجة اعتمادها على المحروقات كمورد وحيد للخزينة العمومية أثرت بشكل كبير على النشاط الاقتصادي وكذا على المجال الاجتماعي. وقد تضمنت تلك الإصلاحات التدخل لإعادة النظر في مختلف الأنظمة القانونية التي تنظم الشق الاقتصادي والاجتماعي. وهو ما يفسر إصدار عدة قوانين تدخل في هذا المفهوم نذكر من أبرزها قوانين العمل والقوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي تبين ضرورة احترام حقوق العمال من جهة، وحق المتعاملين الإقتصاديين في حرية ممارسة أي نشاط تجاري وصناعي يرغبون فيه لكن بشرط الخضوع للقوانين وبشكل رسمي من جهة أخرى.

غير أنه وبمجرد الشروع في تطبيق تلك النصوص والإصلاحات الاقتصادية بكل محتوياتها، ظهرت إلى السطح المساوئ والسلبيات التي عصفت بتلك الإصلاحات وجعلت الأفراد يتغاضون عن تطبيق تلك النصوص القانونية واللجوء إلى أساليب غير رسمية وغير مشروعة والتي اعتبرت في بعض الأحيان كحلّ جديّة ولو بصفة مؤقتة وكضرورة في بعض الأحيان للقضاء على مساوئ تطبيق تلك الإصلاحات. وأبرز تلك الحلول السوق الموازية التي اعتبرت من جهة كارثة للإقتصاد، ومن جهة ثانية حل لبعض المشاكل من أبرزها مشكل البطالة وإيجاد مشكل للتشغيل من حيث طرح إشكال أساسي وهو:

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/04/29 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/01/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

هل يمكن للسوق الموازية أن تقدّم حلاً للتشغيل في ظل وجود السوق النظامية التي عجزت على تلبية مطالب العمال وفق الآمال والإنشغالات؟ بمعنى آخر هل يمكن الإقرار بالسوق الموازية كبديل للقضاء على البطالة رغم عدم مشروعيتها؟
الكلمات الدالة:

السوق الموازية، التشغيل، السوق النظامية

The role of the parallel market in the field of employment

Abstract:

Algeria has experienced profound economic reforms since the eighties following the acute financial crisis she went through, because of its support on oil as sole resource of the public treasury, which has impacted significantly on economic activity and socially. These reforms intervened to review the different legal systems governing the economic and social aspects. Which explains the promulgation of several legal texts in this direction, among the most important we quote labor laws and those governing economic activity, which impose an obligation to respect the rights of workers, on the one hand; and enshrine the right of economic operators to the free exercise of any business they want and industrial, but while complying strictly with laws on the other.

However, once the implementation of these economic reforms and entry into force of these legal texts in all their dimensions, their harms and benefits have surfaced, something that has troubled its reforms and led individuals to conceal the legal texts and use informal and illegal practices, sometimes regarded as suitable solutions, how even sometimes as provisional and need to fight against the negative effects of these reforms. The illustration of these solutions was the parallel market, deemed to be harmful to the economy, on the one hand; and secondly; a solution for some problems, such as unemployment and the resolution of the employment problem, which poses the fundamental problematic next issue:

The parallel market can provide solutions to the employment problem in the presence of a formal market unable to meet the demands of the workers and meet their aspirations? In other words, can we recognize the parallel market as an alternative to fight against unemployment despite its illegality?

Keywords:

Parallel market, the employment, formal Market

Le rôle du marché parallèle dans le domaine de l'emploi

Résumé :

L'Algérie a connue des réformes économiques profondes depuis les années quatre vingt suite à la crise financière aigue qu'elle a traversé, en raison de son appui sur les hydrocarbures en tant que ressource unique du Trésor public, laquelle a influé considérablement sur l'activité économique et sur le plan social. Ces réformes intervenaient afin de revoir les différents systèmes juridiques régissant le volet

économique et social. Ce qui explique la promulgation de plusieurs textes dans ce sens, parmi les plus importants on cite les lois relatives au travail et celles régissant l'activité économique, lesquelles imposent l'obligation du respect des droits des travailleurs, d'une part, et consacrent le droit des opérateurs économiques au libre exercice de toute activité commerciale et industrielle qu'ils désirent, mais tout en se conformant scrupuleusement aux lois, d'autre part.

Cependant, aussitôt la mise en œuvre de ces réformes économiques et l'entrée en vigueur desdits textes dans toute leur dimension, leur méfaits et retombées ont fait surface, chose qui a troublé ses réformes et amené les individus à occulter les textes juridiques et recourir à des pratiques informelles et illicites, considérées tantôt comme solutions idoines, combien même provisoires et tantôt comme nécessité pour lutter contre les effets négatifs de ces réformes. L'illustration de ces solutions fut le marché parallèle, réputé être néfaste pour l'économie, d'une part, et d'autre part, une solution pour quelques problèmes, tel que le chômage et la résolution du problème de l'emploi, ce qui pose la problématique fondamentale suivante :

Le marché parallèle peut-il apporter des solutions au problème de l'emploi en présence d'un marché formel incapable de satisfaire les revendications des travailleurs et répondre à leurs aspirations ? Autrement dit, peut-on reconnaître le marché parallèle comme alternative de lutte contre le chômage en dépit de son illicéité ?

Mots clés :

Marché parallèle, l'emploi, Marché formel

مقدمة

عرفت الجزائر إصلاحات اقتصادية عميقة منذ سنوات الثمانينات نتيجة أزمة مالية خانقة مرت بها نتيجة اعتمادها على المحروقات كمورد وحيد للخزينة العمومية أثرت بشكل كبير على النشاط الاقتصادي وكذا على المجال الاجتماعي. وقد تضمنت تلك الإصلاحات التدخل لإعادة النظر في مختلف الأنظمة القانونية التي تنظم الشق الإقتصادي والاجتماعي والذي تجلى بوضوح من خلال إصدار نصوص تشريعية وتنظيمية لضبط الصلة التي تربط الدولة بالأفراد من حيث جعل هذه العلاقة، علاقة غير مباشرة بتكريس الدور الضابط للدولة وترك الأنشطة من صلاحية الأفراد خاصة الأنشطة الاقتصادية. وهو ما يفسر إصدار عدة قوانين تدخل في هذا المفهوم نذكر من أبرزها قوانين العمل والقوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي تبين ضرورة احترام حقوق العمال من جهة، وحق المتعاملين الاقتصاديين في حرية ممارسة أي نشاط تجاري وصناعي يرغبون فيه لكن بشرط الخضوع للقوانين وبشكل رسمي من جهة أخرى.

غير أنه وبمجرد الشروع في تطبيق تلك النصوص والإصلاحات الاقتصادية بكل محتوياتها، ظهرت إلى السطح المساوئ والسلبيات التي عصفت بتلك الإصلاحات وجعلت الأفراد يتغاضون عن تطبيق تلك النصوص القانونية واللجوء إلى أساليب غير رسمية وغير مشروعة، والتي اعتبرت في بعض الأحيان كحلوق جديفة ولو بصفة مؤقتة وكضرورة في بعض الأحيان للقضاء على مساوئ تطبيق تلك الإصلاحات. وأبرز تلك الحلول السوق الموازية التي اعتبرت من جهة كارثة للإقتصاد، ومن جهة ثانية حل لبعض المشاكل من أبرزها مشكل البطالة وإيجاد مشكل للتشغيل والذي يعتبر محورا للدراسة في هذا المقال من حيث طرح إشكال أساسي وهو: هل يمكن للسوق الموازية أن تقدم حلولا للتشغيل في ظل وجود السوق النظامية التي عجزت على تلبية مطالب العمال وفق الآمال والإنشغالات؟ بمعنى آخر هل يمكن الإقرار بالسوق الموازية كبديل للقضاء على البطالة رغم عدم مشروعيتها؟

إنّ الاجابة على هذا التساؤل تتطلب التركيز على السوق الموازية وعلاقتها بمجال التشغيل (المبحث الأول) والآثار المترتبة على العمل في السوق الموازية (المبحث الثاني).

المبحث الأول/السوق الموازية ومجال التشغيل: بين اللامشروعية والضرورة

من بين قواعد اقتصاد السوق الحرة الاقتصادية من حيث تشجيع وترك المبادرة للخواص لتنشيط الحياة الاقتصادية بالسماح لهم بأن يمارسوا أي نشاط يرغبون فيه سواء كان نشاطا صناعيا أو تجاريا، بشرط أن يكون في إطار مشروع. وهو ما عملت عليه مختلف التشريعات المكترسة لهذه الحرية من بينها المشرع الجزائري من خلال تكريس مبدأ دستوري هام وهو حرية التجارة والصناعة المضمونة لكل شخص والتي تمارس في إطار القانون⁽¹⁾ وإصدار نصوص قانونية تشجع تلك الحرية منها قانون المنافسة⁽²⁾ وقانون الاستثمار⁽³⁾ وقوانين التجارة الخارجية⁽⁴⁾ وقانون النقد والقرض⁽⁵⁾، من حيث إلزام المتعاملين الاقتصاديين باحترام مختلف الإجراءات والتدابير التي تهدف إلى ضبط السوق كالاتزام بقواعد المنافسة المشروعة والالتزام اتجاه إدارة الضرائب ومختلف الإدارات الرسمية وتطبيق قواعد المحاسبة السليمة وكذا احترام حقوق العمال مقابل حريتهم في ممارسة النشاط الذي يرغبون فيه، ذلك هو الأصل.

غير أنه بمجرد وضع هذه النصوص حيز التطبيق أفرز الوضع عدم تطبيقها فعليا بسبب سلبياتها من جهة، واصطدامها بواقع وجود سوق غير رسمية توازي السوق الرسمية المنظمة، من جهة أخرى أثرت بشكل كبير على عمل تلك النصوص. وقد تجلى ذلك بوضوح من خلال -إن صح التعبير- استحواذ تلك السوق غير الرسمية على مختلف الأنشطة واستقبالها، وفي مجال العمل لأكبر شريحة من الأفراد لابد من توضيح أسباب ذلك لفهم العلاقة المتناقضة بين لا مشروعية تلك السوق غير الرسمية (المطلب الأول) وفائدتها في القضاء على مشكل البطالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول/تأثير السوق الموازية على الضمانات المقررة للعمال

اختلفت التسميات التي أعطيت للسوق الموازية بين مصطلحات: السوق السوداء والسوق غير الرسمية والسوق الخفية والسوق الباطنية والسوق غير المنتجة والسوق غير المنظمة⁽⁶⁾. وفي ظل غياب تعاريف قانونية لهذه السوق رغم عدم مشروعيتها، تولى الباحثون الاقتصاديون محاولة تعريفها على النحو الآتي: «مجموعة من الأنشطة التي تحقق دخلا لا يتم تسجيله رسميا ضمن حسابات الناتج القومي إما لتعمد إخفائه تهربا من الإلتزامات القانونية المرتبطة بالكشف عن هذه الأنشطة، أو بسبب أن هذه الأنشطة المولدة للدخل بحكم طبيعتها، تعد مخالفة للقوانين السائدة في البلاد»⁽⁷⁾. بهذا المعنى فالسوق الموازية هي تلك السوق المفتوحة على مختلف الأنشطة الاقتصادية لعرض مختلف السلع المنتجة للتوزيع والاستهلاك سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة وتشغل أشخاصا دون احترام الأنظمة والقوانين ودون الخضوع للإدارات الرسمية كإدارة الضرائب وإدارة السجل التجاري وإدارة الجمارك والبنوك والمؤسسات المالية وإدارة المحاسبة، أي الابتعاد عن كل أشكال الرقابة الرسمية والتي تدير أموالا وأرباحا خارج الدوائر الرسمية مع التذكير فقط أن هذه السوق ينشطها أشخاص بصفة خاصة وفردية يعملون لحسابهم الخاص أو بمساعدة أشخاص ينتمون تقريبا إلى نفس العائلة. بذلك فالسوق الموازية هي ضرب لكل تطبيق لما هو رسمي وقانوني ومشروع لتحقيق أهداف معينة ولدتها ظروف وأسباب لابد من توضيحها (الفرع الأول) لمعرفة ما إذا هناك فائدة مرجوة منها خاصة على مجال التشغيل (الفرع الثاني).

الفرع الأول/أسباب وجود السوق الموازية

حسب تحاليل المختصين والهيئات الدولية التي اهتمت بظاهرة السوق الموازية، فهناك عدة عوامل ساهمت في وجودها وفرض مكانتها إلى جانب السوق النظامية، سواء في البلدان المتقدمة أو البلدان النامية من بينها الجزائر، تنوعت إلى ظروف إقتصادية واجتماعية وحتى سياسية. غير أنّ الأسباب الحقيقية وبتوافق المختصين هي في أغلبها أسباب اقتصادية يمكن حصرها في:

1- التدخل المباشر للدولة في النشاط الاقتصادي: مؤدى ذلك تدخل الدولة بواسطة مؤسساتها الادارية في النشاط الاقتصادي وفرضها لقيود صارمة فيما يتعلق بممارسة الأنشطة الصناعية والتجارية لدرجة سيطرتها شبه الكلية على ذلك النشاط من خلال تغليب القطاع العمومي على القطاع الخاص، الأمر الذي يؤدّد الهروب إلى ممارسة أنشطة غير مشروعة وبصفة غير رسمية كالتهرب من الضرائب وعرض سلع وخدمات ممنوعة لهدف تحقيق الأرباح. وهذا النوع من التدخل عرفته خاصة البلدان النامية من بينها الجزائر في مرحلة من مراحل اقتصادها منذ الاستقلال إلى غاية نهاية الثمانينيات، حيث كانت الدولة الجزائرية تحتكر كل دواليب الاقتصاد مانعة أي شخص خاص ممارسته وبدأ معه ظهور السوق الموازية.

2- التبعية الاقتصادية المفروطة لاقتصاديات البلدان الأخرى: من المشاكل الكبرى التي تعاني منها بعض البلدان خاصة النامية منها ومن بينها الجزائر هي التبعية الاقتصادية للخارج باعتبارها دولا مستهلكة وليست بلدانا منتجة، الأمر الذي يجعلها تلجأ دائما إلى الاستيراد على حساب التصدير أي ارتفاع الطلب على حساب العرض مسألة تجعل السوق النظامية منغلقة وغير مفتوحة سمحت في كثير من الأحيان إلى البحث عن سلع أقل ثمنا حفاظا على القدرة الشرائية فكان الحل هو اللجوء إلى السوق الموازية.

3- الافراط في الالتزام بدفع الضرائب والرسوم: من بين الالتزامات التي تقع على الممارسين للنشاط الإقتصادي هو دفع الضرائب والرسوم لدى إدارة الضرائب والإدارات الأخرى إلى درجة يحسّ فيها بعض المتعاملين الإقتصاديين بثقلها على ميزانيتهم المالية التي قد لا تساعدهم في التواصل في الأسواق، الأمر الذي يؤدي بهم إلى

التهرب في دفعها واللجوء إلى السوق الموازية التي لا يتم فيها تنفيذ هذا الالتزام ومن ثمة تحقيق الأرباح على حساب السوق النظامية.

4- سلبيات تطبيق قواعد السوق: من بين الآثار التي نتجت عن تطبيق قواعد السوق في الجزائر، والقاضية بالحرية الاقتصادية وابتعاد الدولة عن التدخل في النشاط الاقتصادي واكتفائها بدور الضابطة، اللجوء إلى تطبيق الخصخصة وتسريح العمال وإقرار حرية التنافس وحرية الاستثمار والتفتح على الأسواق الخارجية. الأمر الذي نتج عنه عدم تهيؤ الظروف العملية لتطبيق تلك الإصلاحات فنتج عنها ظهور سوق موازية تخفّف من تلك الإصلاحات باستقطابها لمناصب العمل ووضعها لفضاء تمارس فيه كل الأنشطة المتاحة وبأكثر حرية دون مقدرة الدولة في التحكم فيها.

5- ظهور الجرائم الاقتصادية والعبارة للحدود: يتعلق الأمر بممارسة أنشطة ممنوعة قانونا في إطار السوق النظامية على غرار تجارة المخدرات وتجارة الأسلحة من جهة. وظهرت بعض الممارسات اللاأخلاقية في تسيير الإدارات والأنشطة على غرار الرشوة والفساد من جهة أخرى. مسألة أظهرت إلى السطح جرائم خطيرة تنهك اقتصاديات الدول سميت بالجرائم الاقتصادية تتمثل في الاتجار بالمخدرات والأسلحة وتبييض الأموال وجريمة الرشوة والفساد والتي جعلت من السوق الموازية الفضاء الخصب لممارستها.

6- ظهور المؤسسات الفردية والمصغرة: لقد تم الاعتراف أنّ تنامي وازدياد وجود المؤسسات الفردية والمصغرة من الناحية الاقتصادية هي سبب مباشر في ظهور السوق الموازية، بالنظر إلى مميزات هذه المؤسسات من حيث اعتمادها على العلاقات الشخصية في التعامل من جهة، واستعمالهما للأساليب التقليدية في التبادل كلجؤها إلى أسلوب المقايضة والتعامل بالنقود السائلة خارج البنوك والمؤسسات المالية. الأمر الذي يسهّل التهرب الضريبي واللجوء إلى التعامل أكثر في إطار السوق الموازية على حساب السوق النظامية..

الفرع الثاني/تأثر مجال التشغيل بالسوق الموازية

إنّ موضوع التشغيل من بين الملفات الكبرى المطروحة للنقاش والاهتمام من قبل الدول من بينها الجزائر، بالنظر إلى أنّ هذا الموضوع يطرح مسألة القضاء على مشكل

البطالة وتحسين القدرة الشرائية للفرد. في سبيل ذلك عملت الدولة على البحث عن عدة أساليب وطرق لإيجاد الحلول المناسبة من خلال الإكثار من النصوص القانونية التي تسير في هذا الإطار التي بموجبها تم إنشاء مؤسسات تساعد على خلق مناصب الشغل على غرار المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وتشجيع عقود ما قبل التشغيل... الخ⁽⁸⁾. غير أنّ ذلك لم يأت بنتائج مقبولة الأمر الذي ساعد في اللجوء إلى أطر غير مشروعة للحصول على العمل من خلال السوق الموازية والتي عرفت في مجال الشغل على أنّها «الوحدات الصغيرة جدًا التي تنتج وتوزع السلع والخدمات، وتتألف أساسا من منتجين صغار مستغلين يعملون لحسابهم الخاص في المناطق الحضرية في البلدان النامية، وبعضهم سيخدمون كذلك عمل الأسرة، أو عددا قليلا من العمال بأجر أو التلاميذ الصناعيين»⁽⁹⁾. كما أنّ مكتب العمل الدولي من جهته اعترف بوجود تأثير للسوق الموازية على مجال التشغيل من خلال التعريف الذي قدمه على النحو الآتي:

«مجمّل النشاطات الصغيرة المستقلة، بواسطة عمال أجراء غير أجراء، والتي تمارس خاصة بواسطة إطار تنظيمي وتكنولوجي ضعيف، ويكمن هدفها الرئيسي في توفير مناصب شغل ودخول للذين يعملون بها وتمارس بدون الموافقة الرسمية للسلطات، وهي لا تخضع لمراقبة الآليات الإدارية والجبائية»⁽¹⁰⁾.

بالنظر إلى العوامل التي ساعدت على ظهور هذه السوق والمذكورة آنفاً وبتطبيقها على مجال الشغل يظهر التأثير لتلك السوق على هذا الأخير والذي يبرز من خلال:

1 - عجز السلطات على توفير مناصب الشغل : فرغم الجهود التي تبذل في إطار سياسة دعم التشغيل إلا أنّ ذلك لم يستقطب الشريحة الكبيرة من الأفراد، وهو الأمر الذي جعل العمال هم الذين يبحثون عن العمل بأية طريقة ولو كان في إطار غير مشروع. وهو ما نلاحظه يوميا في الأسواق المنتشرة في كلّ مكان معرّضة كلّ أنواع السلع والخدمات من خلال استغلال كلّ الفئات دون استثناء.

2 - سلبيات التسريح لأسباب اقتصادية للعمال : فمن الحقوق الممنوحة لأصحاب المؤسسات هو اللجوء إلى تسريح العمال لأسباب اقتصادية بحجة الحفاظ على مردودية وبقاء المؤسسة الاقتصادية في السوق. والذي ظهر أكثر في الجزائر من خلال اللجوء إلى

بيع المؤسسات الاقتصادية التابعة سابقا للدولة إلى الخواص في إطار عمليات الخصخصة والذي نتج عنه فقدان العديد من العمال لمناصب عملهم بصفة لا إرادية جعلتهم يلجأون إلى أية وسيلة لتحسين ظروف معيشتهم، ومن ثمّ اللجوء إلى السوق غير النظامية.

3 - إرتفاع نسبة البطالة : إنّ البطالة تعدّ من أخطر وأكبر المشاكل التي تهدد استقرار الأمم والدول وتختلف حدّتها من دولة إلى أخرى ومن مجتمع إلى آخر، فهي تعتبر السبب الرئيس لمعظم الأمراض الاجتماعية وتمثّل تهديدا واضحا على الإستقرار السياسي، فليس هناك ما هو أخطر على أي مجتمع من وجود أعداد كبيرة من العاطلين عن العمل. الجزائر من بين الدول التي تشكّل لها البطالة مأزقا كبيرا خاصة في ظل الظروف الاقتصادية الصعبة التي عرفتھا في مرحلة من مراحل تطورها نتيجة الأزمة الاقتصادية الخانقة، الأمر الذي استدعى البحث عن العمل في أي مكان وبأي ثمن فتم التفكير في اللجوء الى السوق الموازية.

كما أنّ أصحاب العمل من جهتهم يفضّلون أيضا اللجوء إلى السوق غير النظامية على حساب السوق النظامية بهدف تحقيق الربح، بالنظر إلى مميزات تلك السوق النظامية خاصة فيما يتعلق بوجود اليد العاملة الرخيصة والقابلة لأن تعمل في أي وقت وبأي ثمن وبأي أسلوب، بغض النظر عن الزمان والمكان، وحتى السن، والدليل على ذلك عمل الأطفال والنساء مستغلين البطالة المرتفعة بسبب الفقر وانخفاض القدرة الشرائية.

4 - الاستثناءات التي يعرفها تطبيق عقود العمال بالنسبة لطائفة من الأشخاص والمنصوص عليها في القوانين، ويتعلق الأمر بالأشخاص الذين يعملون لحسابهم الخاص، فهؤلاء الأشخاص عادة لا يخضعون لأية تبعية وعقود، إذن نجاحهم يكون أكثر بالاشتغال في السوق غير النظامية وليس في السوق النظامية.

المطلب الثاني/قابلية السوق الموازية لتلبية مقتضيات التشغيل

بالنظر إلى تأثر موضوع التشغيل بالسوق الموازية لآبد من إبراز محاسن وفوائد هذه الأخيرة في التقليل من مشاكل البطالة، والتي تتم عبر تحليل ما لا توقّره السوق النظامية والذي يمكن تقسيمه إلى عدم قدرة هذه الأخيرة على استقطاب

كل اليد العاملة (الفرع الأول) وكذا عجزها على مواكبة التحولات الاقتصادية بشكل عام (الفرع الثاني).

الفرع الأول/تدخل السوق الموازية لسدّ عجز السوق النظامية في استقطاب اليد العاملة

تشير الإحصائيات الرسمية إلى أنّ نسبة البطالة في الجزائر مستمرة وهذا رغم الجهود المبذولة من قبل الدولة للقضاء عليها واستقطاب أكثر قدر ممكن من اليد العاملة، وقد تم إرجاع الأسباب الحقيقية إلى فشل معظم الإصلاحات الاقتصادية المنتهجة من قبل الدولة وعجزها على توفير مناصب الشغل. وفي هذا الشأن فقد تم التصريح أنّ القطاع الرسمي لم يعد يستقطب اليد العاملة وفق ما هو مطلوب، إذن ارتفاع عدد الطلب لمناصب الشغل على حساب العروض التي تقدّم من قبل المؤسسات المعنية سواء كانت عامة أو خاصة. الأمر الذي أدى إلى التصريح من جهة أخرى إلى أنّ السوق الموازية هي الملجأ الهام لتلك الفئات التي لا تحصل على مناصب الشغل في السوق الرسمية، حيث تم الإقرار أنّ عائدات السوق الرسمية تمثل بالنسبة للعائلات الجزائرية 17 ٪ ويمثّل جزءا كبيرا من الاقتصاد الجزائري على كل المستويات بما فيها توفير مناصب الشغل.

وقد مس استخدام اليد العاملة في السوق الموازية القطاعات الآتية:

1-قطاع الزراعة: وذلك من خلال اعتماد الأسر على الانتاج الذاتي لبعض المنتجات الفلاحية المتمثلة في زيت الزيتون والحليب والمطاحن والتي لا تحتاج إلى أكثر من خمسة (5) عمال لا يتم التصريح بهم لدى السلطات الرسمية كما لا يتم تسجيل هذه الأنشطة ضمن النشاطات المصرّح بها.

2-قطاع الصناعة: والذي يتجلى في بعض الصناعات التي لا يتم التصريح بها كونها لا تحتوي على محاسبات خاصة وسهولة ممارستها، والتي تشغل عمالا لا يتجاوز عددهم عاملين أو أكثر كخياطة الملابس وصناعة الأجبان والصناعات الحرفية واليدوية.

3-قطاع التجارة: يتعلق الأمر بتجارة الجملة وتجارة التجزئة اللتان تعتبران من أهم الأنشطة الاقتصادية والتي تمارس في أي مكان دون تحديد كالمساكن والسيارات والأسواق الشعبية ومالم تتم في المحلات التجارية فلا يتم التصريح بها.

4-قطاع النقل والبناء : يقصد بها تلك المركبات الفردية التي تستعمل في النقل الجماعي للأشخاص التي تصرّح بصفة رسمية وتمتلك رخصاً لممارسة نشاط النقل غير أنّها لا تتوافر على محاسبة رسمية ونظامية الأمر الذي يسمح بالتحايل على القانون. أما في مجال البناء فيقصد بها عمال البناء والمرافق الصحية غير التابعين لأية جهة رسمية والتي تعمل خاصة في البناءات الفوضوية غير المرخص بها والتي مازالت الدولة تفتقر إلى الاحصائيات الدقيقة حولها حيث يشتغل فيها نسبة 34٪ من العمال.

5-قطاع الخدمات: والخاصة بالخدمات في مجال النظافة والحلاقة والتجميل التي تشغل عمالاً لا يتم التصريح بهم ولا يمكن معرفتهم وهذا رغم الحصول على رخص لممارسة تلك الأنشطة. كما يخص الوضع خدمات أصحاب الأعمال كالمحامين والمهندسين الذي يجهل عدد العمال الذين يشغلونهم رغم الترخيص لممارسة تلك الأعمال.

الفرع الثاني/تدخل السوق الموازية للتقليل من مساوئ الاصلاحات الاقتصادية في مجال التشغيل

منذ الشروع في تطبيق الاصلاحات الاقتصادية في الجزائر بإصدار أول قانون لاستقلالية المؤسسات سنة 1988⁽¹¹⁾ إلى غاية اليوم، تم التصريح الرسمي بفشل هذه الاصلاحات في كل جوانبها الاقتصادية والسياسية لأنّها لم تعط الحلول الكافية لتطلعات الاقتصاد الوطني، وينطبق الوضع على موضوع التشغيل الذي يعتبر محور الدراسة. لفهم ذلك لابد من توضيح كيف تأثر التشغيل بتلك الاصلاحات والذي يمكن إجماله في:

1- إصدار قانون للخصوصية سنة 1995⁽¹²⁾ والذي استبدل سنة 2001⁽¹³⁾ حيث تضمن إمكانية التنازل عن المؤسسات الاقتصادية التابعة سابقاً للدولة لفائدة الخواص إما بخصخصة ملكيتها أو أو خصخصة تسييرها نتج عنه تسريح عدد كبير للعمال بحجة عدم قدرة تلك المؤسسات على الاحتفاظ بها مادام معظمها كان تقريبا في وضعية الافلاس الأمر الذي لم يكن يساعد الخواص المتنازل لهم.

2- بمقابل إصدار قانون الخصوصية تم وضع قانون جديد لتنظيم علاقات العمل¹⁴ كتجسيد لمفهوم حرية السوق والحرية التعاقدية التي تسمح لرب المؤسسة في اختيار

العمال الذين يرغب في تشغيلهم، من جهة، وإمكانية اللجوء إلى تسريحهم اقتصاديا متى استدعت الضرورة الاقتصادية ذلك، من جهة ثانية. فالاعتماد الكثير على الحرية الاقتصادية من خلال تنفيذ برامج الإصلاح الاقتصادية وإعادة الهيكلة أدى إلى إعادة النظر في أحكام قوانين العمل بغرض مواكبتها للتحوّلات الاقتصادية، إذ أنّ المؤسسة كوحدة اقتصادية تتأثر بالظروف الاقتصادية لذا فقد يضطر المستخدم من مواجهتها إلى تخفيض عدد عمالها وإنهاء عقودهم⁽¹⁵⁾. فمستهل التشريعات المكرّسة للإصلاحات في مجال العمل هو تحقيق الانسجام بين المتطلبات الاقتصادية للمؤسسة ومتطلبات الحماية الاجتماعية.

في خضم هذه السلبات للإصلاحات الاقتصادية كان لزاما على الأفراد البحث عن حل لتسريحهم نتيجة الخصخصة وكذا تسريحهم لأسباب اقتصادية وكان ذلك باللجوء إلى السوق الموازية والذي يمكن تبيّنه من حيث:

- من نتائج الخصخصة إنهاء مناصب العمل بأكملها، إذن البطالة الاجبارية وعليه فلا بد من البحث عن العمل لتلبية مقتضيات القدرة الشرائية فالملاذ هو اللجوء إلى السوق الموازية.

- مادام أنّ رب المؤسسة قبل أن يلجأ إلى الإصلاحات الاقتصادية ملزم باتخاذ كافة التدابير التي من شأنها التقليل من عدد العمال من حيث تخفيض ساعات العمل والعمل الجزئي والاحالة على التقاعد المسبق أو تحويلهم إلى أنشطة أخرى ينتج عنه أنّ ذلك لا يلبي رغبات العمال فيتولّون البحث عن الحلول وعليه اللجوء إلى السوق الموازية. ورغم أيضا أنّ رب المؤسسة عندما يلجأ إلى التسريح لأسباب اقتصادية يلتزم بتعويض العمال المسرحين فإنّ ذلك كله يجعل هؤلاء يلجأون إلى البحث عن الحلول المناسبة ومن ثمة العمل في السوق الموازية.

المبحث الثاني/ آثار السوق الموازية على التشغيل: بين متطلبات الحفاظ على التشغيل والقضاء على مساوئها

تكتنف السوق الموازية معطيات تنصبّ في خانة الضرورات التي استدعت وجودها والاهتمام الدولي والوطني في معالجتها بالنظر إلى أنّها تولّد آثارا معينة على فئة العاملين

فيها (المطلب الأول) يطرح بشأنها تساؤل هام هو هل يجب القضاء على هذه السوق أم محاولة تنظيمها (المطلب الثاني).

المطلب الأول/آثار اللجوء إلى السوق الموازية على التشغيل

بالنظر إلى المعلومات التي تم سردها آنفا يتبين لنا التأثير الكبير للسوق الموازية على التشغيل والتي تنتج عنها آثار أحيانا سلبية (الفرع الأول) وأحيانا إيجابية (الفرع الثاني).

الفرع الأول/الآثار السلبية

تعتبر الآثار السلبية للسوق الموازية على التشغيل الأكثر تفوقا من الآثار الإيجابية، إذ توصف الآثار السلبية للسوق الموازية على مجال التشغيل بأنها آثار وخيمة وفاشلة في تحقيق ما تصبو إليه الفئة العاملة كونها تقضي تماما على مفهوم العمل المناسب واللائق. والذي يمكن إبرازه في النقاط الآتية:

1- الخروج عن القواعد الأساسية للتشغيل: فمادام أنّ العمل في السوق الموازية معناه عدم تطبيق القواعد الرسمية للعمل من حيث عدم تطبيق النصوص القانونية والتنظيمات المتعلقة بعلاقات العمل بين المؤسسات والعمال فذلك ينتج عنه الخروج عن القواعد والمبادئ التي تحفظ الحقوق المقررة في مجال العمل، ويتبين ذلك من خلال العمل في ظروف غير ملائمة وفق ما هو مقرر للعمل اللائق. ويتجلى ذلك في فقدان العاملين في السوق الموازية لتلك الرابطة القانونية التي تربطهم بالمؤسسة والمتمثلة في العقد، سواء كان محدّدا أو غير محدّد وفق التزامات وحقوق تقع على كل طرف والتي تتضمن الحق في الأجر وفي العطل وفي بعض الضمانات كالإحالة على الاستيداع والحق في المرض، مما يعرّض هؤلاء لأخطار جمة قد تسبّب لهم عجزا لا يتحمل عواقبها إلاّ العمال على عكس ما هو معمول به في إطار سوق العمل النظامية التي يتحمل رب المؤسسة كامل مسؤولياته التي تجسّد في التعويض وإمكانية متابعتها قضائيا.

فالعامل في السوق الموازية وعلى عكس السوق النظامية لا يتم عادة التصريح به لدى الجهات الرسمية خاصة لدى مؤسسات الضمان الاجتماعي، كما لا يسمح له بالدفاع عن حقوقه المتمثلة في احترام نسبة الأجر لافتقاده للحق النقابي والحق في الإضراب حيث يمنع عليه تشكيل نقابات للدفاع عنه وليس له أيضا الحق في العطل

والراحة الأسبوعية وكذا الاجازات غير المدفوعة الأجر إلا إذا رغب صاحب العمل في ذلك، كما أنّ العامل في السوق الموازية لا يسمح له بالتكوين ولا في الترقية. فالمعروف عن السوق الموازية أنّها تفتقر لكل ما هو تكنولوجي وعلمي وفقدانها لأساليب السوق المتمثلة في التسويق والاعلام التجاري وغيره. بذلك تتم مخالفة كل أحكام قوانين العمل نذكر منها في الجزائر أحكام قانون العمل الصادر بموجب القانون رقم 90-11 لاسيما البنود المتعلقة بحقوق العامل لاسيما المواد 5 و6 و22 و33 و57 و80.

كما أنّ العامل في السوق غيرالنظامية لا يعمل في أماكن لائقة، والدليل على ذلك كل الأماكن التي تعرض فيها السلع والبضائع مثل المنازل وورشات البناء التي تفتقد في كثير من الأحيان للظروف الصحية المناسبة أو أنّها صغيرة وضيقة على عكس السوق النظامية التي يتم فيها العمل في مؤسسات تحترم عادة شروط الصحة والنظافة الأمر الذي يعرض العامل لشتى الأمراض والعاهات التي قد تؤدي الى الوفاة دون الحق في المطالبة بالتعويض أو المتابعة القضائية.

2- الافتقار إلى الحماية القانونية: إنّ الافتقار إلى الحماية هي نتيجة حتمية لعدم احترام القواعد الأساسية للعمل. ويتعلق الأمر بفقدان العامل في السوق الموازية لأبرز حقوقه الأساسية المقررة في قانون العمل والمتمثلة في التأمين ضد حوادث العمل من حيث عدم التصريح به لدى مصالح الضمان الاجتماعي وفق مثلا ما تنص عليه المادة 6 من قانون رقم 83-11 التي تقضي صراحة على إلزام صاحب العمل التوجه الى هيئة الضمان المختصة اقليميا لتقديم تصريح بالنشاط خلال 10 أيام من البدء فيه -أي النشاط-⁽¹⁶⁾. وقد أكد على هذه المعطيات مكتب العمل الدولي في تقريره الخامس حول الانتقال من العمل غير المنظم إلى العمل المنظم سنة 2014 حيث أكد على: «إنّ العمال في الاقتصاد غير المنظم لا يعترف بهم ولا يتم تسجيلهم أو تنظيمهم أو حمايتهم في ظل تشريع العمل والحماية الاجتماعية، وذلك مثلا عندما يكون وضع عمالهم ملتبسا وبالتالي لا يتمكنون من التمتع بحقوقهم الأساسية أو ممارستها أو الدفاع عنها»⁽¹⁷⁾.

يزداد هذا الافتقار للحماية عندما يتعلق الأمر أكثر بالحماية المقررة لفئة محددة من الأشخاص والمتمثلة في تشغيل الأطفال والنساء. إذ أنّ السوق الموازية هي التي تشهد

التشغيل الكثير لهذه الفئة وهو ما يؤكد تقرير منظمة العمل الدولية المتعلق بالعمل اللائق والاقتصاد غير النظامي الذي تضمّن أنّ نصف العاملين في السوق الموازية تحتل فيه المرأة العاملة النسبة الكبرى بالمقارنة مع نظيرها للرجل العامل، كما أنّ النساء العاملات في السوق الموازية معرضات لأسوأ المعاملات كالتحرش الجنسي⁽¹⁸⁾.

نفس الوضع ينطبق على تشغيل الأطفال الذين يشغلون كثيرا في السوق الموازية لهدف الحصول على أموال للعيش والقضاء على الفقر كونهم يعملون في ظروف خطيرة متعسف فيها، من حيث عدم احترام ساعات العمل المقررة قانونا وعدم حصولهم على الأجر المطلوب وكذا كل الحقوق المتعلقة بالعامل النظامي من إجازات وتكوين وترقية كما سلف ذكره. فلقد كشفت آخر تقديرات منظمة العمل الدولية التي صدرت سنة 2013 أنّ 168 مليون طفل في العالم، أي طفل من بين كل عشرة أطفال، منخرطون بالعمل، كما أنّ 85 مليوناً من هؤلاء يؤدون أعمالا محفوفة بالأخطار⁽¹⁹⁾. مسألة تخالف تماما قواعد تشغيل الأطفال المقررة في نصوص قوانين العمل والاتفاقيات الدولية حول عمالة الأطفال، التي تقضي في معظمها بتحديد السن الأدنى للعمل الذي لا يجب أن يقل في جميع الحالات عن 15 سنة حسب تقديرات كل دولة في مدى عمل الأطفال من عدمه⁽²⁰⁾ وكذا احترام كل الحقوق المتعلقة بالعمل بمكان التشغيل وظروف التشغيل والحق في الراحة والضمان وحظر تشغيلهم في العمل الليلي أو الإضافي.

3- الافلات من آليات الرقابة على التشغيل: من الآثار السلبية الأخرى للسوق الموازية على التشغيل هو عدم إخضاعها للرقابة فيما يتعلق بتشغيل الأفراد والمعروفة في مجال العمل النظامية. فرغم اعتبار أنّ الرقابة على العمل جزء أساسي في إدارة نظام العمل لفرض قوانين العمل واحترامها حسب منظمة العمل الدولية⁽²¹⁾، إلا أنّ ذلك غير مقرر وغائب بشكل تام في إطار السوق الموازية. ينصب الوضع على غياب الإدارة المنوط بها الرقابة على علاقات العمل في إطار السوق الموازية المتمثلة في مفتشية العمل التي أسندت لها مهام كبيرة في مجال العمل بالسهر على مدى تنفيذ رب المؤسسة لالتزاماته اتجاه العمال من جهة، ومدى احترام العمال لواجباتهم ازاء رب المؤسسة من جهة ثانية. كما يتعلق الأمر بالرقابة القضائية على الأعمال المتعسف فيها من قبل أصحاب

المؤسسات أو العمال في تنفيذ علاقات العمل بموجب الدعاوى القضائية التي يتم رفعها في هذا الشأن، مسألة لا مجال للكلام عنها في إطار السوق الموازية.

الفرع الثاني/ الأثار الإيجابية للسوق الموازية

بالرغم من المساوئ الكثيرة للسوق الموازية على التشغيل إلا أنّ هناك آثاراً إيجابية توصف بها يمكن إجمالها في:

1- الإنقاص من مشكل البطالة: فهناك من ينظر إلى السوق الموازية على أنّها مسألة طبيعية لأنّها ساعدت في كثير من الأحيان في القضاء على البطالة المتفاقمة في العديد من البلدان من بينها الجزائر. والدليل على ذلك العدد الكبير للعاملين في هذه السوق خاصة وأنّ هذه الأخيرة لا تتطلب المؤهلات للعمل فيها كالكفاءة أو المستوى التعليمي على عكس السوق النظامية وهو ما يسهّل الالتحاق بها. فهي على خلاف السوق النظامية مفتوحة لكل فرد في المجتمع كان أمياً كان أو متعلماً، امرأة أو رجل، ذو أقدمية في العمل أو حديث الدخول إلى مجال العمل، المهم العمل لدى أصحابها وتوفير العيش الكريم والقضاء على الفقر وتحسين القدرة الشرائية. والدليل على ذلك استقطاب السوق الموازية للعدد الكبير من خريجي الجامعات والمعاهد الذين يبحثون عن مناصب العمل في أي مكان وبأي ثمن المهم العيش الكريم.

2- الإنقاص من سلبيات العمل في السوق النظامية: تكتنف علاقات العمل النظامية مساوئ عديدة تجعل السوق الموازية تنقص وتخفّف من آثارها. يتعلق الأمر بموضوع الأجور وموضوع بعض نقائص العمل النظامي كالعمل الجزئي أو العمل بالساعات وغيرها. فبالنسبة للأجور فعادة العامل في المؤسسة النظامية قد لا يناسبه الأجر الذي يتحصل عليه كونه لا يوفر له العيش الكريم وتلبية مقتضيات القدرة الشرائية أو حدّة الفقر الأمر الذي يجعله يبحث عن مكان للعمل الإضافي فيلجأ إلى السوق الموازية. نفس الوضع ينطبق على العاملين في المؤسسات بساعات محددة فذلك أمر غير كاف لهم لأنهم لا يتحصلون على الأجر الذي يناسب مستوى معيشتهم.

المطلب الثاني/ في تأهيل السوق الموازية للحفاظ على التشغيل

بالنظر إلى الآثار المترتبة على اللجوء إلى السوق الموازية سواء السلبية أو الإيجابية تم التساؤل من قبل العديد من المختصين حول الحلول الواجب اعتمادها إزاء هذه

السوق هل القضاء عليها تماما أم محاولة تنظيمها أو تأهيلها حفاظ على ما تقدمه من خدمات للدول في القضاء على مشكل البطالة؟ لذا فلا بد من التطرق إلى المجهودات المبذولة من قبل الدولة للتقليل من هذه السوق (الفرع الأول) ثم التعرف هل بالفعل هناك ضرورة لبقاء هذه السوق؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول/التقليل من سلبيات السوق الموازية

لهدف التخفيف من آثار السوق الموازية رغم إيجابيتها عمدت مختلف الدول وتنفيذا لتوصيات منظمة العمل الدولية على اتخاذ جملة الإجراءات والتدابير يمكن إظهارها في:

1- تشجيع إنشاء بعض المؤسسات : وذلك من خلال اعتماد فكرة التشغيل الذاتي واكتفاء الدولة بدور الداعم والمشجعة لهذا التشغيل. حيث تم في هذا الإطار في الجزائر منح تحفيزات مالية في هذا الشأن وإصدار قوانين لإنشاء هذه المؤسسات. نكر منها قانون المالية التكميلي لسنة 2011 الذي تضمن تقديم إعفاءات وحوافز مالية وكذا قانون المؤسسات الصغيرة المتوسطة لسنة 2001 المتضمن جملة من التدابير لفائدتها.

2- إنشاء عقود ما قبل التشغيل : وهي موجهة إلى الجامعيين والتقنيين السامين الذين تتراوح أعمارهم بين 19 سنة و 35 سنة وتهدف إلى تمكين هذه الفئة من اكتساب الخبرة الكافية لإدماجهم في سوق العمل إذ تم توظيف 59781 شاب سنة 2004 مقابل 5200 شاب خلال سنة 2003. ويدخل هذا الصنف من التعاقد في إطار الوساطة في إنشاء علاقة العمل الفردية من خلال مكاتب التشغيل التي تقدم خدمات بالمجان إلى كل من أصحاب العمل والعمال. وقد تم التأكيد على هذا الأمر في القانون الجزائري بصريح عبارات نصوص القانون رقم 04-19 الخاص بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل. فالمادة الثالثة منه تنص على: «تضمن الدولة صلاحيات التنظيم في ميدان التشغيل، لاسيما في مجال:

- المحافظة على التشغيل وترقيته،

- الدراسات الاستشرافية المتعلقة بالتشغيل،

- المقاييس القانونية والتقنية لتأطير التشغيل ومراقبته...»⁽²²⁾.

3- إنشاء هيئات لدعم التشغيل: يتعلق الأمر بالهيئات التالية:

أ-الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب: أنشئت هذه الوكالة بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 96-296 المؤرخ في 08 سبتمبر 1996. ومن أهدافها تدعيم وتقديم الاستشارة، ومرافقة الشباب ذوي المشاريع في تطبيق مشاريعهم الاستثمارية، وكذا تبليغ الشباب ذوي المشاريع الذين استفادوا مشاريعهم من قروض البنوك والمؤسسات المالية، بمختلف الإعانات التي يمنحها الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب والامتيازات الأخرى التي يحصلون عليها. وعمليا تم خلق 6677 مؤسسة صغيرة من خلالها تم توفير 18980 منصب عمل، وتؤكد الإحصائيات أنّ عدد المناصب المستحدثة خلال 1999-2008 كان 276174 منصبا.

ب-الصندوق الوطني للتأمين من البطالة: وظيفة هذا الجهاز إدماج العاطلين عن العمل والحفاظ على مناصب الشغل، وقد ساعد هذا الصندوق على الاحتفاظ بـ 1837 منصب شغل سنة 2004.

ج-الوكالة الوطنية لتسيير التشغيل: أنشئت سنة 2004 وتخص الشباب العاطلين عن العمل والحرفيين والنساء بالمنازل وتتراوح قيمة القروض بين 50000 دج و400000 دج.

د-الوظائف المأجورة لمبادرة محلية: أنشئت سنة 1990 تبنت الحكومة برنامجا خاصا للتخفيف من حدة البطالة وذلك بإنشاء صيغة جديدة لإدماج الشباب في الحياة المهنية وهذا البرنامج يهدف إلى إنشاء وظائف مأجورة لمبادرة محلية لدى مؤسسات أو إدارات محلية لمدة تتراوح من 3 إلى 12 شهر الذي سمح بتوظيف 72.500 شاب سنة 2004 إلا أنّ الوظائف المنشأة تركزت كلها في القطاع الخدماتي.

4-إنشاء الفضاءات التجارية: وبقصد الحد منها وإزالتها عمدت الدولة من خلال وزارة التجارة لإصدار نص سنة 2009 لتنظيم الفضاءات التجارية⁽²³⁾ والاسراع في إنجاز الشبكة الوطنية للتوزيع تطبيقا للبرنامج الخماسي 2010-2014 ببناء 30 سوقا تجاريا و800 سوق تجزئة و100 سوق جوارية. كما أطلقت الوزارة شعارا لسنة 2013 «سنة 2013 سنة القضاء على السوق الموازية».

الفرع الثاني/تنظيم السوق الموازية

لقد تم التفكير في سبيل الحفاظ على مكاسب السوق الموازية وذلك بالحفاظ على مناصب العمل من خلال إمكانية تنظيمها مادامت فكرة القضاء عليها من الأمور المستعصية. وهو ماتم إقراره من خلال البحث في الحلول الممكن اعتمادها في هذا الإطار والتي يمكن التطرق إليها من حيث:

1-التدخل لإقرار نوع من إدماج السوق الموازية في السوق النظامية: فقد أكد تقرير منظمة العمل الدولية على ضرورة الانتقال من السوق غير النظامية إلى السوق النظامية، من خلال جملة من التدابير الواجب اتخاذها من قبل تشريعات الدول لاسيما في مجال تخفيض الضرائب بالنسبة لأصحاب المشاريع والمؤسسات خاصة الجديدة في السوق والتقليل من سلبيات علاقات العمل، باحترام الحقوق والمبادئ التي تسيّر عليها علاقات العمل لاسيما في مجال الضمان الاجتماعي خاصة فيما يتعلق بدفع الاشتراكات لهيئات الضمان، والذي يمكن تجسيده من خلال التدخل لتعديل القوانين المتعلقة بالحماية الاجتماعية.

2-توسيع دائرة عمل المراقبين لعلاقات العمل: من حيث توسيع دورات مفتشيات العمل والرقابة القضائية حتى منشآت السوق الموازية وعدم اكتفاءها بالرقابة على علاقات العمل المقررة في تشريعات العمل الرسمية، والذي يتأتى بتعديل قوانين العمل الخاصة باختصاصات هذه المفتشيات، من جهة. ومن جهة ثانية، يتأتى ذلك من حيث تزويد هذه المفتشيات بالوسائل المادية والبشرية لأداء مهامها عمليا من قبل الدولة لممارسة رقابتها على المؤسسات التي تنشط في السوق الموازية.

3-السماح بإنشاء نقابات للدفاع عن حقوق العاملين في السوق الموازية: فمادام أنّ أغلب العاملين في السوق الموازية يفتقرون إلى أدنى المعلومات حول حقوقهم، كون أغلبهم من الطبقة غير المتعلمة فذلك وسّع من دائرة تعسف المؤسسات التي تنشط في السوق الموازية، لذا فمن بين الحلول المقترحة هو توسيع دائرة التمثيل النقابي لهذه الشريحة العاملة⁽²⁴⁾ بتوعيتهم بالحقوق المقررة لهم لاسيما في مجال الصحة والسلامة وتوافر الظروف المناسبة للعمل اللائق. ويتحقق ذلك من من حيث ضرورة تدخل الدول بواسطة تشريعاتها للنص على ضم العاملين الذين يمارسون النشاطات المستقلة ضمن

التنظيم النقابي وتغيير فكرة انشاء هذا التنظيم فقط ضمن نظام العمل الأجور ونظام العمل المنظم كون أنّ هذا النظام يمثل فئة عاملة قليلة لا يشمل تلك العاملة في السوق الموازية.

4- إضفاء المرونة على القوانين المسببة في انشاء السوق الموازية: لاسيما قوانين الضرائب التي تقر بنسب عالية في دفع الضرائب والقوانين الخاصة بإنشاء المؤسسات بتليين الإجراءات المتبعة في انشائها وتسهيلها والحصول على التراخيص. وكذا القوانين المنظمة للنشاط المالي بتسهيل إجراءات الحصول على القروض والمزيد من الدعم من قبل الدولة.

5- الإبقاء على نوع من التعاون بين السوق النظامية وغير النظامية: معنى ذلك تداول المنتجات التي تنتج من قبل المؤسسات التي تنشط في السوق الموازية في إطار السوق النظامية حفاظا على مناصب الشغل وتطويرا للإنتاج خاصة المواد نصف المصنعة. ثم لماذا لا يتم إسقاط نماذج التسويق واكتساب المعلومات المعمول بها في إطار السوق النظامية على السوق الموازية.

خاتمة

ما يمكن قوله من خلال موضوع السوق الموازية والتشغيل هو التناقض القائم بين مصطلحين لا يلتقيان لكن الواحد يؤثر على الآخر بنسبة كبيرة بالنظر إلى حاجة الثاني إلى الأول-أي حاجة التشغيل إلى السوق الموازية-ولدتها معطيات وظروف أقل ما يقال عنها أنّها ظروف اقتصادية واجتماعية بحثة ساهم في وجودها التطور الكبير في أفكار الرأسمالية القاضية بحرية ممارسة أي نشاط يرغب فيه الفرد بشرط احترام القانون. غير أنّ المشكل يكمن في أنّ السوق الموازية نقمة ونعمة في نفس الوقت كان لابد من دراسات وبحوث لمحاولة فهم أين يكمن العلاج هل القضاء عليها أم التقليل من مساوئها حماية لطائفة هي بالأصل توصف أنّها الفئة الضعيفة في المعادلة الاقتصادية والمتمثلة في العمال أصحاب الخضوع لكل ما تفرضه السوق الاقتصادية من ربح واستغلال وفرض المنطق.

لذا كان لزاما وضع تشريعات تنصب في خانة محاولة حماية العمال وصفت هي الأخرى بالقاصرة في مواجهة السوق الموازية بالنظر إلى قصورها في استيعاب الفئة

الكبيرة من العمال من جهة، ووجود نقائص تكتنف هذه القوانين من جهة أخرى، جعلت من السوق الموازية تقدم حلولاً لهذه التشريعات ولو على حساب مخالفتها. لذا يمكن الإقرار في الأخير أنّ السوق الموازية سوق مفروضة وقدرها محتوم وشر لا بد منه في تلبية آمال وانشغالات الأفراد في القضاء على الظروف السيئة للعيش من فقر وجوع وتحسين للقدرة الشرائية خاصة في البلدان المتخلفة اقتصادياً كالجزائر ولو في الظروف الحالية المتسمة بكثرة الأزمات خاصة المالية والاقتصادية منها.

الهوامش:

- (1) المادة 37. من الدستور المنشور بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 يتضمن إصدار نص تعديل الدستور، ج ر العدد 76 صادر في 08/12/1996، معدل ومتمم.
- (2) أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19/07/2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 43 صادر في 20/07/2003، معدل ومتمم.
- (3) أمر رقم 03-01 مؤرخ في 20/08/2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر العدد 47 صادر في 22/08/2001، معدل ومتمم.
- (4) أمر رقم 04-03 مؤرخ في 19/07/2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر العدد 43 صادر في 20/07/2003.
- (5) أمر رقم 11-03 مؤرخ في 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد 53 صادر في 27 غشت 2003، معدل ومتمم.
- (6) قارة ملا، اشكالية الاقتصاد غير الرسمي في الجزائر مع عرض ومقارنة تجارب: المكسيك تونس والسنغال، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية: تخصص اقتصاد مالي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري محمد قسنطينة، 2009-2010، ص 1.
- (7) زعلاني محمد، شمولية الاقتصاد الموازي بالإشارة إلى الاقتصاد الجزائري (تأصيل المعنى، والبحث في الأسباب الأثر)، أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد العاشر ديسمبر 2011، ص 198.
- (8) وقد تم التأكيد على هذا الأمر في القانون الجزائري بصريح عبارات نصوص القانون رقم 04-19 الخاص بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل. فالمادة الثالثة منه تنص على: «تضمن الدولة صلاحيات التنظيم في ميدان التشغيل، لاسيما في مجال:
 - المحافظة على التشغيل وترقيته،
 - الدراسات الاستشرافية المتعلقة بالتشغيل،
 - المقاييس القانونية والتقنية لتأطير التشغيل ومراقبته...» قانون رقم 04-19 مؤرخ في 25/12/2004 يتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، ج ر العدد 83.
- (9) إلياس يوسف، أزمة القانون المعاصر بين نهج التدخل ومذهب اقتصاد السوق، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 247.

- (10) بودلال علي، القطاع غير الرسمي في سوق العمل الجزائري: دراسة تحليلية تقييمية لفترة 2000-2010، بحوث اقتصادية عربية، العدد 65، 2014، ص.3.
- (11) قانون رقم 01-88 مؤرخ في 12/01/1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر العدد 02 صادر في 13/01/1988.
- (12) أمر رقم 22-95 مؤرخ في 26 أوت 1995، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج ر العدد 48 صادر في 03/09/1995.
- (13) أمر رقم 04-01 مؤرخ في 20 غشت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر العدد 47 صادر في 22 غشت 2001، معدل ومتمم.
- (14) قانون رقم 11-90 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتضمن علاقات العمل، ج ر العدد 17 صادر في 26 أبريل 1990، معدل ومتمم.
- (15) فتحي وردية، ضوابط إنهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم: تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص.41.
- (16) قانون رقم 11-83 مؤرخ في 02/07/1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج ر العدد 28 صادر في 05/07/1983. معدل ومتمم بموجب 01-08 مؤرخ في 23/01/2008، ج ر العدد 04 صادر في 27/01/2008.
- (17) الانتقال من الاقتصاد المنظم الى الاقتصاد غير المنظم، مكتب العمل الدولي الدورة 2004/01/03، www.ilo.org
- (18) نقلا عن الياس يوسف، مرجع سابق، ص.258.
- (19) بيان المدير العام لمنظمة العمل الدولية غاي ريدر بمناسبة اليوم العالمي ضد عمالة الأطفال، منظمة العمل الدولية بمناسبة اليوم العالمي ضد عمالة الأطفال، يونيو 2014، www.iipdigital.usembassy.gov
- (20) اتفاقية بشأن الحد الأدنى للاستخدام، منظمة العمل الدولية، www.umn.edu/humanrts
- (21) إدارة العمل وتفتيش العمل، التقرير الخامس، مؤتمر العمل الدولي، الدورة المائة، 2011، www.ilo.org
- (22) قانون رقم 19-04 مؤرخ في 25/12/2004 يتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، ج ر العدد 83.
- (23) مرسوم تنفيذي رقم 09-182 مؤرخ في 12 ماي 2009، يحدد شروط وكيفيات إنشاء وتهيئة الفضاءات التجارية وممارسة بعض الأنشطة التجارية، ج ر العدد 30.
- (24) الياس يوسف، مرجع سابق، ص.271.

الأسس النظرية والفنية لحماية المعرفة الفنية *

Dr. RADJI Abdelaziz
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Abbes Laghrour Khenchela.

د. راجي عبد العزيز
قسم القانون،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة عباس لغرور خنشلة.

الملخص:

نتناول في هذا المقال موضوع المعرفة الفنية لما لها من أهمية اقتصادية وقانونية في الحياة العملية، بحيث تحتل المعرفة الفنية مكانا هاما و بارزا بين موضوعات الملكية الصناعية وذلك لما تثيره من مسائل شائكة ومعقدة سواء على know-how الصعيد الوطني في الدول الصناعية الكبرى، أو على الصعيد الدولي بمناسبة نقلها من تلك الدول إلى الدول النامية. وهذا ما جعلنا نبحث في الأساس والسند القانوني لحماية المعرفة الفنية بواسطة حق المؤلف والحقوق المجاورة، لعدم توفر قانون خاص لحمايتها.

الكلمات الدالة:

المعرفة الفنية، السر الصناعي، علاقة الثقة، نقل التكنولوجيا، علاقة الثقة في السر الصناعي.

Fondements théoriques et techniques de la protection du savoir-faire

Résumé :

Le savoir-faire constitue un sujet essentiel de la propriété industrielle et revêt une importance capitale en matière économique et juridique. Le sujet de la protection juridique du savoir-faire pose des questions inextricables tant au niveau national qu'international, surtout s'agissant du transfert de technologies des pays industrialisés vers les pays en développement (Know-how). Le savoir-faire peut être protégé par les droits d'auteur et droits voisins du fait de l'absence d'un droit propre au savoir-faire.

Mots Clés :

Savoir-faire, know-how, propriété industrielle, secret de fabrication

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/12/23 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/03/01 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

The theoretical foundations and technical protection of technical knowledge

Abstract:

We take in this article is the subject of technical knowledge because of their economic and legal significance in the process of life, so that occupies technical knowledge important place and prominent among industrial property issues and that what raised the thorny and complex issues, both on the know-how nationwide in major industrialized countries or at the international level to mark the transfer of those countries to developing countries. That is why we are basically looking for the legal basis for the protection of technical knowledge by copyright and related rights, the lack of a special law to protect them.

Key words:

Technical knowledge, industrial secret, the relationship of trust, transfer of technology, the relationship of trust in the industrial secret.

مقدمة

تعترف الشريعة العامة بحق الملكية على المعرفة الفنية، فإن اغتصابها والتعدي عليها يمكن أن يؤدي إلى قيام إثارة كل من المسؤولين المدنيين والجنائية. باعتبار أن حق الملكية يمكن أن يكون أساساً لدعوى الضرر على الرغم من كل هذا لا يستند إلى حق الملكية كأساس للحماية إلا إذا كان هو الأساس الوحيد الذي تبنى عليه الدعوى، نقصد من ذلك حالة عدم وجود أي رابطة أو علاقة بين مالك المعرفة الفنية ومغتصبها. وفي هذه الحالة يجب توافر علاقة معينة قائمة على وجود عنصر الثقة بين مالك المعرفة الفنية والمتلقي لها من علاقة عمل، وفي هذه الحالة وبصفة عامة تبنى الحماية على وجود هذه العلاقة لأنها تخولها إضفاء حماية أكبر على المتضرر مالك المعرفة الفنية وكذلك الشأن إذا كانت العلاقة عقدية وعليه يمكن تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين: المبحث الأول: الأسس النظرية ومضمونها. المبحث الثاني: الأسس الفنية ومضمونها.

المبحث الأول/الأسس النظرية ومضمونها

لما كانت المعرفة الفنية لا تتمتع بحماية خاصة في نطاق قانون الاختراعات إنما تركت هذه الحماية لقواعد القانون العام، أي الشريعة العامة، هذا ما أدى إلى ضرورة أهمية إضفاء حق الملكية على المعرفة الفنية إذا لم تكن تربط المالك بالشخص الذي استولى عليها أي رابطة من روابط الثقة، أما إذا كانت رابطة معينة أو علاقة ثقة ما تربط المالك بالمتلقي، فإنه يفضل تأسيس الحماية القانونية للمعرفة الفنية على

ضرورة احترام هذه العلاقة، كما سيتضح في هذا المبحث من الدراسة والذي يشمل على مطلبين: المطلب الأول: نظرية علاقة الثقة. المطلب الثاني: امتداد آثار النظرية بالغير.

المطلب الأول/نظرية علاقة الثقة

إنّ من أهم خصائص المعرفة الفنية في السرية، والسركما هو متعارف عليه عموماً "هو ما لا يجب إذاعته أو نقله لشخص آخر"⁽¹⁾، فمفهوم "السري يعرف إذن بطريقة سلبية وهو يعدّ التزاماً بعدم الإذاعة والنشر، والواقع أنّه لا بد من تصور أمرين أولهما: يكون لصاحب السر أن يحفظه لنفسه بمعرفته بعض الحقائق، بحيث يظل هو السيد الوحيد لسره، وفي مرحلة ثانية: يمكنه أن يبوح بهذا السر لعدد قليل من الأشخاص، ومن خلال هذه الثقة - ينشأ السر الذي يكون بين عدد محدود من الأشخاص، وعندئذ لا بد من تفادي الخلط بين السر والثقة، فالأول: "يكيّف الفعل نفسه، بينما الثاني يتعلق بكيفية النقل"⁽²⁾.

ولتوضيح للمصطلحات يجدر بنا أن نتطرق إلى مضمون نظرية علاقة الثقة بحيث تقوم نظرية علاقة الثقة على فكرة أنّ مالك المعرفة الفنية له الحق في منع الشخص المتلقي الذي تربطه به علاقة خاصة من القيام باستعمال أو استغلال هذه المعرفة خارج نطاق هذه العلاقة. قصد جلب ميزات معينة من هذه المعرفة الفنية أو الإضرار بالمالك لهذه المعرفة الفنية⁽³⁾. فعلى مالك المعرفة الفنية أن يثبت بإظهار سرية هذه المعرفة وجدارتها بالحماية القانونية لها.

والواقع أنّ الأمثلة على هذه العلاقات الخاصة كثيرة ومتنوعة ولعل أبرزها علاقة رب العمل بالعامل، فلقد حكم بأنّ علاقة العمل تنشئ في حد ذاتها علاقة ثقة بين رب العمل والعامل، والتي تتميز بنوع من الخصوصية غير معروفة في كثير من العلاقات القانونية والتعاقدية الأخرى، حيث يفترض أن تقوم على أساس الثقة المتبادلة، والنية الحسنة والمخلصة في عدم إساءة أحدهما إلى الأخرى، بوضع صاحب العمل لكل ممتلكاته وأسراره المهنية، أو البعض منها في يد العامل، أو على الأقل إطلاعها عليها، مما يجعل هذا الأخير على علم بكل أو بجزء من وسائل وأساليب الإدارة أو إنتاج أو صنع أو ما إلى ذلك من المسائل التي تعتبر من أملاك أو احتكار أو امتياز لصاحب العمل، سواء أكانت ذات طابع مادي أو فكري أو تكنولوجي أو صيغة صناعية أو ابتكار أو اختراع... إلخ.

وهي المسائل التي يؤدي إطلاع الغير. عليها بشكل أو بآخر إلى تعرض صاحب العمل إلى المنافسة أو التقليد⁽⁴⁾.

وهذا ما أدّى إلى حرص أغلبية التشريعات الصناعية والعمالية الحديثة على إلزام العمال بالمحافظة على الأسرار المهنية في إطار علاقة الثقة وعدم إطلاع الغير عليها إلا بإذن من صاحب العمل، وفي حالات خاصة جداً، وهو ما تضمنه المادة: 07 فقرة 08 من قانون علاقات العمل الجزائري رقم: 90-11 والتي تلزم العمال بأن لا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيات وأساليب الصنع وطرق التنظيم، وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالبيئات المستخدمة إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطتهم السلمية⁽⁵⁾. ومنه فإن عقد العمل بطبيعته التي تقوم على الثقة ترتّب على عاتق العامل التزام الأمانة، وفحواه عدم إفشاء سرية المعلومات وفسر البعض هذا الالتزام تأسيساً على طبيعة عقد العمل بالقول: إنّ علاقات العمل لا تتكون من مجرد تبادل أداءات ذات طابع مالي بل تدخل الأجير كعنصر في مجموعة العمل، يوليه صاحب العمل الثقة اللازمة، وهذه الثقة تفرض على العامل الالتزام بالأمانة وحسن النية أثناء أدائه عمله من أجل دفع كل ما من شأنه جلب الضرر لصاحب العمل" بحيث يبرر أصحاب هذا الرأي ولاء العامل لرب العمل بالقول: أنّ الولاء المفروض على العامل يقابله استقراره في عمله وما يعبر عنه هذا الاستقرار من حقوق يحصل عليها كحقه في التعويض⁽⁶⁾: وحتى يتم ذلك يجب أن يثبت مالك المعرفة الفنية أنّ هذه الأخيرة قد وصلت إلى المتلقي بطريق مشروع وهذه العلاقة الخاصة تتألف من ثلاثة عناصر أساسية وهي:

أولاً/يتعيّن أن يكون مالك المعرفة الفنية واضعاً ثقته في المتلقي، ليس فقط في القيام بواجب معين أو الانتفاع من فعل ما، وإنّما في التزامه العام بالمحافظة على مقتضيات هذه الثقة، فالالتزام المتلقي بالسرية لا ينشئ عن واقعة الإفشاء له بخبايا المعرفة الفنية وإنّما بسبب وجود علاقة ثقة سابقة أو معاصرة لاتصال علمه بها، والثقة المقصودة ليست ثقة متبادلة، وإنّما هي ثقة من منظور مالك المعرفة الفنية.

ثانياً/يجب أن يعلم المتلقي بوجود هذه الثقة ويحصل هذا العلم إمّا من وجود شرط صريح في العقد أو شرط ضمني يشير إلى ذلك. ومع هذا فلا يجب إعفاء المتلقي من العلم

بوجود هذه الثقة عند تخلف الشرط الصريح أو الضمني بذلك إذ يكفي لاستخراج هذا العلم أن تشير الظروف التي حصلت فيها العلاقة إلى وجود ما يبرر اعتقاد المتلقي بأن مالك المعرفة الفنية قد وضع ثقته فيه .

ثالثاً/إنّ علاقة الثقة تفترض وجود التزام عام على عاتق المتلقي بعدم إفشاء سرية المعرفة الفنية خارج نطاق العلاقة بينهما، أو استعمالها بطريقة تضر بالمالك الأصلي، ويلاحظ أنّ التزام المتلقي بالمحافظة أي الحفاظ على السرية ليس فقط التزاماً عقدياً وإنما هو التزام قانوني، ومن ثم فإنّ مالك المعرفة الفنية يمكن أن يؤسس دعواه على نظرية العقد ونظرية المسؤولية التقصيرية معا وذلك كما سنرى لاحقاً وهذا تطبيقاً لقواعد الشريعة العامة⁽⁷⁾.

حيث لا يجبر المتضرر على الخيار بين الاستناد إلى أي من المسؤوليتين العقدية أو التقصيرية، و من خلال هذه العناصر فإننا نستنتج أنّ التزام العامل بالمحافظة على السرية التي اطلع عليها يجد أساسه في القواعد العامة في القانون على نحو يحتم عليه القيام بتنفيذ التزامه بالعمل بما يوجبه حسن النية⁽⁸⁾. وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 17 أفريل 1958 عندما أدانت من يلجأ إلى إفشاء سرية المستندات المتضمنة وصف إحدى طرق التصنيع أو قائمة العملاء، أو ما يوليه صاحب العمل أهمية كبرى وجاءت حيثيتها كما يلي:

« Qui fait procéder à l'établissement frauduleux d'une copie de documents secrets décrivant un procédé de fabrication et comportant une liste de clients documents étrangers à son activité professionnelle et auxquels l'employeur attribuait une grande importance ? »⁽⁹⁾

إلا أنّ معظم العقود تتضمن شروطاً يلتزم بموجبها العامل بالمحافظة على سرية المعلومات، وترد هذه الشروط بصيغ مختلفة فحواها أنّ العامل لا يستطيع خلال فترة سريان العقد ولا بعد انقضائه إفشاء أو استخدام المعلومات السرية التي اطلع عليها أثناء عمله، بما في ذلك القواعد والطرق والوسائل الخاصة بالتصنيع والمعلومات السرية الخاصة بأعمال الشركة أو نشاطها والتي يكون قد أخذ علماً بها خلال فترة سريان حال أو سابق. و يجب عليه اتخاذ التدابير والاحتياطات المعقولة للمحافظة على هذه المعلومات سرا، ومن أمثلة هذه الشروط : "الموظفون والعمال ملزمون بالمحافظة على السري في كل ما

يتعلق لممارسة وظائفهم وبشكل عام بالنسبة لما يتعلق بنشاط المؤسسة التي يعملون بها، يلتزمون بصورة خاصة بأن لا يسهل أي منهم لمؤسسة منافسة سبل الاستفادة من المعلومات الخاصة بالمؤسسة التي يعمل بها"⁽¹⁰⁾.

ولا يقتصر الالتزام بالسر على فئة العمال فقط. بل أنّ النصوص القانونية الحديثة، توسع دائرة هذا الالتزام إلى كافة الأشخاص والمؤسسات التي لها علاقة بقطاع العمل والعمال أو مكان العمل مهما كانت صفتهم، لا سيما إذا كان هؤلاء الأشخاص من الذين يمنحهم القانون حق الإطلاع على مختلف المعلومات، أو بظرف العمل مثل مفتشي العمل⁽¹¹⁾.

إنّ السرية المبنية على علاقة الثقة للمعرفة الفنية من بين أهم الالتزامات التي تقع على العامل في أي مستوى مهني أو وظيفي كان، بل أنّ بعض القوانين النموذجية لبعض القطاعات تمدّد مفعول هذه الالتزامات بالنسبة لبعض الفئات العمالية إلى الفترة التي تلي نهاية علاقة العمل نظرا لقيمتها وأهميتها، كأن تتعلق بطريقة صنع متطورة أو ذات مستوى تكنولوجي متطور يحتفظ صاحب العمل بحقوق ملكيتها أو اختكارها أو استغلالها⁽¹²⁾. بل ويمنع بعض العمال حتى من استغلالها.

وبعد انتهاء علاقة العمل لمصلحتهم الخاصة كأن يقوموا بإفشاء أسرار المؤسسات الخاصة التي يعملون بها، فقد أجازت بعض المحاكم الألمانية أن يشترط رب العمل في عقد العمل، يلتزم بموجبه العامل بالامتناع من الالتحاق بمؤسسة أخرى منافسة مدة لا تزيد عن سنتين⁽¹³⁾.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ظهرت اتجاهات متعددة حول موضوع التزام العامل بالمحافظة على السرية، وأولها هو منع العامل أن يستخدم أو يستغل ما علم به حتى ولو أصبحت المعرفة الفنية شائعة، أما الاتجاه الآخر هو الذي يكرس مبدأ القوة الملزمة شائعة، ويرى أصحاب هذا الاتجاه امتناع العامل عن استخدام المعرفة الفنية طبقا للمدة المتفق عليها في عقد العمل⁽¹⁴⁾. بحيث يثور التساؤل عما إذا كانت نظرية علاقة الثقة تنحصر بين أطراف العلاقة فقط، أم أن آثارها يمكن أن تمتد إلى الغير.

بحيث يمكن إلزام الغير بعدم استخدام المعرفة الفنية دون إذن المالك، والالتزام بعدم إفشاء سريتها مثله في ذلك مثل الشخص الذي تلقاها من خلال علاقة الثقة؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني/امتداد آثار نظرية علاقة الثقة بالغير

كثيرا ما يحدث أن يستفيد الغير بطريقة ما من المعارف الفنية التي اكتسبها المتلقي وذلك بسبب ارتباط المتلقي بعلاقة ثقة مع مالك المعرفة الفنية وعلى سبيل المثال: أن يقوم العامل الذي تحصل على أسرار المعرفة الفنية. بسبب علاقة الثقة من الشركة المالكة للمعرفة الفنية التي ترك الخدمة فيها، وعند الالتحاق للعمل لدى شركة أخرى منافسة، فهل يمتد أثر علاقة الثقة بين العامل ورب العمل الأول، بحيث يتم منع الشركة الثانية المنافسة من استخدام المعرفة الفنية، على الرغم من أن هذه الشركة لم تكن طرفا في هذه العلاقة بأي شكل من الأشكال، وفي هذه الحالة يرى جانب من الفقه وجوب التفرقة بين أمرين وهما: إذا كان الغير حسن النية أم خلاف لذلك أي سئى النية، وهذا ما نناقشه في فرعين آتيين:

الفرع الأول/الغير حسن النية

يبدو جليا الغير حسن النية عند قيام أحد العاملين في شركة ما، بعد العمل لديها واتصال علمه بالمعرفة الفنية واستيعابها مع التزام هذا الأخير بمقتضى علاقة الثقة بعدم الإفشاء بسرية المعرفة الفنية للغير، وبعد انتهاء علاقة العمل بها، وإثر الالتحاق بالعمل في شركة أخرى منافسة مع عدم علم هذه الشركة الثانية بأن هذا العامل يحوز معلومات سرية إكتسبها من الشركة الأولى لا يمكنه استخدامها واستغلالها خارج نطاق علاقة الثقة السابقة. ورغم ذلك يقوم هذا العامل، لأي سبب بإفشاء سرية هذه المعرفة الفنية إلى الشركة المنافسة.

ورغم ذلك فإن استخدام الغير للمعرفة الفنية التي اكتسبها وتحصل عليها بهذه الطريقة أي بأسلوب غير مشروع لأنه يشكل هذا التصرف بحد ذاته اعتداء على حق المالك الأصلي للمعرفة الفنية⁽¹⁵⁾. بل يمكن للشركة الأولى المالكة للمعرفة الفنية أن تقطع كل السبل على الغير حسن النية، وذلك إذا ما أخطرت صراحة بمجرد التحاق العامل للعمل لديه بأن هذا العامل يحمل أسراراً معينة أي معارف فنية على درجة

كبيرة من الأهمية، وأنّ استخدامه لها يمثّل ضرراً لها في هذه الحالة، فإنّ مثل هذا الإخطار يؤدي دوراً وقائياً في مواجهة الغير حسن النية⁽¹⁶⁾.

وقد شجّع على التماهي في فرض هذه الشروط من قبل أصحاب العمل، عدم وجود نص قانوني يحدّ أو ينظّم سلطاتهم في هذا المجال، الأمر الذي فرض على القضاء التصدي لهذه الشروط القاسية التي كان يتعرض لها العامل مستعملاً في ذلك الأسس والمبادئ التي يعتمدها أصحاب العمل أنفسهم وهي مبدأ الحرية في العمل، حيث صدرت عدة أحكام قضائية خاصة بمعالجة قضايا عدم المنافسة، والتي كان يطرحها تارة أرباب العمل، وتارة أخرى العمال والتي كان أهمها الحكم الصادر في 04 مارس 1970 الذي أجاز اعتماد هذا الشرط في عقود العمل على ألاّ يمس ذلك بمبدأ حرية العمل من حيث المدين الزماني والمكاني مع الأخذ بعين الاعتبار مؤهلات وخبرة العامل، وهو الحكم الذي يستند إلى أحكام المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والمتعلقة بتكريس مبدأ حرية التعاقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁷⁾.

أما القضاء الأنجلوسكسوني: وعلى رأسه القضاء الأمريكي جرى على الحكم بمنع الغير حسن النية من استخدام المعرفة الفنية بأي حال من الأحوال إذا دلت ظروف الحال على أنّه حسن النية، إلّا أنّه كان على المتلقي الثاني التنبيه إلى وجود علاقة الثقة السابقة والتي تمنع العامل من الإفشاء بأسرار المعرفة الفنية، ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال قضية Rise، بحيث قامت شركة carter بتطوير نوع جديد من جعب كريمة الحلاقة تحت اسم Rise أما شركة Colgate palmolive فلقد بذلت قصارى جهدها وذلك بتكرار عدة محاولات بحيث دامت ستة أشهر كاملة في ظل أبحاث مكثفة من أجل التوصل إلى تحليل المنتج بطريقة الهندسة العكسية من أجل التعرف على سر التركيبة الخاصة بالمنتج Rise، ومع هذا باءت مجهوداتها بالفشل وبعد فترة وجيزة قام أحد العاملين السابقين في الشركة الأولى أي شركة carter بترك الخدمة لديها والتحق بوظيفة لدى شركة Colgate وكان هذا العامل كيميائياً على علم بسر تركيبة Rise على أنّه عند التحاقه بشركة Colgate لم يفصح بأي طريقة من الطرق عن معرفته وعلمه بالأسرار التي اكتسبها أثناء فترة عمله السابقة في شركة carter كما أنّ شركة Colgate لم تكن تعلم عن وجود أي علاقة ثقة بين العامل والشركة المالكة

للمعرفة الفنية الخاصة بالمنتج Rise، ولكي يبرز هذا العامل في الشركة الجديدة قام بإرشادهم إلى الأخطاء التي وقعوا فيها عند تحليلهم لعناصر المنتج، بحيث لم يفش بطريقة صريحة للمعرفة الفنية إلا أنّ ذلك كان كافياً لمعرفة التركيب الكيميائي للمنتج والبدء في تصنيعه، عندئذ قامت الشركة الأولى Carter برفع دعوى ضد الشركة Colgate لوقف هذا التعدي ومنه أصدرت المحكمة حكماً بمنع استمرار شركة Colgate من استخدام المعرفة مع تحملها بدفع تعويض قدره خمسة ملايين دولار للشركة المعنية مسببة حكماً: "أنّه على الرغم من أنّ الشركة المنافسة كانت فعلاً حسن النية، بمعنى عدم علمها بعلاقة الثقة التي تربط بين العامل وشركة Carter، إلا أنّ حسن النية ينتفي في هذه الحالة، لأنّ مقتضيات المنافسة الشريفة إلى المشروعة كانت تقتضي من شركة عدم الوقوف عند المظهر السطحي للأمر، وأن تتقصى ما وراء هذا العامل المنقول إليها، وبصفة خاصة أنّه جاء من شركة منافسة قامت فعلاً بتطوير المعرفة الفنية للمنتج محل المنافسة. وأنّ تجاهل الشركة المدعي عليها القيام بما تفرضه قواعد المنافسة المشروعة والشريفة من شأنه أن ينفي حسن النية"⁽¹⁸⁾:

فإن كان الغير حسن النية قد بدأ فعلاً في الاستثمار واستغلال المعرفة الفنية التي اتصلت بعمله وأنفق في سبيل إخراج المنتج أموالاً طائلة، فمن العدل في هذه الحالة استمراره في استغلالها، وهذا ما يؤكد الحماية الهشة لمالك المعرفة الفنية، ولكن من العدل أيضاً أن يقوم هذا الغير المستغل للمعرفة الفنية بدفع مقابل عادل لمالكها الأصلي.

ولكن يثور التساؤل عن تقدير المقابل المادي الذي يتعين على الغير حسن النية أدائه إلى المالك الأصلي للمعرفة الفنية، عن قيامه باستعمالها السابق على الأخطار؟ بحيث يذهب القضاء الأمريكي إلى الأخذ بعين الاعتبار المدة الزمنية التي حصل فيها استعمال واستغلال المعرفة الفنية وأن تجبر الغير بدفع نفقات التكنولوجيا كما لو كان مرخصاً له بها من قبل المالك⁽¹⁹⁾.

الفرع الثاني/الغير سيء النية

إذا كان الغير سيء النية، ويقصد بسوء النية علم الغير بوجود علاقة الثقة بين مالك المعرفة الفنية والمتلقي لها، وقام الغير باستغلال المعرفة الفنية التي وصلته عن

طريق شخص كان من المفروض أن يلتزم بالحفاظ على سريتها في نطاق علاقة ثقة مع مالكها الأصلي، فإنّ القضاء الأمريكي عادة ما يأمر الغير بالامتناع عن الاستمرار في الاستعمال و الاستغلال، مع الحكم بالتعويض العادل بحيث يتم تقدير التعويض في هذه الحالة غالباً ما يكون بمقدار الأرباح التي حقّقها الشخص سئى النية، وكذلك أنّ أضرارا لحقت مالك المعرفة الفنية بسبب هذا الاستعمال⁽²⁰⁾، و مع هذا فإنّ إثبات سوء النية ليس أمراً سهلاً وخاصة أنّ الغير لا يتعامل مباشرة مع مالك المعرفة الفنية، ثم إنّّه سيحاول إخفاء سوء النية بأساليب عديدة، و من الطرق التي يتم بها إخفاء سوء النية قيام الغير بتشكيل شركة جديدة مع العامل الذي حصل على أسرار المعرفة الفنية في علاقة سابقة من شركة منافسة، بحيث يمنح هذا العامل حصة في الشركة تعادل ثمن إفشائه لأسرار هذه المعرفة الفنية التي اكتسبها في علاقة الثقة السابقة، وقد يصل سوء النية إلى ذروته إذا قام الغير بترخيص أحد العاملين في الشركة المالكة للمعرفة الفنية أو تحريضه لأحد المرخص لهم في استعمالها لإفشاء ما علمه من أسرار المعرفة الفنية، وفي هذه الحالة فإنّ المحاكم عادة تحكم بتعويضات رادعة بجانب التعويض عن الأضرار الحاصلة لصالح المالك الأصلي.

المبحث الثاني/الأسس الفنية ومضمونها

لقد أقرت أحكام القضاء الأمريكية ما جاء به القضاء الفرنسي حول صحة عقود نقل التكنولوجيا رغم عدم وضوح بنيتها القانوني، وهذا الاعتراف بصحة هذه العقود اعتراف بمدى الحماية التي توفرها الالتزامات الناشئة عنها من جهة أطراف العقد، مما يكرّس مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويرى أصحاب هذا الاتجاه بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية⁽²¹⁾ فمثلاً قد يطالب مالك المعرفة الفنية المتضرر بالحصول من المحكمة على أمر لمنع المتعدي من الاستمرار في استعمال المعرفة الفنية خارج نطاق علاقة الثقة، فإن كان أساس الدعوى هو العقد عادة ما يمنح هذا الأمر إلّا في حدود المدة المنصوص عليها في العقد والتي يلتزم فيها المتلقي بعدم إفشاء الأسرار، أما إذا كان أساس الدعوى هو المسؤولية اللاعقدية فإنّ الأمر قد يكون بالمنع لمدة غير محدودة⁽²²⁾. وفيما يلي نحاول إبراز أهم الأسس الفنية القانونية التي تبنى عليها الدعوى

الخاصة بحماية المعرفة الفنية وهي نظرية العقد في المطلب الأول، ونظرية المسؤولية اللاعقدية في المطلب الثاني.

المطلب الأول/النظرية العقدية

عادة عندما يخوض الطرفان المتعاقدان عملية المفاوضات بين المصدر والمستورد فإنّهما يقبلان تطبيق قاعدة اللعبة، وهي كتمان السرية والمحافظة عليها ومنه فإنّ اتفاق الطرفان بشرط صريح يلزم المتلقي بالحفاظ على السرية في إطار علاقة الثقة القائمة بينهما، ولا شك أن يتضمن العقد شرطا صريحا بذلك من شأنه أن يكفل حماية فعالة لمالك المعرفة الفنية⁽²³⁾. فالشرط الصريح عادة ما يتضمن تحديدا لنطاق السرية من حيث الموضوع وكذا الشأن من حيث الأطراف والمدة والأشخاص الذين لا يسمح لهم الإطلاع بأي وجه من الوجوه على المعارف الفنية، وأيضا المدة التي يلتزم خلالها المتلقي بعدم إفشاء السرية، إنّ أساس الالتزام هو طبيعة المعرفة الفنية فهي السمة التي تميزها إذا بقيت سرا وهي التي تحدد قيمة هذه السرية، وبذلك يكون استمرار سريتها استمرارا للحصول على ما يقابلها ويشترك المورد والمتلقي في معرفتها.

إذا وردت محلا لعقد بينهما وهذا يعني إنهما يشتركان في المصلحة، لأنّ الشروط التعاقدية تعتبر أساس التزام كل طرف فيما تعهد به، فالمتلقي يضمن المحافظة على سرية المعلومات التي تحصل عليها شأنه في ذلك شأن المورد، وترد هذه الشروط في العقود بصفة عامة بحيث تكون مبنية على التراضي وتستمد قوتها من القوة الملزمة للعقد⁽²⁴⁾.

بحيث يعدّ التزام المحافظة على السرية التزاما رئيسيا في العقد لاشتراك الطرفين في ضمانه رغم أنّه يعتبر التزاما يختص به المتلقي أساسا، ويعني الالتزام بالمحافظة على السرية عدم إفشاء سرية كافة عناصر المعرفة الفنية، ذلك لأنّ في كل عنصر من هذه العناصر ميزة خاصة وسرية ذاتية تشترك مع مجموعة العناصر الأخرى في القيمة الكلية للمعرفة الفنية بصرف النظر عن أهمية أحد هذه العناصر بالنسبة إلى غيره⁽²⁵⁾.

ويلتزم المتلقي بهذا الضمان بعد إبرام العقد وتحدّد مسؤليته تعاقديا، كما يلتزم بذلك أثناء المفاوضات ويسأل تعاقديا أو تقصيريا عن إخلاله بهذا الالتزام، ومنه فإنّ التزام المستورد بالمحافظة على السرية خلال مرحلة المفاوضات وبعدها سواء تم إبرام

العقد أم لم يتم، فلا يقتصر التزام المستورد بتعويض المورد لإفشاء السرية على مرحلة تنفيذ العقد بل يمتد هذا الالتزام إلى الحالة التي تفشل فيها المفاوضات بين الطرفين وعدم إبرام العقد⁽²⁶⁾. على أن المتلقي إذا علم ببعض المعلومات السرية أثناء البحث عن التكنولوجيا الملائمة، سواء عن طريق المكاتب الاستشارية أو أشخاص آخرين فذلك لا يشكّل التزاما عليه بالمحافظة على سرية ما علم به، أنه في مثل هذه الحالة لا يكون الوحيد الذي وصلت إليه تلك السرية وبالتالي لا تكون للمعرفة الفنية قيمة لانتشار سريتها⁽²⁷⁾. والمثار للتساؤل هو الأساس القانوني لالتزام المستورد بالتعويض في حالة إخلاله بواجب الاحتفاظ بالسرية وفي الواقع ينبغي التفرقة بين فرضين:

الأول/ويتعلق بالحالة التي يحصل فيها الإفشاء في مرحلة التفاوض، وينبغي التفرقة في هذه الحالة بين ما إذا كان المورد قد حصل على تعهد مكتوب من المستورد بعدم الإفشاء أم لا وإزاء ذلك فلا يبوح المورد بأية معلومات قبل الحصول على ضمانات تؤكد له عزم المتلقي على إبرام العقد أو ضمانات أخرى⁽²⁸⁾.

مثل التعهد المسبق والضمان المالي بالإضافة إلى ثقته في المتلقي، وقد أثبتت الممارسة العملية أنّ مرحلة المفاوضات هي المرحلة الصعبة التي تعترض المتفاوضين أثناءها عقبات من غير السهل التغلب عليها، فأحدهما يصرّ على معرفة أسرار المعرفة الفنية لبيان موقفه وتقدير قيمتها، والثاني يخشى فشل المفاوضات وذبوع هذه السرية، ومع ذلك فإنّ حسن نية الأطراف تجعلهم يتعاونون من أجل تخطي هذه العقبات للمصالح المتضاربة والمشروعة مع إيجاد موازنة بوسائل متعددة، منها كما ذكر من قبل التعهد الكتابي لعدم البوح بهذه السرية، أو استغلالها قبل إبرام العقد، أو تقديم ضمان مالي يحتسب من المبلغ الإجمالي لهذه المعرفة، وقد يلجأ المورد إلى عدم إعطاء المتلقي من هذه السرية إلا الجزء اليسير⁽²⁹⁾ بحيث لا يشكّل ذلك خطورة عليها، وبالرغم من أنّ هذه الوسائل أصبحت شائعة وتمارس في هذه العقود، إلا أنّها ليست الحل الأمثل في كل الأحوال، لأنّها من جهة تلحق ضررا بالمتلقي في حالة فشل المفاوضات وتجعله قلقا إذا ما رغب الحصول على تكنولوجيا مماثلة لاستغلالها في مشروع مماثل.

ومن جهة أخرى يصعب فض النزاع بشأن الضمان المالي الذي قدمه المتلقي بسبب الاتجاهات القضائية المتباينة وما تتمتع به المحاكم من سلطة تقديرية تمكنها من إنقاذ

هذا الضمان، بالإضافة إلى صعوبة الوقوف على مقدار الضرر الحقيقي الذي ينتج من إفشاء سرية المعلومات وما ينبغي دفعه كتعويض⁽³⁰⁾.

الثاني/أما بشأن التزام المحافظة على السرية بعد إبرام العقد فترعاه قواعد المسؤولية العقدية ويمتنع على المتلقي إذاعة السرية بالإعلان الشفوي عنها أو الكتابي كلها أو جزء منها ويرى بعض الفقه الفرنسي أنّ في ذلك قيد على حرية التجارة، كما شككت بعض أحكام القضاء الأمريكية في فاعلية حماية المعرفة الفنية تعاقدياً⁽³¹⁾، وفي حالة عدم وجود نص يشترط كتمان السر بالنظر إلى العرف في مجال الأعمال ومبدأ حسن نية في تنفيذ العقد والذي يعتدّ بها في مجال التعاقد إذ يمكن أن نؤكد وجود التزام بحفظ السر.

ومن خلال تصرفاتهم والوقائع السابقة واللاحقة على العقد فإذا أمكنها استخلاص شروط ضمنية تلزم المتلقي بالحفاظ على السرية فإنّها تؤسس ذلك على نظرية العقد الضمني، ومن أهم التطبيقات لفكرة العقد الضمني أيضاً في قضية قام المخترع المدعي Ackerman ضد شركة General Motors Corp حيث قام المدعي بالاتصال بعدة شركات لصناعة السيارات، ومن بين الشركات المدعي عليها شركة General Motors مع نيته في بيع ابتكاره أو على الأقل الترخيص به، وعبرت الشركة عن اهتمامها بالاختراع وطلبت من المخترع تسليمها صورة من طلبه الخاص ببراءة الاختراع والذي يحدّد بدقة الوصف التفصيلي للابتكار وذلك حتى دراسة الأمر، وبعدئذ أرسلت الشركة إلى المخترع رسالة تعلمه فيها بعدم جدوى ابتكاره وعند صدور البراءة أودعت الشركة أنّه من حقها استعمال الاختراع لأنّ الابتكار قد نما إلى علمها قبل صدور البراءة، وأنّها لم تكن ملتزمة في مواجهة الاختراع بعدم إفشاء السرية، قالت المحكمة بأنّه على الرغم من عدم وجود أي عقد صريح بين المدعي والمدعي عليه فإنّ مجرد قبول الأخيرة "أي الشركة" لإفصاح المخترع عن ابتكاره يوئد في مثل هذه الظروف علاقة ثقة معينة تمنع الشركة من استعمال الاختراع خارج حدود العلاقة، وبصفة خاصة أنّ المبتكر كان قد تقدم بطلب براءة اختراع وكانت الشركة المدعي عليها General Motors على علم بذلك ومن ثم فإنّ من الأهمية لها الإطلاع على تفاصيل هذا الاختراع الذي يمكن أن يمنح المخترع احتكاراً عند صدور البراءة، وذلك في مجال تخصص الشركة المدعي عليها General Motors⁽³²⁾.

ومن الواقع أنّ الحماية التعاقدية بشرط صريح لا يقتصر على حالة إبرام عقد الترخيص أو بيع المعرفة الفنية. ولكنها قد تمتد إلى الفترة السابقة على ذلك أي في مرحلة المفاوضات حيث عادة ما يقوم الأطراف بإبرام عقد انتقالي يلزم المفاوض المتلقي بالكتمان حتى عند فشل هذه المفاوضات.

المطلب الثاني/النظرية اللاعقدية

في كثير من الأحيان تؤسس المسؤولية من الاستخدام أو بالإفشاء غير المشروع للمعرفة الفنية على فكرة خيانة علاقة الثقة. بما أنّ ذلك في حد ذاته خطأ موجبا للمسؤولية، لأنّ الاستخدام أو الإفشاء غير المرخص به يرتب المسؤولية ولو كان في هذا حرق للثقة التي وضعها المدعي في شخص المدعي عليه عند حصول الإفشاء بالسرية لهذا الأخير، والإشكالية التي تثير التساؤل هي كيف يمكن أن تنشأ علاقة ثقة بين المالك للمعرفة الفنية و المتلقي لها دون وجود عقد لها على الأقل في الصورة الضمنية والتي تحدثنا عنها سابقا؟ إنّ فكرة المسؤولية المؤسسة على النظرية اللاعقدية يمكن أن توجد من خلال فرضيتين أساسيتين:

الفرض الأول/يجب على مالك المعرفة الفنية في هذا الفرض أن يثبت قيام وجود علاقة ثقة سابقة أو مهددة لعقد ما كالشروع في المفاوضات، و هنا قد تتأسس المسؤولية عن استخدام أو إفشاء السر للمعرفة الفنية بسبب خيانة علاقة الثقة على أفكار غير عقدية وبعبارة أخرى هي معلومات لم يشتملها عقد⁽³³⁾ و مثال ذلك كعدم إمكانية استخلاص والوصول إليها في أي صورة من صور العقد، وحتى في الصورة الضمنية كعدم وصول الأطراف إلى أي اتفاق في ذلك الشأن، ولكون أنّ المعرفة الفنية لم تتمتع بحماية خاصة كما وضحنا سابقا فإنّ تأسيس الحماية يتجسّد بحسب ملابسات كل قضية، على قواعد للمسؤولية اللاتعاقدية وليس العكس، كما للقاضي أن يرى إمكانية الجمع بين الأساسين العقدي واللاعقدي .

ومن أمثلة اختيار الأساس لعلاقة الثقة على الرغم من وجود عقد ما، كحالة تنازع القوانين و من ثم تقدير القاضي ضرورة اختيار الأساس اللاعقدي للمسؤولية بدلا من الأساس العقدي لكي يثبت الاختصاص القانوني، ويطبق بذلك على وقائع الدعوى فالقانون الأمريكي يعرف صورة فريدة من صور تنازع القوانين وهي التنازع الداخلي

لقوانين الولايات المختلفة⁽³⁴⁾، ومن أهم التطبيقات الفعلية التي جاء بها القضاء الأمريكي هي قضية FMI CORP V VARCO INTERNATIONAL لقد تضمنت هذه القضية عقد عمل يحظر على العامل الإفشاء بالأسرار التي كان هذا العقد يقضي بأنّ في حالة النزاع فإنّ القانون لولاية نيويورك هو الذي يحكم العقد، إلا أنّ الدعوى مع ذلك تم إقامتها على أساس المسؤولية اللاعقدية في ولاية تكساس، حيث حصل الإفشاء بالأسرار للمعرفة الفنية، وهنا قام القاضي الذي نظر الدعوى في ولاية تكساس بتطبيق قانون هذه الولاية الأخيرة بالنظر إلى أنّ الفعل المنثى للضرر قد حصل فيها، ومن ثم فليد كان عليه أن يختار الأساس اللاتعاقدية حتى يتوصل إلى ذلك، أما لو كان قد اختير العقد أساساً للمسؤولية لكان قانون ولاية نيويورك هو الواجب إعماله على الدعوى من حيث الموضوع⁽³⁵⁾.

الفرض الثاني/الذي يمكن أن تقوم فيه دعوى الإخلال بعلاقة الثقة على أساس اللاتعاقدية، يكون في الحالة التي يقوم فيها المتلقي باستخدام أساليب غير مشروعة للحصول على المعرفة الفنية، والواقع أنّ هناك العديد من هذه الأساليب غير المشروعة منها الغش، أو الخداع، أو المنافسة غير المشروعة، وهو ما ينطبق على ما ذكرناه سابقاً تحت دعوى المنافسة غير المشروعة وكذا الشأن بالنسبة للإثراء بلا سبب، ومن أهم التطبيقات التي وردت في هذا الشأن وخاصة في القضاء الأمريكي في قضية galanis-proctor gamble corp في هذه القضية فإنّ السيدة galanis وكانت ربة منزل أرسلت إلى شركة proctor وهي شركة مختصة في صناعة منظفات صناعية تخبرهم فيه عن فكرة معينة لتطوير مسحوق تنظيف الملابس وهي عبارة عن توليفة Combinaison من المسحوق العادي مضافاً إليه مسحوق آخر يسمى blue الذي يجعل اللون الأبيض ناصعاً ويمنعه من الاصفرار، وردّت الشركة بتقديرها لهذه الفكرة وأنها في الماضي حاولت تطبيق أفكار مماثلة ولكن هذه الأفكار غير مجدية عملياً، وبعد وقت قصير ظهر في السوق مسحوق جديد يحمل اسم blue chear وكان بناءً على الفكرة المقدمة من السيدة المذكورة والذي أصاب نجاحاً تجارياً مذهلاً، عندئذ قامت السيدة galanis برفع دعوى ضد الشركة على أساس أنّ هذه الأخيرة أثرت على حسابها مستغلة علاقة الثقة التي نشأت بينهما.

أجابت المحكمة أنه من الصحيح أنّ فكرة هذه السيدة لم تكن مشمولة بحماية براءة الاختراع أو قانون حقوق المؤلف كما هو معروف في أمريكا copy right low، كما أنّه لم يكن هناك أي عقد يربط بينهما وبين الشركة المدعى عليها، كما أنّه من الصحيح أنّ هذه السيدة قد قدمت هذه الفكرة إلى الشركة عن طيب خاطر كما أنّه لا يمكن الاستناد إلى العقد الضمني لعدم وجود أي تعامل سابق بينهما، إلا أنّ العدالة تقضي بالقول بوجود علاقة ثقة بينهما في اللحظة التي نما فيها العلم بسرية الابتكار لدى الشركة المدعى عليها.

إذ ليس من المعقول أن تكون هذه السيدة قد كشفت عن فكرتها للشركة المدعى عليها إلا وفي نيّتها وجوب الحصول على مقابل من وراء تنفيذها عملياً، وبصفة خاصة أنّ هذه الشركة المدعى عليها من الشركات الرائدة في مثل هذه الصناعة وعليه يتعين على الشركة المدعى عليها أن تقوم بتعويض السيدة المدعية وردّ قيمة هذه الفكرة وذلك على أساس فكرة الإثراء بلا سبب⁽³⁶⁾.

خاتمة

لقد تطرقنا بإسهاب لوسائل حماية المعرفة الفنية و ضرورتها درء للمخاطر التي تهددها وأوضحنا أنّ التشريعات المقارنة لم تأت بنصوص صريحة يستند إليها لتقرير هذه الحماية، مما جعلها تتأرجح بين مجموعة من القوانين المختلفة من أجل تأصيل الحماية القانونية اللازمة من الحماية المدنية المؤسسة على المنافسة غير المشروعة و الإثراء بلا سبب و المبنية على المسؤولية التقصيرية والحماية الجنائية و السر الصناعي، رغم كل هذا رأينا أنّ حماية المعرفة الفنية غير كافية وحتى تكون فعالة يجب إسقاط قانون حق المؤلف على المعرفة الفنية باعتبار أنّ حق المؤلف هو الشريعة العامة للملكية الفكرية، وبالنظر إلى مدى انتفاء شروط حماية حق المؤلف في مجال المعرفة الفنية بالرغم من أنّها تشتمل على الطابع الصناعي معلّين الأسباب و الدوافع المتمثلة في إضفاء الحماية الدولية بتطبيق ذلك، إلا أنّه اتضح لنا أنّ أداة الحماية الرئيسية في الوقت الراهن هي المبنية على الأسس النظرية و الفنية لحماية المعرفة الفنية و على رأسها العقد في حالة الحركة بما ينص عليه من شروط و نظرية علاقة الثقة في حالة السكون.

الهوامش:

- (1) انظر فس هذا القاموس، -Littre- عند كلمة السر.
- (2) انظر بالتفصيل: نصيرة بوجمعة سعدي عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، طبعة 1992 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الصفحة 301، حي أظهرت العلاقة بين السر والثقة بالمثال القائل من تبح له بسرك يصبح سيد حريتك.
- (3) انظر: حسام عيسى، - نقل التكنولوجيا. دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية طبعة 1987 دار المستقبل العربي مصر الصفحة -163.
- (4) انظر: أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري علاقة العمل الفردية: ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1992 الصفحة 172.
- (5) انظر: محمد الصغير بعلي تشريع العمل في الجزائر، طبعة الأولى، مطبعة قالمة الجزائر ص 103.
- (6) انظر بالتفصيل: جلال وفاء محمدين: فكرة المعرفة الفنية دراسة في القانون الأمريكي طبعة 1995 دار الجامعة الجديدة مصر الصفحة 104.
- (7) انظر: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق الصفحة 105.
- (8) انظر: محمود الكيلاني: عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية 1995 دار الفكر العربي مصر الصفحة 144.
- (9) Cass soc 17 avril 1958
- (10) انظر محمود الكيلاني. المرجع السابق الصفحة 145.
- (11) انظر بالتفصيل: أحمية سليمان. المرجع السابق الصفحة 173-174.
- (12) انظر محمود جمال الدين زكي: عقد العمل الهيئة المصرية الطبعة الثانية 1982 الصفحة 729.
- (13) محمود الكيلاني. المرجع السابق. الصفحة 145.
- (14) حسام عيسى. المرجع السابق. الصفحة 166.
- (15) انظر: مرسي صلاح الدين محمد: الحماية القانونية لحقوق المؤلف في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتوراه جامعة الجزائر، 1984 الصفحة 329.
- (16) انظر: جلال فاء محمدين: الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة سنة 2001 الصفحة 72.
- (17) انظر: محمود جمال الدين زكي.: المرجع السابق الصفحة 729.
- (18) انظر وقائع القضية منشور: جلال وفاء محمدين فكرة المعرفة الفنية المرجع السابق ص112.
- (19) انظر جلال وفاء محمدين. المرجع السابق. الصفحة 114.
- (20) انظر بالتفصيل:
- (21) انظر في :
- FRANÇAIS MAGNIN – KNOW – HOW ET PROPRIETE INDUSTRIELLE P. 126.
- Mousseron j M savoir faire know how recueil brevets Dinventon GAZ PAL 1977 JANVIER P.3
- (22) انظر جلال وفاء محمدين. المرجع السابق. الصفحة 114.
- (23) انظر جلال وفاء محمدين. المرجع نفسه. الصفحة 117.
- (24) انظر بالتفصيل: نصيرة بوجمعة سعدي. المرجع السابق. الصفحة 302.

(25) جلال وفاء محمددين. المرجع السابق، ص 71.

(26) انظر محمد الكيلاني. المرجع السابق، الصفحة 279.

(27) انظر سميحة القليوبي: التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا مجلة مصر المعاصرة العدد 406 سنة 1989 ص 14.

(28) إن التزام المحافظة على سرية المعلومات التي يحصل عليها أحد الطرفين أثناء المفاوضات قد تحكمه قواعد المسؤولية العقدية إذا كان قد أبرم بين الطرفين عقد يلزم أحدهما بالمحافظة على ما يعلم به من السرية أثناء فترة المفاوضات.

(29) انظر جلال وفاء محمددين. المرجع السابق الصفحة 71.

(30) انظر محسن شقيق، نقل التكنولوجيا في الناحية القانونية، الطبعة الأولى، جامعة القاهرة، مصر 1984 الصفحة 85.

(31) حيث يقول في هذا الشأن André Bouju في المقال الذي قدمه إلى ندوة جامعة مونيخ عام 1975 التعهد الكتابي المسبق ومبلغ الضمان المالي المحدد جزافاً يتعين على المورد التثبيت به للمحافظة على سرية المعلومات التي حصل عليها المتلقي أثناء المفاوضات ويرى البروفيسور Alain Saube أستاذ القانون والعلوم الاقتصادية بجامعة مونيخ بمقالة المنشور ضمن سللة أبحاث الجامعة في ندوتها 1975.

"إن من المناسب إبرام عقد تمهيدي يلتزم به متقاعد المستقبل بالمحافظة على سرية المعلومات التي حصل عليها أثناء المفاوضات.

(32) انظر محسن شقيق المرجع السابق الصفحتين 86.87.

(33) الحكم منشور بأكمله: انظر جلال وفاء محمددين المرجع السابق الصفحة 122.

(34) حسام محمد عيسي. المرجع السابق الصفحة 171-172.

(35) انظر جلال وفاء محمددين. المرجع السابق الصفحة 134.

(36) انظر جلال وفاء محمددين المرجع السابق الصفحة 135.

(37) انظر الحكم منشور: جلال وفاء محمددين المرجع السابق. الصفحة 143.

الحماية القانونية للوثائق الرسمية في إطار قانون حق المؤلف "دراسة مقارنة في الاتفاقيات الدولية وبعض القوانين الداخلية"*

Dr .KESSAL Samia (épouse ZAIDI)
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université Tizi Ouzou 15000 –Algérie.

د. كسال سامية (زوجة زايدى)
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

تنص غالبية التشريعات الوطنية المتعلقة بحقوق المؤلف على أنّ الوثائق الرسمية تخرج من نطاق المصنّفات المشمولة بحماية حق المؤلف، فلا تشمل الحماية، على الأخص، مجموعة النصوص الرسمية ذات الطبيعة التشريعية أو الإدارية أو القضائية، وكذلك الترجمة الرسمية لهذه النصوص، وهذا ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة الثانية من اتفاقية "برن" المتعلقة بحماية المصنّفات الأدبية والفنية.

إنّ الغرض من صدور هذه التشريعات والأحكام القضائية وغيرها من الوثائق الرسمية، هو نشرها على أوسع نطاق وإعلام الجمهور بمحتواها، ومن أجل ذلك يمنع وضع أي قيد يحول دون تطبيق مبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهد القانون".
على الرغم من أنّ اتفاقية "برن" قد أعطت الحرية للدول لتحديد الحماية الممنوحة للوثائق الرسمية، إلا أنّ غالبيتها (من بينها الجزائر) لم تقر بهذه الحماية، لا بنص صريح في تشريعاتها ولا بأحكام قضائية. وأمام هذا الفراغ التشريعي، وفي ظل غياب الاجتهاد القضائي، يثور التساؤل حول النظام القانوني الذي تخضع له هذه الوثائق الرسمية، وعن مدى شمولها بالحماية المقررة بناء على حقوق المؤلف.

الكلمات الدالة:

حقوق المؤلف، الوثائق الرسمية، اتفاقية "برن"، قانون حق المؤلف، المصنّفات الأدبية والفنية.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/02/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/03/13 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

De la protection juridique des actes officiels au regard du droit d'auteur «Etude comparée entre conventions internationales et droits internes »

Résumé:

En matière de droit d'auteur, la plupart des législations nationales excluent de la protection les textes officiels d'ordre législatif, administratif et judiciaire ainsi que les traductions officielles de ces textes, comme l'énonce l'article 2/4 de la convention de « Berne » pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

Cette exclusion vise à laisser des documents tels que les lois, les décisions judiciaires et d'autres types de documents officiels à la disposition de tous, afin de se conformer à la maxime selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ».

En dépit de leur caractère facultatif dans la convention de « Berne », la plupart des pays (tel que l'Algérie) refusent d'accorder une protection à ce type de document, soit par une exclusion législative expresse ou par la jurisprudence. A cet effet, on se demande quelle est le statut des actes officiels au regard du droit d'auteur ?

Mots clés :

Droit d'auteur, les actes officiels, la convention de « Berne », les œuvres littéraires et artistiques.

The legal protection of official documents in the context of copyright law « Comparative study between international conventions and some domestic laws»

Abstract:

in most copyright national laws exclude from protection official texts of a legislative, administrative and judicial texts, and to official translations of such texts, as stated in Article 2/4 of the "Berne" Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

This exclusion is intended to leave documents such as laws, judicial decisions and other official documents available to all in order to comply with the maxim that "no one is supposed to ignore the law."

Despite their optional characteristic in the "Berne" convention, most countries (such as Algeria) refuse to grant protection to this type of document, by explicit legislative exclusion or by case law. For that one wonders what is the status of official acts with regard to copyright?

Keywords:

Copyright law, official documents, the "Berne" Convention, Literary and Artistic Works.

مقدمة

تنص غالبية القوانين المتعلقة بحقوق المؤلف على أنّ الوثائق الرسمية تخرج من نطاق المصنّفات المشمولة بحماية حق المؤلف، ولا يرجع سبب ذلك إلى خصوصية هذا النوع من المصنّفات الذهنية وإنّما يرجع الأمر إلى طبيعة الغرض المرصودة له.

ويقصد بالوثائق الرسمية مجموعة النصوص التشريعية والأحكام القضائية والأنظمة الإدارية وغيرها من الوثائق الرسمية التي تنتجها وتنشرها مختلف مؤسسات الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والتي يكون الغرض من صدورها هو نشرها وإعلام الجمهور بمحتواها. ومن أجل تحقيق هذه الغاية يمنع وضع أي قيد من القيود الناشئة عن الحقوق الأدبية والمالية للمؤلفين لمنع تداول هذه النصوص والأحكام، ذلك لأنّ المبدأ هو "عدم جواز الاعتذار بجهد القانون". أما خارج هذه الأوضاع المحددة فإنّ قواعد الملكية الفكرية والأدبية تُطبّق، وذلك في حالة الشرح والتعليق والتلخيص أو في حالة مجرد الاختيار والترتيب أو أي جهد شخصي آخر يستحق الحماية.

لقد جاء في الفقرة 4 من المادة 2 من اتفاقية "برن" المتعلقة بحماية المصنفات الأدبية والفنية، منذ تعديلها في مؤتمر ستوكهولم سنة 1967 أنّ تشريعات دول الاتحاد تختص: "بتحديد الحماية التي تمنحها للنصوص الرسمية ذات الطبيعة التشريعية أو الإدارية أو القضائية وكذلك الترجمة الرسمية لهذه النصوص".

على الرغم من هذا التعديل المهم لاتفاقية "برن" السالفة الذكر، فإنّ غالبية التشريعات . بما فيها التشريع الجزائري . لم تنص على الحكم الواجب التطبيق على هذه الوثائق الرسمية، وأمام هذا الفراغ التشريعي، وفي ظل غياب الاجتهاد القضائي والفقهي، يثور التساؤل حول النظام القانوني الذي تخضع له الوثائق الرسمية المذكورة سالفا، وعن مدى شمولها بالحماية المقررة بناء على حقوق المؤلف أو عدم شمولها بها.

فالإشكالية المطروحة هي: ما مدى حماية الوثائق الرسمية في إطار قوانين حماية حق المؤلف؟

وللإجابة على هذه الإشكالية علينا التعرض إلى دراسة المواضيع التالية:

- تحديد مفهوم الوثائق الرسمية (أولا)
- مدى جدارة الوثائق الرسمية بالحماية القانونية (ثانيا)

أولا/ مفهوم الوثائق الرسمية:

ما المقصود بالوثائق الرسمية؟ هل هي النصوص الصادرة عن الأجهزة الرسمية للدولة কিفما كانت طبيعتها، أو أنها تقتصر على طائفة معينة من هذه النصوص دون غيرها؟

لم يذكر المشرع الجزائري — على خلاف غالبية التشريعات العربية — مصطلح "الوثائق الرسمية" في الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁽¹⁾، ولا في غيره من التشريعات المتعلقة بحق المؤلف التي سبقت صدوره.

كما أغفل المشرع الفرنسي، عند وضعه التشريع المتعلق بحق المؤلف لسنة 1957 تحديد المقصود بـ "الوثائق الرسمية" وما مصيرها في قانون حق المؤلف. وبذلك يكون المشرع قد ترك للفقه والقضاء حرية تحديد مفهوم الوثائق الرسمية.

1/ التعريف الفقهي للوثائق الرسمية:

قدّم جانب من الفقه الفرنسي تعريفا ضيقا للوثائق الرسمية، فقد عرّفها البعض كما يلي:

" هي الأحكام الأمرة، ذات الطبيعة الجماعية أو الفردية، التي تضعها السّلطة العامة"⁽²⁾

ويرى البعض الآخر بأنّها: "الوثائق التي تعرب الدولة من خلالها عن رغبتها في مواجهة وظائفها التشريعية، التنفيذية والقضائية"⁽³⁾

ويعرّفها البعض الآخر بأنّها: "تلك النصوص التي تسنّ قواعد القانون الوضعي، أو تلك النصوص التي تُبَيّن التفسير الإداري لهذه القواعد، وعلى هذا النحو فإنّها تخضع للنشر الإلزامي"⁽⁴⁾.

كما عرّف جانب آخر من الفقه الفرنسي "الوثائق الرسمية" بأنّها: "كل قاعدة قانونية، أو كل نصّ يوضّح معنى هذه القاعدة القانونية، صادرة عن سلطة مختصة، والتي من أجلها تمّ تنظيم إعلان"⁽⁵⁾

وقد بيّن هذا الجانب الفقهي المعايير التي يمكن من خلالها تحديد مفهوم الوثائق الرسمية وهي:

- معيار شكلي: un critère formel يتمثل في الإعلان عن هذه الوثائق الرسمية.
- معيار مادي: un critère matériel وهي الصفة القانونية لهذه الوثائق.
- معيار عضوي: un critère organique يتمثل في أن أجهزة الدولة هي مصدر هذه الوثائق الرسمية⁽⁶⁾.

ومن هذا التعريف السابق الذكر، فإنّ الوثائق الرسمية تشمل "مجموع التشريعات والنصوص التنظيمية والأعمال التحضيرية والأحكام القضائية، وكل المنشورات التي تسمح بتوضيح معنى النصوص القانونية، وتشمل كذلك الوثائق المنصوص عليها في المادة 9 من تشريع 17 جويليه 1978 المتعلق بحرية الحصول على الوثائق الإدارية، قبل التعديل، وهي: التوجيهات والتعليمات والمنشورات والمفكرات الإدارية والرّدود الإدارية التي تحمل تفسيراً للقانون الوضعي أو تفصيلاً للإجراءات الإدارية"⁽⁷⁾.

إنّ مفهوم "الوثائق الرسمية"، مهما بلغ من الاتساع، فإنّه لا يشمل مطلق النصوص الأدبية والعلمية والفنية التي تضطلع بإصدارها الأجهزة العامة للدولة، أو ما يأخذ حكمها من هيئات ومنظمات دولية، وإنّما ينحصر في تلك النصوص التي يكون تبليغها إلى علم الكافة محققاً لمصلحة الدولة أساساً، ويترتب على هذا التحديد عدم إنكار الحماية على "المطبوعات الحكومية كافة مثل الكتب المدرسية"⁽⁸⁾ من جهة، وعلى بعض الوثائق (التقارير والدراسات) التي يعدّها الموظفون العموميون، في إطار تولّيم لهذه الوظيفة، حيث أنّها مصنّفات محمية والحقوق المالية الناتجة عنها تعود للدولة⁽⁹⁾ من جهة ثانية. وهذا المعنى هو الذي حرص المشرع الفرنسي على تأكيده في تشريع 17 جويليه 1978 المتعلق بحرية الحصول على الوثائق الإدارية السالف الذكر، والذي قيّده في المادة 9 منه، بضرورة مراعاة حقوق الملكية الأدبية والفنية، بعد تعديله سنة 2005⁽¹⁰⁾.

وترتيباً على ذلك، لا يمانع الفقه والقضاء الفرنسيان في الاعتراف بحقوق التأليف على الوثائق الإدارية كلّما تجرّدت عن الصفة التطبيقية للتشريع، كما في حالة الوثائق التي تتعلق فقط بالأعمال الخاصة بالإدارة، كالمذكرات الإدارية Notes de services، وإن

تباينت آراء الشراح في هذه الحالة بشأن ما إذا كان المستفيد من تلك الحقوق هو الموظف الإداري، باعتباره شخصا طبيعيا، أم الإدارة باعتبارها شخصا معنويا⁽¹¹⁾.
 وخلافا لهذه الحالة، فإن اتفاق الفقه والقضاء المذكورين يبدو منعقدا حول إقرار تلك الحقوق لفائدة طائفة محدّدة من الموظفين العموميين، كأساتذة الجامعات بشأن ما يلقونه من دروس ومحاضرات⁽¹²⁾ والقضاة بشأن ما يبدونه من ملاحظات واستنتاجات.

لم يُعرف الفقه العربي المتخصص في قانون حق المؤلف، الوثائق الرسمية، بل ذكر مضمونها فقط، فيرى جانب من الفقه العربي بأن: "الوثائق الرسمية Actes officiels" تتضمن سائر الأعمال الأساسية التي تقوم بها الأجهزة الرسمية للدولة في الميادين التشريعية والتنفيذية والقضائية، كالقوانين والمراسيم والقرارات الإدارية والأحكام القضائية، كما تتضمن الوثائق الفرعية أو الملحقة بها كالأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية والمناقشات العامة وتقارير لجان تقصي الحقائق وغيرها من اللجان البرلمانية أو الحكومية. كما تشمل أيضا نصوص الاتفاقيات الدولية والتوصيات والآراء الاستشارية الصادرة عن المنظمات الدولية والإقليمية، وكذا الترجمات الرسمية لهذه النصوص جميعا ذات الصبغة الوطنية والدولية على حد سواء"⁽¹³⁾.
 2/ التعريف التشريعي للوثائق الرسمية:

بعد دراسة المفهوم الفقهي، نتساءل ما هو مفهوم الوثائق الرسمية الوارد في التشريعات؟ سواء على مستوى الاتفاقيات الدولية أو على مستوى التشريعات الداخلية.

أ/ على المستوى الدولي:

1/ . اتفاقية "برن" "La convention de "Berne"

انعقد مؤتمر بـ"بروكسل" سنة 1948 لمراجعة اتفاقية "برن" المتعلقة بحماية المصنفات الأدبية والفنية. وقد تضمنت المادة الثانية منها في فقرتها الثانية ما يلي:
 "(2) تختص تشريعات دول الاتحاد بتحديد الحماية التي تمنحها للترجمة الرسمية للنصوص الرسمية ذات الطبيعة التشريعية أو الإدارية أو القضائية"⁽¹⁴⁾

إنّ مضمون هذا النص ضيق جداً، لأنّه لا يتعلّق إلا بالترجمة الرسمية للوثائق الرسمية ولا يهتمّ بالوثائق الرسمية الأصلية. فقد جاء هذا النص استثناءً للمادة 8 من اتفاقية "برن" التي تنص على حق الترجمة المطلق باعتباره عنصراً من عناصر الحق الاتفاقي *élément du droit conventionnel*

يجيز هذا النص صراحة للقوانين الوطنية لدول الاتحاد، عدم حماية ترجمة الوثائق الرسمية بموجب قانون حق المؤلف، غير أنّها لم تنص على أي حكم بشأن الوثائق الرسمية بحدّ ذاتها، ومدى إمكانية نسخها، ويرجع سبب ذلك، إلى أنّ حق النسخ *le droit de reproduction* لم يعترف به صراحة آنذاك في اتفاقية "برن"⁽¹⁵⁾.

وما يهّمنا في اتفاقية "بروكسل"، هو أنّها حدّدت موضوع الوثائق الرسمية، والتي تشمل الوثائق الرسمية ذات الطبيعة التشريعية والإدارية والقضائية⁽¹⁶⁾.

انعقد مؤتمر آخرب "ستوكهولم" سنة 1967 وعدّلت بموجبه المادة الثانية من اتفاقية "برن"، وهي المادة نفسها التي تتضمنها وثيقة باريس لسنة 1971، ونصّت الفقرة الرابعة من المادة الثانية من اتفاقية "برن" المعدّلة على ما يلي:

"(4) تختص تشريعات دول الاتحاد بتحديد الحماية التي تمنحها للنصوص الرسمية ذات الطبيعة التشريعية أو الإدارية أو القضائية وكذلك للترجمة الرسمية لهذه النصوص"⁽¹⁷⁾.

فلم يعد هذا النص يتضمن الترجمة الرسمية للوثائق الرسمية، فحسب، بل ينص كذلك على حرية نسخ الوثائق الرسمية بلغتها الأصلية أو ترجمتها للأجانب حتى يتسنى لهم الاعتراف بها، وبذلك يُكرّس هذا المؤتمر لأول مرة حق النسخ أو النشر *le droit de reproduction*⁽¹⁸⁾.

إضافة إلى ما سبق، تمّ الاتفاق في مؤتمر "ستوكهولم" على تحديد مفهوم الوثائق الرسمية ذات الطبيعة الإدارية، فالوفد الممثل للمملكة المتحدة اقترح التوضيح في التقرير المقدم من قبل اللجنة التي تهتم بدراسة المادة الثانية من اتفاقية "برن"، بأنّ العبارة السابقة لا تعطي للتشريعات الوطنية لدول الاتحاد، الحرية في رفض حماية المنشورات الحكومية *publications gouvernementales*، مثلاً المنشورات المدرسية، وبذلك فإنّها لا تعطي مفهومًا واسعاً للوثائق الإدارية⁽¹⁹⁾.

أ/2. الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف:

على الرغم من تعديل اتفاقية "برن" في مؤتمر "ستوكهولم" سنة 1967، مثلما سبق الذكر، فإنّ غالبية القوانين الوطنية التي ظهرت بعده، لم تكن بالاهتمام بالحكم الواجب التطبيق على الوثائق الرسمية. كما أنّها لم تهتم بتحديد مفهومها، بل ذكرت فقط مضمون هذه الوثائق الرسمية. وهذا هو شأن الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف. حيث تنص المادة الثالثة من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف على أنه:

"لا تشمل الحماية المصنفات الآتية:

1 — القوانين والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية وكذلك الترجمة الرسمية لهذه النصوص..."

ب/على المستوى الداخلي:

ب/1. التشريعات العربية:

لقد سبق الذكر بأنّ المشرع الجزائري لم يُعرّف الوثائق الرسمية، ولم يذكر هذا المصطلح أصلاً، غير أنّ المادة 11 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ذكر مضمون هذه الوثائق الرسمية، حيث تنص على ما يلي:

"لا تكفل الحماية المقررة لحقوق المؤلف المنصوص عليها في هذا الأمر للقوانين والتنظيمات والقرارات والعقود الإدارية الصادرة عن مؤسسات الدولة، والجماعات المحلية، وقرارات العدالة، والترجمة الرسمية لهذه النصوص".

وعلى خلاف المشرع الجزائري، فإنّ المشرع المصري ذكر مصطلح "الوثائق الرسمية" وذكر بعض الأمثلة عنها في المادة 141 من القانون المصري رقم (82) لسنة 2002 والخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية⁽²⁰⁾، والتي تنص في فقرتها الثانية على ما يلي:

"...كذلك لا تشمل الحماية ما يلي:

أولاً/الوثائق الرسمية، أي كانت لغتها الأصلية أو اللغة المنقولة إليها، مثل نصوص القوانين، واللوائح، والقرارات، والاتفاقيات الدولية، والأحكام القضائية، وأحكام المحكمين، والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي"

إنّ هذا النص يتطابق تماماً مع نص المادة 3 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الإماراتي رقم 7 لسنة 2002⁽²¹⁾، وكذلك يقترب من حيث المعنى مع نص المادة

7 من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1992 والمادة 4 من قانون حق المؤلف السوري رقم 12 لسنة 2001 المتعلق بحماية حقوق المؤلف⁽²²⁾، والمادة 4 من قانون حماية الملكية الأدبية والفنية اللبناني رقم 75 لسنة 1999⁽²³⁾، والمادة 6 من قانون حق المؤلف العراقي رقم 83 لسنة 2004⁽²⁴⁾ والفصل الثالث من القانون التونسي عدد 36 لسنة 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية المعدل والمتمم⁽²⁵⁾، والمادة 8 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة المغربي لسنة 2000⁽²⁶⁾.

وعلى الرغم من ذكر المشرع المصري بعض الوثائق الرسمية المستبعدة من الحماية، إلا أنّ الفقه المصري يرى أنّ المشرع لم يتوسّع في ذكر هذه المصنّفات، إذ يمكن أن يضاف إلى تلك القائمة المذكورة في المادة 141 السالفة الذكر ما يلي: التقارير والمطبوعات والمنشورات والتعليمات والمقالات والدراسات والكتب وغيرها من المؤلفات التي تصدرها كافة الجهات الرسمية التابعة للحكومة⁽²⁷⁾.

ب/2. التشريع الأمريكي:

يستبعد القانون الأمريكي من الحماية المقررة لحق المؤلف، المصنّفات الحكومية بما في ذلك التقارير والمطبوعات والمنشورات والتعليمات والمقالات والدراسات والكتب وغيرها من المصنّفات التي تصدرها الجهات التابعة للحكومة الأمريكية، وقد عرفت المادة 101 U.S.C. 17 المقصود بمصنّف الجهة الحكومية بأنّه ذلك المصنّف الذي يتم إعداده بمعرفة موظف أو مستخدم يعمل لدى حكومة الولايات المتحدة في إطار واجباته الوظيفية الرسميّة⁽²⁸⁾.

وطبقاً لهذا الحكم فإنّ أعمال الحكومة الأمريكية لا تتمتع بالحماية المقرّرة لحق المؤلف، وبالتالي يجوز للغير أن ينسخها أو يوزعها أو يؤدّيها أو يعرضها علانية دون أن يعدّ معتدياً على حق المؤلف.

ب/3. التشريعات الأوروبية:

نصت صراحة غالبية التشريعات الأوروبية، على خلاف التشريع الفرنسي، على مصير "الوثائق الرسمية"، سواء من أجل استبعادها عن الحماية، أو من أجل تقييدها من بعض حقوق المؤلف. وباستقراء هذه النصوص نجد بأنّه يدخل في مجال هذه الاستثناءات والقيود، النصوص التشريعية بما فيها التشريعات والمراسيم والقرارات

والآراء الرسمية الصادرة عن السلطة التشريعية. ونجد كذلك الوثائق الإدارية المنشورة، وكذلك الأحكام القضائية⁽²⁹⁾.

فقد تضمّنت بعض التشريعات الأوروبية المتعلقة بقانون حق المؤلف، نصوصاً تستثني فيها "الوثائق الرسمية" من الحماية القانونية، وهو حال المادة 9 من التشريع الفنلندي، والمادة 5 من التشريع الايطالي، والمادة 9 من التشريع الدانمركي، والمادة 2/8 من التشريع البلجيكي لسنة 1994⁽³⁰⁾. غير أنّ هذه التشريعات لم تفصل في مضمون "الوثائق الرسمية"، على خلاف بعض التشريعات الأوروبية الأخرى التي ذكرت مضمون "الوثائق الرسمية" التي تستثنى من الحماية، منها المادة 6 من التشريع السويسري الصادر في 9 أكتوبر 1992، والمادة 13 من التشريع الأسباني الصادر في 11 أكتوبر 1987 التي تنص على أنّه ليست محلاً للملكية الفكرية أحكام التشريعات واللوائح، وكذلك مشاريع النصوص المتعلقة بها، وكذلك القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية، الأعمال والاتفاقات ومحاضر التقارير والمناقشات الصادرة عن الهيئات العامة، وكذلك الترجمة الرسمية لها⁽³¹⁾.

أما بعض التشريعات الأوروبية الأخرى فقد قيّدت "الوثائق الرسمية" من حقوق المؤلف، حتى تضمن حرية النشر libre diffusion منها الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الألماني لسنة 1993 التي تنص على حماية الوثائق الإدارية المنشورة حماية محدّدة، بحيث تمنع إجراء أي تغيير عليها عند النشر، وتفرض إظهار مصدرها⁽³²⁾. وفي نفس المعنى نجد المادة 9 من التشريع السويدي المتعلق بحق المؤلف⁽³³⁾.

3/ التعريف القضائي:

لا يوجد في التشريع الفرنسي أي نص مماثل أو مستمد من الفقرة 4 من المادة 2 من اتفاقية "برن"، لذلك لعب الفقه والقضاء الفرنسي دوراً مهمّاً في تحديد مفهوم "الوثائق الرسمية".

يرتكز القضاء لتحديد مفهوم "الوثائق الرسمية" على عدّة معايير منها معيار المصدر، وهو الأجهزة الرسمية للدولة، ومعيار الغاية، وكذلك معيار المجال المخصص لها وهو إعلام الجمهور بمحتوى هذه الوثائق، ومعيار التخصيص الذي يظهر من خلال النشر الذي يتم بطريقة رسمية.

ونتيجة لذلك يعرف القضاء الفرنسي "الوثائق الرسمية" بأنها كل وثيقة يعتبر نشرها ضروريا بالنسبة للسلطة العامة التي تصدرها⁽³⁴⁾، أو كل وثيقة يكون نشرها أو حرية نسخها أو استنساخها يفرض نفسه باعتبارها ذات صبغة قانونية أو تفسيرية⁽³⁵⁾ أو باعتبار أن مصدرها هو أجهزة الدولة⁽³⁶⁾، كما اتفق القضاء على اعتبار التشريعات والمراسيم والأوامر والنصوص التنظيمية والمصادر الأخرى للقانون الوضعي الخاضع للنشر في مجمع رسمي، ووثائق رسمية غير مشمولة بالحماية القانونية لحق المؤلف⁽³⁷⁾.

فقد صدر عن محكمة "سان" في 28 أوت 1862 حكما مهما في هذا الشأن مضمونه: "إنّ مقدم الطلبات ليس مالكا للجريدة الرسمية المتعلقة بالدفاع، حيث أنّ صفتها الرسمية يعني مشاركة الكافة في نشر هذه التشريعات"⁽³⁸⁾.

إنّ النصوص التشريعية التي تم اعتمادها من قبل البرلمان، وكذلك الأعمال التحضيرية الخاصة بها، هي التي تُستثنى من الحماية القانونية، غير أنّ التعليق على هذه النصوص هو محل لحماية حق المؤلف⁽³⁹⁾.

واستنادا إلى المبادئ نفسها رفض القضاء المصري "ادعاء صحفي نسب إلى نفسه رسالة ماجستير من تأليف إحدى الطالبات بمقولة إنّ الرسائل العلمية تعدّ وثائق رسمية لا يحميها قانون حماية حق المؤلف"⁽⁴⁰⁾.

كما أتيح للقضاء المغربي التعرض لمسألة تحديد المقصود بالوثائق الرسمية حينما عرضت عليه قضية حول جريمة التقليد بسبب إصدار مؤلف تحت عنوان "مباريات الدخول إلى كلية الطب وطب الأسنان" وقد علقت محكمة "دار البيضاء" بما يلي:

".... إنّ المحكمة بعد اطلاعها على مؤلف الطرف المشتكي تبين لها بأنّه يتضمن التنصيص على شروط الدخول إلى كلية الطب وطب الأسنان، والتنصيص على مواد الامتحانات التي يمتحن فيها المتبارون كالرياضيات والفيزياء والكيمياء والعلوم الصحيحة، والإشارة إلى بعض الامتحانات التي أجريت في المواد المذكورة بين سنتي 1980-1985 وتقديم الأجوبة عنها، وأن هذه المعلومات هي عمومية، وأصبحت في ملك أي واحد يمكن له نشرها، أو إعداد كتاب بشأنها والتعليق عليها، وليس من ابتكار الطرف المشتكي وإنتاجه الخيالي والإبداعي أو العلمي، بل هي امتحانات أجريت واطلع عليها الخاص والعام...وفي تناول الجميع..."⁽⁴¹⁾.

ثانيا/مدى جدارة الوثائق الرسمية بالحماية القانونية:

من المتفق عليه بين غالبية فقهاء حق المؤلف، أنّ ما يمنع من إضفاء الحماية القانونية على النصوص التشريعية والقضائية والإدارية وما يجري مجراها من الوثائق الرسمية، لا يرتبط بالطبيعة الذاتية لهذه النصوص، وإنّما بالغرض المرصود لها. كما أنّ هذه الوثائق الرسمية لا تخلو من الابتكار والأصالة، وتعبّر حقا عن المجهود الخاص لصاحبها، غير أنّه خدمة للصالح العام، وضمّانا لنشرها على أوسع نطاق، وضمّانا لعلم كافة الناس بمحتواها، كان لا بدّ من منع أي حاجز يحول دون تحقيق ذلك، بما في ذلك منعها من الحماية القانونية لحق المؤلف.

وقد سبق الذكر أنّه لم يرد في التشريع الفرنسي المتعلق بالملكية الفكرية والأدبية، أي نص يستثني الوثائق الرسمية من الحماية القانونية، وهذا ما يجعلنا نتساءل: هل يمكن إدراج الوثائق الرسمية ضمن المصنّفات الأدبية المشمولة بحماية حقوق المؤلف، وإن لم يرد بشأنها نص صريح؟ أو أنّ طبيعتها الذاتية والأغراض المنشودة منها تحتم إدراجها ضمن الاستثناءات غير الصريحة المقررة تقييدا لحقوق المؤلف؟

1/ استثناء الوثائق الرّسمية من الحماية القانونية المقررة للمؤلفات الأدبية والفنية:

لقد نصت غالبية التشريعات، السالفة الذكر، على القيود والاستثناءات التي من شأنها الحدّ على الإطلاق الذي تتّسم به الحقوق الاستثنائية الممنوحة للمؤلفين، ويمكن تصنيف هذه التشريعات إلى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول/اتجاه تشريعي لا يميّز في المعاملة القانونية بين الوثائق الرسمية وغيرها من المصنّفات الأدبية الأخرى.

وأبرز مثال على هذا الاتجاه التشريع الانجليزي المتعلق بحق المؤلف، حيث تنص المادة 163 من تشريع سنة 1988 على امتياز التاج بكل الحقوق – المكرّسة في تشريع 1956 المتعلق بحق المؤلف – على كل مصنّف مبتكر أدبيا كان أو فنيا أو موسيقيا تقوم بابتكاره جلاله الملكة أو إحدى المصالح الإدارية التابعة للتاج، أو يتم وضعه تحت إشرافها أو رقابتها⁽⁴²⁾.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أنّ القضاة هم في الأصل، أصحاب الحقوق على الأحكام القضائية التي يصدرونها، ما لم يوجد نص مخالف في القانون الانجليزي، غير أنه لا يسمح لهم بمعارضة إنتاج ونشر تقارير القرارات التي يصدرونها⁽⁴³⁾. فإذا اعتبرنا القضاة هم مُجرّد موظفين لدى جلاله الملكة، نطبق نص المادة 163 السالفة الذكر، وإذا اعتبرناهم ليسوا موظفين ولا مستخدمين لديها، يتمتعون بحقوق المؤلف بصفة مستقلة على أحكامهم القضائية⁽⁴⁴⁾.

الاتجاه الثاني/اتجاه تشريعي يستبعد صراحة الوثائق الرسمية من الحماية المقررة لحق المؤلف.

إنّ غالبية التشريعات العربية والتشريعات الأوروبية، السالفتي الذكر، تستبعد صراحة الوثائق الرسمية من الحماية القانونية. وكذلك المادة الثالثة من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف، والمادة الثانية من مشروع الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف.

الاتجاه الثالث/حرص الفقه والقضاء على عدم شمول الوثائق الرسمية بالحماية في حالة عدم وجود نص صريح على ذلك.

النموذج الذي يُعبّر خير تعبير عن الاتجاه الثالث هو التشريع الفرنسي الصادر عام 1957 والمعدل عام 1985 والمتضمّن تقنين الملكية الفكرية منذ عام 1992. الذي جاء فارغا من كل نص صريح بشأن الوثائق الرسمية، غير أنّ ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من تقرير عدم جدارة هذه الوثائق الرسمية بالحماية القانونية خدمة للمصلحة العامة. وقد انتهج نهج المشرع الفرنسي التشريع المغربي لسنة 1970 والتشريع التونسي لسنة 1994 وكذلك التشريع الجزائري لسنة 1973 المتعلق بحق المؤلف⁽⁴⁵⁾.

2/أساس استبعاد الوثائق الرّسمية من نطاق الحماية القانونية لحق المؤلف:

إنّ استبعاد الوثائق الرسمية من نطاق الحماية القانونية لحق المؤلف، يعني عدم استئثار صاحبها بحقوق المؤلف الأدبية والمعنوية، على الرغم من أنّها مصنّفات أدبية وفنية مبتكرة، تتضمن الشروط الواردة في المادة الأولى من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف، التي تنص في فقرتها "أ" على ما يلي:

"يتمتع بالحماية مؤلفو المصنّفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيا كانت قيمة هذه المصنّفات أو نوعها أو الغرض من تأليفها أو طريقة التعبير المستعملة فيها". وهذا ما يجعلنا نتساءل عن أساس استبعاد الوثائق الرسمية من نطاق الحماية القانونية لحق المؤلف؟

إنّ المتمعّن في النصوص الرسمية أو من يحتك بها تفسيراً أو تطبيقاً أو إعداداً، لا بد أن يستوقفه المجهود الفكري الضخم الذي يُنفق في سبيل صياغتها صياغة فنية⁽⁴⁶⁾، ومع ذلك فإنّ أغلبية الفقه والقضاء يستقر على أنّ هذه الوثائق الرسمية، وإن كانت جديرة بالحماية القانونية من حيث طبيعتها، إلا أنّه نظراً إلى الأغراض التي ترصد لها، تؤوّل إلى الملك العام، ونتيجة لذلك يكون لكل شخص حق نشر واستنساخ هذه الوثائق الرسمية⁽⁴⁷⁾.

كما اتفق أغلبية الفقه⁽⁴⁸⁾، على أنّ استثناء الوثائق الرسمية من الحماية القانونية للملكية الفكرية والأدبية، لا يرجع أساساً إلى طبيعة هذه المواضيع، بل يرجع إلى الغرض المرصود لها، والتي تفرض منع أي عائق يحول دون نشر هذه الوثائق الرسمية، إذ يرى الفقيه Desbois أنّ احتكار هذه الوثائق الرسمية يتعارض مع الغرض الذي وضعت من أجله أحكامها.

ومن المتفق عليه كذلك أنّ الوثائق الرسمية وضعت لخدمة مصلحة المجتمع، ولا يتحقق ذلك إلا بإعلام جمهور الناس بمحتواها، وضمان حصول كافة الناس على هذه الوثائق الرسمية، حتى يتمكنوا من معرفة حقوقهم وواجباتهم، لذلك لا بد من نشرها على أوسع نطاق، ورفع كل الحواجز التي من شأنها الحيلولة دون اطلاع المواطن على مضامين النصوص الصادرة عن الأجهزة الرسمية، حتى لا يعذر أحد بجهل القانون. وهذا ما يُبرّر حرية نشر هذه الوثائق الرسمية⁽⁴⁹⁾.

إنّ مبدأ "لا عذر بجهل القانون"، مبدأ ثابت في الأنظمة المعاصرة، وقد اتفق أغلبية الفقه على اعتباره مبدأ يفسر عدم حماية الوثائق الرسمية بقانون حق المؤلف⁽⁵⁰⁾ غير أنّ هذا المبدأ لا يفسر عدم حماية بعض الوثائق الرسمية التي ليست قواعد قانونية، كالأحكام القضائية⁽⁵¹⁾، وإنّما ما يُفسر ذلك هو ضمان علم الناس بأحكامها، ذلك لأنّه مثلما قضت به محكمة "بريتور" بروما فإنّ: "الأحكام والقرارات

القضائية ليست ملكا لا للمحاكم المصدرة لها، ولا لأطراف الخصومة الذين كانوا سببا في صدورها، وإنما هي واقعة في متناول الناس جميعا، ما دام أنّ نشرها علنا ضمانا للمتقاضين ووسيلة للتربية والتهديب يتعلم منها سائر المواطنين⁽⁵²⁾."

إضافة إلى أنّ الوظيفة المنوطة بالوثائق الرسمية لا تتحقق إلا بنشرها على أوسع نطاق، فإنّ هذه الأعمال كثيرا ما تصدر عن مؤلفين يتعذر تحديد هويتهم، وفي حال إمكان التعرف على واضعها، تغدو مكافأتهم أكثر يسرا عن طريق اللجوء إلى بعض الوسائل الأخرى⁽⁵³⁾.

3/ الحالات التي تكون فيها الوثائق الرسمية موضوعا للحماية القانونية:

يرى أغلبية الفقه الفرنسي أنّ الوثائق الرسمية تتوفر على خاصية الابتكار الفكري، ويمكن بذلك إدراجها ضمن المصنّفات الأدبية المذكورة في نص المادة 1-112.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي⁽⁵⁴⁾. وهذه المصنّفات من المرجح أن تستفيد من حقوق المؤلف بمجرد أنّها تكتسي بصمة الابتكار أو الأصالة⁽⁵⁵⁾ L'originalité.

يتضح مما سبق أنّ ما يخرج عن نطاق الحماية القانونية، بناء على الأسباب المشار إليها سابقا، هو مضمون الوثائق الرسمية *Teneur intrinsèque*، وليس ما قد ينصب عليها أو ما يصاحبها من أعمال تعبّر عن مجهود خاص لمؤلفها، كالمجهود المبذول فيها لشرح الوثائق المذكورة والتعليق عليها وتلخيص محتواها، وبغض النظر عن الشكل الذي يتخذه المجهود الفكري في هذا الشأن⁽⁵⁶⁾، فإنّ أعمالا من هذا القبيل تصبح جديرة بالحماية القانونية طبقا للفقرة الخامسة من المادة الثانية من اتفاقية "برن"⁽⁵⁷⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ التشريعات الوطنية أو نصوص الاتفاقيات الدولية التي تخص المصنّفات المشمولة بالحماية القانونية، قد وردت هذه المصنّفات على سبيل المثال وليس الحصر. والدليل على ذلك استعمال المشرع الجزائري في المادة 4 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة عبارة: "تعتبر على الخصوص كمصنّفات أدبية أو فنية محمية ما يأتي...."

وكذلك استعمال المشرع المصري في المادة 140 من القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية عبارة: " تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنّفاتهم الأدبية والفنية، وبوجه خاص المصنّفات الآتية..."

وبما أنّ غالبية التشريعات في تعدادها للمصنفات المشمولة بالحماية القانونية، قد ذكرتها على سبيل المثال وليس الحصر، يمكن القول إنّه ليس ثمة ما يمنع من تمتّع الوثائق الرسمية بتلك الحماية، إذا توافرت فيها شروط معينة.

ونتيجة لذلك فإنّ من يقوم بجمع الوثائق الرسمية مثل نصوص القوانين واللوائح والقرارات والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية وأحكام المحكّمين والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، ورافق هذا الجمع الابتكار في الترتيب والعرض أو بأي مجهود شخصي جدير بالحماية، فإنّ أعمالا من هذا القبيل تصبح جديرة بالحماية القانونية لحق المؤلف. لذلك إذا قام شخص بترتيب مجموعة من الأحكام على أساس تاريخ صدورها، أو على أساس المبادئ التي قررتها هذه الأحكام، واستند في ذلك إلى تجميعه من القوانين، فهنا نكون أمام مصنّف أصلي وليس مصنّف مشتق، وذلك على أساس أنّ المصنّف الذي اعتمد على تجميعه القوانين لم يُعتمد، ويرتكز على مصنّف أصلي⁽⁵⁸⁾.

إنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي، قد سار على الاعتراف بحق المؤلف على المصنّفات التي تُعدّ تلخيصا أو تعليقا للقرارات القضائية، ولعلّ أهم مثال على هذا الاجتهاد، الحكم الصادر عن محكمة باريس في 5 أوت 1884 حيث قضت المحكمة . عند جوابها عن الدفع الذي قدّمه المدعى عليه بعدم قبول الدعوى المقامة ضده بحجة أنّ التعليقات الفقهية لا تعدو أن تكون تلخيصا للقرارات القضائية الآيلة أصلا إلى الملك العام، ليست من قبيل الأعمال المشمولة بحماية قانون حق المؤلف الصادر في 1793 . بما يلي:

" إنّ مثل هذا الطرح المشوب بالعمومية والإطلاق لا يسوغ الأخذ به، وإنّّه إذا كان ثمة تعليقات لا تؤدي المعنى الصحيح للأحكام القضائية، إلا من خلال إفراغها في صيغ وعبارات تفرض نفسها بالنسبة للجميع، مما يجعلها بالتالي غير مملوكة لأحد، فإنّ الثابت في الأغلب الأعم من الحالات أنّ التعليق يرتب إنجازا بالقيام بعمل ذهني ينشأ عنه خلق شخصي موسوم بالابتكار، مما يبرر تخويل مؤلفه حق الملكية على هذا الخلق⁽⁵⁹⁾"

كما سارت محكمة "السين" في حكم لها بتاريخ 7 ماي 1896 في الاتجاه نفسه قائلة بوجه خاص: "لئن كانت الأحكام القضائية ممّا تؤول ملكيتها إلى الملك العام، فإنّ الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للملخصات المرفقة بها، أخذاً بالاعتبار ما يقتضيه إعدادها وتحريرها من عمل ذهني يؤدي إلى خلق مصنّفات شخصية ومبتكرة، وأنّ هذا ما يصدق . من باب أولى . على البحوث والتعليقات والملاحظات، التي لا بد لإنجازها من إجراء دراسة خاصة للقضية فضلاً عن التعمّق في البحث الفقهي والقضائي"⁽⁶⁰⁾.

لقد تصدّت لهذا الموضوع صراحة بعض القوانين العربية، كالقانونين الأردني والعراقي، حيث تنص المادة 7 من قانون حماية حق المؤلف الأردني لسنة 1992 على ما يلي:

"لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنّفات التالية إلا إذا تميزت مجموعات هذه المصنّفات بجهد شخصي ينطوي على الابتكار أو الترتيب:
أ. القوانين والأنظمة والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية والاتفاقيات الدولية وسائر الوثائق الرسمية والترجمات الرسمية لهذه المصنّفات أو لأي جزء منها..."
كما تنص المادة 6 من القانون العراقي المتعلق بحق المؤلف لسنة 2004، على ما يلي:

يتمتع ما يلي بالحماية طالما كان متميزاً بطابع الأصالة أو الترتيب أو الاختيار أو أي مجهود شخصي آخر يستحق الحماية:
3/ مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والأنظمة والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية..."

خاتمة

من المستقر عليه في غالبية التشريعات أنّ "الوثائق الرسمية" تخرج من نطاق الحماية القانونية لحق المؤلف، وهذا المبدأ العام لا يجد أساسه في خصوصية النوع الذي تنتمي إليه هذه المصنّفات الفكرية، وإنّما في طبيعة الأغراض التي تُرصد لها، وهو خدمة النفع العام. ويقتضي ذلك منع أي قيد من القيود الناشئة عن الحقوق الأدبية والفكرية للمؤلفين، يحول دون إعلام الجمهور بمحتوى هذه الوثائق الرسمية وحرية نشرها واستنساخها، وإشاعتها على أوسع نطاق.

إنّ من يقوم بجمع ونشر الوثائق الرسمية مثل نصوص القوانين والمراسيم والوائح والتنظيمات والقرارات الإدارية، وكذلك الاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وغيرها من الوثائق الرسمية، لا يُعدّ مؤلفاً لمصنّف ما دام خلا هذا الجمع من الابتكار في الترتيب والعرض والاختيار أو بأي مجهود شخصي آخر جدير بالحماية، ذلك لأنّ الوثائق الرسمية لا تُعدّ مصنفاً يستحق الحماية القانونية، طالما أنّ الغرض المرصودة له، هو خدمة الصالح العام، وإعلام كافة الناس بمضمونها وضمان العلم بها، ولا يتحقق ذلك إلا بنشرها على أوسع نطاق، ومنع أي قيد يحول دون حرية نسخها ونشرها.

وبناء على ما سبق رأينا إبداء الملاحظات التالية بالنسبة للمشروع الجزائري:

- لم يُعرّف المشروع الجزائري "الوثائق الرسمية"، بل لم يذكر هذا المصطلح أصلاً في الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وفي القوانين السابقة له.
- إنّ مضمون "الوثائق الرسمية" وارد في نص المادة 11 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وهي: القوانين والتنظيمات والقرارات والعقود الإدارية، وقرارات العدالة. وقد أغفل المشروع ذكر الاتفاقيات الدولية، وسائر الوثائق الرسمية الأخرى.
- إنّ عدم ذكر عبارة "الوثائق الرسمية" وكذلك عبارة "سائر الوثائق الرسمية الأخرى"، على خلاف بعض التشريعات الأوروبية والتشريعات العربية السالفة الذكر، يؤدي إلى إعطاء مفهوم ضيق جداً للوثائق الرسمية غير المشمولة بالحماية القانونية.
- لم يهتم المشروع الجزائري بالحالات التي قد تكون فيها الوثائق الرسمية موضوعاً للحماية القانونية، كالحالات التي تتميز فيها هذه المصنّفات بالابتكار والأصالة والترتيب والاختيار، أو أي جهد شخصي آخر يستحق الحماية.
- ونتيجة لما سبق، نرى أنّه لا بدّ من إعادة صياغة نص المادة 11 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حتى ينتهج المشروع الجزائري نهج التشريعات العربية الأخرى والتشريعات الغربية في هذا المجال. ونقترح أن تكون الصياغة الجديدة كالآتي:

"لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التالية إلا إذا تميّزت
بجهد شخصي ينطوي على الابتكار أو الترتيب أو الاختيار أو أي جهد شخصي آخر
يستحق الحماية:

- الوثائق الرسمية كالتشريعات والأوامر والمراسيم والتنظيمات والأحكام القضائية
والقرارات الإدارية والاتفاقيات الدولية وسائر الوثائق الرسمية الأخرى والترجمات
الرسمية لها."

الهوامش:

(1) جريدة رسمية عدد 44 صادر بتاريخ 23 جويلية 2003، ص 3، انظر كذلك: قانون رقم 03-17 مؤرخ في 4 نوفمبر
2003 يتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة،
جريدة رسمية عدد 67 الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 2003.

(2) "Les dispositions impératives, de caractère collectif ou individuel, prises par les pouvoirs publics". Voir:
DESBOIS (H), Le droit d'auteur en France, Dalloz, 3^{ème} édition, Paris, 1978, n°40, p.58.

(3) " Les actes par lesquels l'Etat exprime sa volonté afin de faire face à ses fonctions législatives, exécutives
et judiciaires". Voir: Del Bianco.(E), Le droit d'auteur et ses limites, Thèse de doctorat, Lausanne, 1951,
p.133.

(4) "Tous les textes qui édictent des normes de droit positif ou qui font connaître l'interprétation
administrative de ces normes et qui, à ce titre, font l'objet d'une publication obligatoire".

Voir: KEREVER. (A), "Le droit d'auteur français et l'Etat", Revue internationale du droit d'auteur (RIDA),
oct. 1981, n°110, p.129. qui précise ailleurs qu'il "est évident que les lois, décrets et textes réglementaire qui
édicte des normes juridiques, et qui pour ce motif doivent être publiés dans les recueils officiels ne peuvent
faire l'objet d'aucune protection"

... (Ibid, p.47). Cité par: CARRE Stéphanie, "L'intérêt public en droit d'auteur", Thèse de doctorat, université
Montpellier, 2004, n° 167, p.129

Disponible sur : [http://130.79.225.47/pdf/Centre Recherche/ These-carre-tome-1-pdf](http://130.79.225.47/pdf/Centre_Recherche/These-carre-tome-1-pdf).

(5) "L'acte officiel" pourrait être défini comme toute norme juridique ou tout texte en éclairant le sens et
émanant d'une autorité et pour laquelle est organisée une publicité"

Voir: CARRE Stéphanie, Ibid., n°165, p.127.

(6) Ibid.

(7) L'article 9 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations
entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social, fiscal. Titre 1^{er} : De la
liberté d'accès aux documents administratifs qui dispose que: "Font l'objet d'une publication régulière:

1 – Les directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation
du droit positif ou une description des procédures administratives.

2- La signalisation des documents administratifs"

(8) "ويبو"، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اتفاقية "برن"، وثيقة باريس المؤرخة في 24 جويلية (يوليه/تموز)

1971، والمعدلة في 28 سبتمبر/أيلول 1979، نص رسمي باللغة العربية. ص53.

راجع كذلك المادة 33 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

(9) BERTRAND André, Le droit d'auteur et les droits voisins, 2^{ème} édition, Dalloz, Delta, Paris, 1999., n°
5.313, p.235.

(10) L'article 9 de la Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre
l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. modifié par Ordonnance
n°2005-650 du 6 juin 2005 – (art. 9 JORF 7 juin 2005) dispose que:

" Les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique".
(11) FRANÇON André, " Le modèle Français, les pays continentaux, et la convention de Berne", La revue juridique Thémis, les éditions Thémis, faculté de droit, université de Montréal, Québec, 1996, p.198 et p.199. Disponible sur: <http://www.editionsthemis.com>

(12) "فقد صدر قرار بإدانة مدير مجلة "La règle du jeu" بسبب نشره بعض الدروس التي ألفها في "Collège de France" الناقد الشهير R.BARTHES وذلك بغير الحصول على إذن من ورثة المؤلف.
Arrêt du T.G.I. Paris 20 nov. 1991, R.I.D.A., n°151, pp.340 et s. note de KEREVER
نقلا عن: عبد الحفيظ بلقاضي، "الوثائق الرسمية ومدى جدارتها بالحماية القانونية المقررة بناء على حق المؤلف، دراسة في القانون المقارن"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ديسمبر 2002، هامش (2)، ص 112.

(13) عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع نفسه، ص 111.

(14) " Il est toutefois réservé aux pays de l'Union de déterminer la protection à accorder aux traductions des textes officiels d'ordre législatif, administratif et judiciaire".

Article 2 de la convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914, à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 20 juin 1948.

(15) FRANÇON André, op.cit., p.194.

(16) عند وضع برنامج مؤتمر "بروكسل"، تم الاتفاق بين الأعضاء على أن دول الاتحاد، يمكنها حل مسألة ترجمة "التشريعات، المراسيم والقرارات، وغيرها من الوثائق الرسمية"، فهي مصطلحات محددة وواضحة، غير أن هناك فريق فرنسي بدّل هذه المصطلحات بالعبارة التالية: "وثائق رسمية ذات طبيعة تشريعية، إدارية وقضائية" وهي العبارات التي تم تبنيها في هذه الاتفاقية.

Voir : FRANÇON André, op.cit., p.195.

(17) " Il est réservé aux législations des pays de l'Union de déterminer la protection à accorder aux textes d'ordre législatif, administratif ou judiciaire, ainsi qu'aux traductions officielles de ces textes"

Article 2 de la convention de Berne complétée à Stockholm le 14 juillet 1967, à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 24 septembre 1979.

راجع المنظمة العالمية للملكية الفكرية "ويبو"، اتفاقية "برن"، وثيقة باريس المؤرخة في 24 جويليه (يوليه/تموز) 1971، والمعدلة في 28 سبتمبر/أيلول 1979، نص رسمي باللغة العربية.

(18) يختلف مؤتمر "ستوكهولم" عن مؤتمر "بروكسل"، لأن هذا الأخير نص على حق ترجمة الوثائق الرسمية، سواء كانت ترجمة رسمية أو ترجمة غير رسمية أي خاصة للترجمات الرسمية والترجمات الخاصة في حين عند مراجعة اتفاقية "برن" في مؤتمر "ستوكهولم" سنة 1967 تم تعديل المادة الثانية منها التي أصبحت تقضي بحرية التشريعات الوطنية في الترجمة الرسمية فقط للوثائق الرسمية دون الترجمة الخاصة التي تبقى محمية بقانون حق المؤلف.

Voir :FRANÇON André, Ibid., p.196.

(19) FRANÇON André, Ibid., p.196; CARRE Stéphanie, op.cit., n°161, p.124.

(20) قانون رقم (82) لسنة 2002 خاص بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، الجريدة الرسمية عدد 22 (مكرر) في 2 يونيو 2002، المصدر:

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=182881

تاريخ الزيارة: 15 مارس 2015.

(21) يتطابق هذا النص مع نص المادة 3 من قانون اتحادي رقم (7) لسنة 2002 م في شأن حقوق المؤلف والحقوق

المجاورة في دولة الإمارات العربية المتحدة. راجع هذا القانون في الموقع التالي

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=224730

تاريخ الزيارة: 15 مارس 2015.

(22) قانون حماية حق المؤلف رقم (22) لسنة 1992 الصادر في الجريدة الرسمية رقم (3821) بتاريخ 16-04-1992 م ، حيث تنص المادة 7 منه على ما يلي: "لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التالية إلا إذا تميزت مجموعات هذه المصنفات بجهد شخصي ينطوي على الابتكار أو الترتيب:
أ – القوانين والأنظمة والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية والاتفاقيات الدولية وسائر الوثائق الرسمية والترجمات الرسمية لهذه المصنفات أو لأي جزء منها..."

المصدر: http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=339496

تاريخ الزيارة: 15 مارس 2015.

قانون رقم 12 لسنة 2001 المتعلق بحماية حقوق المؤلفين، أقره مجلس الشعب السوري في الجلسة المنعقدة في 19/02/2001 حيث تنص المادة 4 من هذا القانون على ما يلي: "يستثنى من الحماية:
أ مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم والأنظمة والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية وسائر الوثائق الرسمية وكذلك الترجمات الرسمية لها.."

المصدر: <http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?t=4702>

تاريخ الزيارة 15 مارس 2015

(23) قانون رقم 75 مؤرخ في 03/04/1999 يتعلق بحماية الملكية الأدبية والفنية جريدة رسمية عدد 18 صادر بتاريخ 13/04/1999 حيث تنص المادة 4 منه على ما يلي: "لا تشمل الحماية الممنوحة بموجب هذا القانون:....
. القوانين والمراسيم الاشتراعية والمراسيم والقرارات الصادرة عن كافة سلطات وأجهزة الدولة وترجماتها الرسمية .
الأحكام القضائية بكافة أنواعها وترجماتها الرسمية"

المصدر: http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=180073

تاريخ الزيارة: 15 مارس 2015

(24) قانون حق المؤلف العراقي رقم (83) لسنة 2004 حيث تنص المادة 6 من هذا القانون على ما يلي: "يتمتع ما يلي بالحماية طالما كان متميزا بطابع الأصالة أو الترتيب أو الاختيار أو أي مجهود شخصي آخر يستحق الحماية:3
. مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والأنظمة والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية..."

المصدر: http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=238234

تاريخ الزيارة: 15 مارس 2015

(25) الفصل الثالث من القانون التونسي عدد 36 لسنة 1994 مؤرخ في 24 فيفري 1994 يتعلق بالملكية الأدبية والفنية (كما تم تنقيحه بالقانون عدد 33 مؤرخ في 23 جوان 2009) ينص على ما يلي: "تشمل الحماية الممنوحة بموجب حق المؤلف أوجه التعبير، ولا تشمل:.....النصوص الرسمية ذات الصبغة التشريعية أو الإدارية أو القضائية وترجمتها الرسمية...."

المصدر: http://ar.wikisource.org/wiki/قانون_عدد_36_لسنة_1994_مؤرخ_في_24_فيفري_1994_يتعلق_بالملكية_الأدبية_والفنية_كما_تم_تنقيحه_بالقانون_عدد_33_لسنة_2009

دبية والفنية (كما تم تنقيحه بالقانون عدد 33 لسنة 2009

تاريخ الزيارة: 15 مارس 2015

(26) ظهير شريف رقم 1.00.20 صادر في 15 فبراير 2000 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث تنص المادة 8 من هذا القانون على ما يلي: لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون ما يلي:

أ. النصوص الرسمية ذات الطابع التشريعي أو الإداري أو القضائي وكذا ترجمتها الرسمية..."

المصدر: http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=182643

تاريخ الزيارة: 15 مارس 2015

(27) حسن عبد المنعم البدرابي، حسام الدين عبد الغني الصغير، " حق المؤلف في القانون المصري، دراسة تحليلية من المنظور التنموي"، مكتبة الإسكندرية، 2008، ص 11.

المصدر: www.bibalex.org/a2k/attachments/references/reffileabuput55g4kzfh55mzm45feh.pdf

تاريخ الزيارة: 15 مارس 2015

(28) Article 17 U.S.C. . 105(1988)

نقلا عن: حسن عبد المنعم البدرابي، حسام الدين عبد الغني الصغير، المرجع السابق، هامش (1) ص 12.

(29) CARRE Stéphanie, op.cit., n°162, p.124

(30) L'article 8 paragraphe 2 de la loi belge du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur (modifiée le 22 mai 2005) dispose que: " Les actes officiels de l'autorité ne donnent pas lieu au droit d'auteur".

Une formule sommaire du même type se trouve dans l'article 5 de la loi Italienne, dans l'article 9 de la loi finlandaise, dans l'article 7/1 de la loi autrichienne, dans l'article 9 de la loi danoise.

FRANÇON André, op.cit., p.200.

(31) L'article 13 de la loi Espagnole sur le droit d'auteur du 11 novembre 1987 (modifiée le 7 juillet 2006) dispose que:

"Ne sont pas objet de propriété intellectuelle les dispositions des lois et des règlements et les projets de textes correspondant, les décisions des organes juridictionnels et les actes, accords, comptes-rendus de débats et rapports des organismes publics, ainsi que les traductions officiels de tous les textes précités".

(32) CARRE Stéphanie, op.cit., note(5) p.124.

(33) FRANÇON André, op.cit., p.201.

(34) Paris, 1^{er} avril 1867, Ann. Prop. Ind. 1867. 109.

(35) T.G.I. Paris, 25 octobre 1995. RIDA. janvier 1996, n°167, p.295, obs. A. KEREVER.;

(36) CARRE Stéphanie, op.cit., n°165, p.127.

(37) Paris, 4 juillet 1863, Ann. Prop. Ind., 1864.p.295.;Trib.Civ. de la seine, 28 août 1862. Ann. 1864. p.295.

(38) ("Le demandeur ne saurait être propriétaire du journal officiel militaire dont le caractère officiel implique virtuellement la participation de tous à la publication des lois qui y sont contenues". Trib. Civ.. Seine, 28 août 1862 .Ann. 1864 .295 .

Cité par: FRANÇON André, op.cit., p.198.

(39) Trib. Civ.. Seine, 7 mai 1896. Ann. 1898 .44 .

Cité par: FRANÇON André, Ibid.

(40) محمد حسام لطفي، مضمون الحماية القانونية لحق المؤلف مع التطبيقات القضائية، بحث منشور في كتاب:

حقوق المؤلف في الوطن العربي بين التشريع والتطبيق، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، 1996، ص 244. نقلا عن: عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، هامش (1)، ص 114.

(41) قرار جنعي عدد 1/535 بتاريخ 1993/01/26 ملف عدد 89/1344 (غير منشور).

نقلا عن: عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع نفسه، هامش (1)، ص 115.

وقد انتقد الأستاذ "بلقاضي" هذا القرار وعلق عليه كما يلي: " ليس من شك أنّ مؤلف المشتكي في الحالة المعروضة إنما يُعدّ - بالنسبة إلى الجزء الخاص بموضوعات الامتحانات - أيلا إلى الملك العام بمجرد اكتمال وضعه، إلا أنّ

التعليل الصحيح لرفض إسباغ الحماية المقررة بناء على الملكية الأدبية والفنية لا يقوم - كما زعمت المحكمة - على أساس تجرد الإنتاج الذهني عن خاصية الابتكار، وإنما على أساس كونه جزءا داخلا في عداد الوثائق الرسمية". وتجدر الإشارة إلى أنَّ اعتبارات من هذا القبيل هي التي رَجَّحتُها محكمة باريس حينما قضت برفض منح حماية حق المؤلف في نزاع يكاد يكون مماثلا للنزاع المعروض على محكمة البيضاء الابتدائية.

Paris 13 juin 1991, D.1992. Sommaires Commentés, p.12, obs C. Colombet.

⁽⁴²⁾ L'article 163 (1) de la loi de 1988 (Le Copyright act de 1988) prévoit que: "Lorsqu'une œuvre est créée par sa Majesté ou par un fonctionnaire ou un employé (officer or servant) de la couronne dans le cadre de ses fonctions, Sa Majesté est le premier titulaire de tout droit d'auteur sur l'œuvre..." .

L'article 163(2) prévoit que: "Les œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques, si elles sont originales (...) sont des "œuvres" au sens de l'article 163(1)".

En vertu de l'article 164(1) Sa majesté est titulaire du droit d'auteur sur chaque loi du parlement.

J-ADRIAN et L- STERLING, " Le droit d'auteur reconnu à la couronne au Royaume-Uni et les autres pays du Commonwealth", La revue juridique Thémis, les éditions Thémis, faculté de droit, université de Montréal, Québec, 1996, p.212-p.213.

Disponible sur : <http://www.editionsthemis.com>

⁽⁴³⁾ CARRE Stéphanie, op.cit., note(5), p.125.

⁽⁴⁴⁾ J-ADRIAN et L- STERLING, op.cit., p. p.219-220.

⁽⁴⁵⁾ الأمر رقم 14-73 المؤرخ في 03 أفريل 1973 المتعلق بحق المؤلف، جريدة رسمية عدد 29 صادر بتاريخ 10 أفريل 1973، ص 434. والقانون التونسي رقم 36- 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية، والظهير المغربي رقم 1-69-135 لسنة 1970 الصادر في 29 يوليوز 1970 بشأن حماية المؤلفات الأدبية والفنية. عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، ص 117.

⁽⁴⁷⁾ BERTRAND André, op.cit., n°5.313, p.235; CARRE Stéphanie, op.cit., n°170, p.132.

Voir la cour d'appel de Rouen qui affirme que: "Attendu que s'il est de principe incontestable que les lois, ordonnances, arrêtés, circulaires ministérielles et même les correspondances administratives tombent dans le domaine public, et peuvent, à ce titre, être publiées par tous(...)" (Rouen, 25 octobre 1842, D P 1843, 2,82).

Voir aussi : La cour de Paris 4 juillet 1863 Ann.Prop.Ind.1864, p.295;

Cité par: CARRE Stéphanie, Ibid., note(3), p.123, et note(4), p131.

" On chercherait vainement dans l'énumération de l'article L112-2 les actes officiels, Il parait hors de doute que cette omission a été volontaire de la part du législateur, la destination d'un acte officiel, particulièrement publié, étant précisément de tomber dans le domaine public, quiconque a donc le droit de reproduire un acte officiel..." (T. corr. Paris 10 ch. 17 janv. 1968. Gaz. Pal. 1968 J. 197.).

Cité par: BERTRAND André, Ibid., note (3), p.235;

⁽⁴⁸⁾ DESBOIS, op.cit. n°36, p.54, n°40, p.58; Eric Del BIANCO, op.cit., p.133; J. RAYNARD, Droit d'auteur et conflit de loi, essai sur la nature juridique du droit d'auteur, Litec, 1990, n°73, p.70; H.WISRAN, Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres, 2^{ème} édition Montchrestien, 1968, p.69.

Cité par: CARRE Stéphanie, op.cit., note(3), p.134.

⁽⁴⁹⁾ CARRE Stéphanie, Op.cit., n°173, p.134

⁽⁵⁰⁾ COLOMBET, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999, n°40, p36 ; Eric Del BIANCO, op.cit., p. 33; H.WISRAN, op.cit, p.69; J. RAYNARD, op.cit, n°73, p.70.

Cité par: CARRE Stéphanie, Ibid, note(1), p.135.

انظر كذلك: عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، ص 119.

⁽⁵¹⁾ CARRE Stéphanie, Ibid., n°175, p.136

⁽⁵²⁾ قرار محكمة "بريتور" روما في حكمها الصادر في 19 أفريل 1989

نقلا عن: عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع نفسه، هامش (1)، ص 120.

⁽⁵³⁾ عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع نفسه، ص 119.

(54)- L'article L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle Français dispose que: « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression , le mérite ou la destination”.

(55)- COLOMBET, op.cit., n°39, p.36; DESBOIS, op.cit., n°36, p.50, n°40, p.58.; P.Y. GAUTIER, Propriété littéraire et artistique, 4^{ème} édition, PUF, Paris, 2001, n°51, p.84.; J. RAYNARD, op.cit., n°73, p.70; H.WISRAND, op.cit., p.69; Eric Del BIANCO, op.cit., p.33.

Cité par: CARRE Stéphanie, op.cit., note(2), p.131.

(56) عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، ص 123.

(57) تنص الفقرة الخامسة من المادة 2 من اتفاقية "برن" السالفة الذكر على ما يلي: "تتمتع مجموعات المصنفات

الأدبية أو الفنية لدوائر المعارف والمختارات الأدبية التي تعتبر ابتكارا فكريا، بسبب اختيار وترتيب محتوياتها، بالحماية

بهذه الصفة وذلك دون المساس بحقوق المؤلفين فيما يختص بكل مصنف يشكل جزءا من هذه المجموعات".

(58) محمد أمين الرومي، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص ص 49.50.

(59) Paris 5 août 1884, Ann. Prop. Ind. Art et Litt..., 1884, p.304.

(60) نقلا عن: عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، ص 124

(61) Trib. Civ. Seine, 7 mai 1896, Ann. 1898, p.44

نقلا عن : عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع نفسه، ص 125.

الرقابة القضائية على امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة: عن الولاية والوصاية*

Dr. NEDJOURMENE Née GUENDOUZ Sana
Département des enseignements de base en droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia – Algérie.

د. نجومن "م" فندوز سناء
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تعتبر كلا من الولاية والوصاية من أهم الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة، لذا ضبط المشرع ممارستها بمجموعة من الشروط وأخضع هذه الممارسة لرقابة القاضي، الذي يملك سلطة تقديرية واسعة لحماية القاصر من تصرفات الولي أو الوصي الضارة بمصالحه، حيث يتدخل القاضي للتأكد من مدى توافر شروط الممارسة ومنح الإذن في حالات معينة للقيام ببعض التصرفات القانونية التي قد تضر بمصلحة القاصر، وإذا ثبت للقاضي تعارض مصالح كل من الولي والوصي مع مصالح القاصر أسقط النيابة عنه، كما يمكن الحكم عليه بالتعويض إذا نتج عن أفعال النائب ضرر للقاصر، وذلك دون الإخلال بالعقوبات الجزائية التي قد يتعرض لها إذا ثبت أن أفعاله تلك تكون جريمة.

الكلمات الدالة:

الولاية، الوصاية، النيابة الشرعية، القاصر، الحماية القضائية للقاصر.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/04/18 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/24 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Le contrôle judiciaire sur les droits non financiers dans les affaires de famille : la tutelle et la tutelle testamentaire

Résumé :

La tutelle et la tutelle testamentaire sont les droits non financiers les plus importants dans les affaires de famille, dont le législateur a exigé une gamme de conditions et soumis de tels actes au contrôle du juge qui dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour protéger les mineurs contre les actions néfastes du tuteur. Le juge intervient pour assurer de la disponibilité des conditions pratiques et octroi l'autorisation dans certains cas, et il peut procéder à la cession de l'administration du tuteur s'il constate un conflit entre les intérêts du tuteur et celles du mineur, comme il peut se statuer sur l'indemnisation si le résultat des actions de représentant ont entraîné des dommages au mineur, en plus des sanctions pénales si ces actions forme un crime.

Mots clés:

La tutelle, la tutelle testamentaire, la représentation légale, le mineur, la protection judiciaire du mineur.

Judicial control over the franchise rights of non-financial issues in the affairs of the family : to the guardianship and testamentary guardianship

Abstract:

Testamentary guardianship and trusteeship are the most important rights of non-financial issues in family matters which Parliament has demanded a range of conditions and subject this practice to judicial review , which has a wide discretion to protect minors against the detrimental actions of the guardian, the judge intervened to ensure the availability of their conditions and the granting of authorization in some cases and if it is proved to the judge a conflict between the interests of the guardian and those of minor stops the tutor's administration as he can judge for compensation if the result of the trained representative actions for damages to the minor, without prejudiced criminal penalties that could be incurred if it is proved that these actions form a crime.

Keywords:

guardianship, testamentary guardianship , legal representation , the minor, the judicial protection of minors

مقدمة

لقد أقرت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حماية خاصة للقاصر من كل أشكال الاعتداء، وأوكلوا النظر في أمورهم وتديرها إلى كل من يهتم بها ويحفظها ويتصرف فيها بما يحقق مصالحهم، فالحفاظ على حقوقهم المدنية والمالية مطلب ديني واجتماعي وإنساني⁽¹⁾، وقد منحت هذه القوانين صلاحيات واسعة للقاضي باعتباره حامي الحقوق، لضمان تفعيل هذه الحماية بالتدخل وإحكام سلطته التقديرية في كل ما يتعلق بالقاصر أو الطفل.

إنّ النيابة الشرعية في شقها الأساسيين الولاية والوصاية⁽²⁾ في مفهوم المادة 81 من قانون الأسرة تتعلق بتعيين نواب قانونيين من أولياء وأوصياء لرعاية مصالح القصر، والقيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التي تتطلبها هذه المصالح، وتقع هذه النيابة على القاصر الذي لم تكتمل أهليته، وبالتالي لا تشمل الولاية والوصاية النيابة على الطفل فقط أو الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني (الذي حدده المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني ب19 سنة)⁽³⁾، إنّما تشمل أيضا النيابة على ناقص الأهلية وفاقدها بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الحجر.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾ على بعض الحقوق غير المالية⁽⁵⁾ المشتركة بين عدد من الأشخاص، مع منح حق الامتياز لأحدهم على أساس مجموعة من الاعتبارات، التي تتعلق أساسا بعلاقة هذا الأخير بالطفل أو القاصر محل الحماية، وتتمثل هذه الحقوق أساسا في: حق الحضانة، حق الولاية وحق الوصاية، كما أضاف الفقه الإسلامي نوعا رابعا من أنواع الحقوق غير المالية المرتبطة بالأحوال الشخصية، والمتمثل في حق الرجعة الذي منح فيه حق الامتياز للرجل بمراجعة زوجته في مدة عدتها، وأنّ حقه في مراجعتها مقدم على حقه في الرفض⁽⁶⁾، وهذا الحق ثابت للزوج شرعا لقوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا"⁽⁷⁾، وهو ما أقرته المادتين 50 و51 من قانون الأسرة الجزائري.

وإن كانت الدراسات السابقة قد تناولت موضوع ممارسة الحضانة كأحد الحقوق غير المالية في أغلب جوانبه، كما تناولت موضوع الرجعة كذلك والإشكالات التي يطرحها فقها قانونا وقضاء، فإنّني سأقتصر في هذه الدراسة على كلا من الولاية والوصاية من خلال بيان الفروق الأساسية بينهما على أساس التداخل الكبير بين المصطلحين والذي يثير الكثير من اللبس، ثم بيان الرقابة القضائية للممارسة على هذين الحقين من وقت إسنادهما وطوال مدة ممارستهما وصولا إلى نهايتهما، وذلك على ضوء القانون الجزائري، أحكام الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات الوضعية.

سنعالج هذا الموضوع محاولين الإجابة على الإشكال التالي: إلى أي مدى ضمن المشرع حماية القاصر من أشكال التعسف في ممارسة امتياز كلا من حق الولاية وحق الوصاية؟ وما هي حدود تدخل القاضي في هذا المجال؟

الفرع الأول/الحماية المقررة للقاصر في ممارسة حق الولاية

إنّ الحماية المقررة للقاصر في ممارسة حق الولاية لا تتضح إلا من خلال بيان المقصود بالولاية، وبيان الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بممارستها وكذا مستحقيها وأصحاب الامتياز في ذلك (أولا)، ثم تحديد دور القاضي ومجالات تدخله لتكريس هذه الحماية (ثانياً).

أولا/تحديد المقصود بالولاية وبيان أصحاب الامتياز في ممارستها

1- تحديد المقصود بالولاية على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: يختلف المراد بالولاية عند الفقهاء بحسب موضع ورودها والمقصود منها في أبواب النكاح والأموال والعقود والإمارة والقضاء وغيرها، وقد قسمها الفقهاء إلى ولاية عامة وولاية خاصة تتعلق بالولاية العامة بتدبير الأمور العامة فهي ولاية الحاكم على رعيته، أما الولاية الخاصة فتتعلق بالسلطة التي تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها دون أن يتوقف ذلك على رضا الغير⁽⁸⁾، وقد ذهب الفقهاء في تقسيم الولاية الخاصة إلى قولان: قول الأحناف الذين يقسمونها إلى ولاية على النفس وولاية على المال وقول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين يرون بأنّها نوع واحد فالولي على المال هو الولي على النفس.

تشمل الولاية على النفس مجموعة من التصرفات المتعلقة بشخص المولى عليه وهي بهذا المعنى تخوّله الحق في حضانته وتزويجه وتأديبه وتعليمه والعناية به⁽⁹⁾، في حين تشمل الولاية على المال سائر التصرفات المالية المتعلقة بالقاصر⁽¹⁰⁾.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أنّه لم يرد فيه أي تعريف للولاية، بل اكتفى بذكر أحكام الولاية على المال دون الولاية على النفس في المواد من 87 إلى 91 منه، المتعلقة أساسا بتحديد أصحاب الامتياز في ممارسة هذا الحق وسلطات الولي وأسباب نهاية مهامه، ولكن يمكننا استخلاص هذا التعريف من خلال 81 من نفس القانون التي جاءت تحت عنوان أحكام عامة في النيابة الشرعية كما يلي: "الولاية سلطة قانونية تقر لشخص معين مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية" ويعتبر هذا التعريف صالحا لكل من الولاية والوصاية مع وجود بعض عناصر الاختلاف كما سيتم بيانه لاحقا في إطار تعريف الوصاية.

2- أصحاب الامتياز في ممارسة حق الولاية : المقصود بامتياز الولاية هو بيان الأولوية في استحقاق حق الولاية أصالة، ومن يشارك هذا الشخص في هذا الامتياز نيابة عن الغير عند تعدد الأولياء، وبالرجوع لموقف المشرع الجزائري فنجد أنه لم ينص على أصحاب الحق في ممارسة الولاية، حيث لم يتطرق إلا لأصحاب الامتياز في ممارسة هذا الحق في المادة 87 من قانون الأسرة، حيث يعتبر الأب هو صاحب الامتياز في ذلك وينتقل هذا الحق للأم في حالة وفاته أو في حالة إسناد الحضانة إليها بعد الطلاق، ففي الحالتين السابقتين تتمتع الأم بحق الولاية كاملا، كما يمكن أن تتمتع الأم بحق الولاية بصفة مؤقتة فتحل محل الأب في القيام بالأمر المستعجلة للأولاد، وذلك في حالة غيابه أو حصول مانع له حسب ما نصت عليه نفس المادة، حيث تقوم الأم برعاية شؤون أولادها لحين عودة الأب أو زوال المانع عنه، وما دام أنّ المشرع الجزائري لم يتطرق لأصحاب الحق في ممارسة الولاية بعد الوالدين في حالة وفاتهما أو حصول مانع لهما أو سقوط الولاية عنهما، فنرجع في ذلك لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين رتبوا ثبوت الولاية كقاعدة عامة للأقرب فالأقرب من العصبات على حسب ترتيبهم في الميراث⁽¹¹⁾، وذلك مع بعض الاختلاف في الترتيب بين المذاهب الأربعة على حسب نوع الولاية هل هي ولاية على النفس أو ولاية على المال.

إنّ الحكم الوارد في المادة 87 من قانون الأسرة المتعلق بمنح حق الولاية للأب ثم للأم، هو حكم عام لم يفرق بين كون الولاية ولاية على النفس أو ولاية على المال، إلا أنّه وفيما يتعلق بولاية النكاح التي تعتبر ولاية على النفس، فقد نص المشرع الجزائري على حكم خاص بها، حيث وبعدما منح حق الولاية للأب ثم لأحد الأقرباء الأولون ثم للقاضي في المادة 11 من قانون الأسرة 11/84 أخذنا في ذلك بالمذهب المالكي الذي يرتب ولاية النكاح على نفس النحو ويجعل من الولي ركنا من أركان عقود الزواج (ولاية إجبار)، تراجع عن ذلك بعد تعديل المادة 11 بموجب الأمر 02/05 بالنسبة للمرأة الراشدة حيث منح لها الحق في تزويج نفسها بحضور أبوها أو أي شخص تختاره⁽¹²⁾ (معتبرا بذلك أنّ ولاية النكاح هي ولاية اختيار لا ولاية إجبار)، حيث يمكن أن يكون هذا الشخص الذي تختاره المرأة هي أمها⁽¹³⁾، وفي رأينا أنّ هذا هو السبب الذي جعل المشرع الجزائري لا يفرق بين أحكام الولاية على المال والولاية على النفس خاصة فيما يتعلق بمستحقيها.

ويستدل الفقهاء على منح حق الامتياز في الولاية للأب سواء كانت ولاية على النفس أو ولاية على المال، على أساس أنها ولاية أصلية ثابتة بحكم الشرع باتفاق الفقهاء لقوله تعالى: "ووهبنا له يحيى"⁽¹⁴⁾ وقوله: "رب هب لي من لدنك ذرية طيبة"⁽¹⁵⁾، حيث أنّ الولد موهوب لأبيه ولا شك أنّ الموهوب ولي على الهبة، كما أنّ الأب أكمل نظراً وأشد شفقة من غيره وهذا يستلزم توليته على ولده، حيث تعتبر ولاية الأب على ابنه القاصر حقا له وواجب عليه أيضا، على أساس أنّه أولى الناس برعاية ولده وأعرفهم بمصالحه وأحرصهم عليها، وهذا هو المراد من الولاية والغرض الذي ينبغي تحقيقه منها⁽¹⁶⁾.

وهو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 87 من قانون الأسرة، وفي حالة غياب الأب أو وفاته أو حصول مانع له تحل الأم محله، وفي هذا خالف المشرع الجزائري الفقه الإسلامي وأغلب القوانين العربية (إلا القانون التونسي الذي جاء بنفس الحكم في الفصلين 154 و155 منه فيما يتعلق بمنح الولاية والوصاية للأم بعد وفاة الأب أو غيابه) عندما أسند الولاية للأم بعد الأب⁽¹⁷⁾، بينما هؤلاء لا يقرّون بالولاية للأم إلا إذا أوصى بها الأب أو الجد أو عينها القاضي⁽¹⁸⁾.

ثانيا/ مجال تدخل القاضي في ممارسة حق الولاية

1- دور القاضي في مسألة إسناد الولاية ومنح الإذن لنفاذ تصرفات الولي:

أ- دور القاضي في إسناد الولاية: يجب على القاضي عند منح الولاية، التأكد من مدى توافر الشروط المطلوبة قانونا في ممارسة الولاية واحترام الترتيب القانوني لمستحقي هذا الحق، حيث لا يمكن للقاضي منح الولاية لشخص آخر غير الأب إذا كان حيا، إلا في حالة غيابه أو حصول مانع له أو في حالة انتقال الحضانة للأم في حالة الطلاق حسب ما نصت عليه الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة بعد تعديلها بالأمر 02/05، وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17/05/1998 بما يلي: "من المقرر قانونا "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدها وهي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أنّ المطعون ضده لا زال قاصرا وأنّ أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم، ومن ثم فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرّقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار"⁽¹⁹⁾.

كما أنه لا يمكن للقاضي في حالة وفاة الأب منح الولاية لغير الأم إذا كانت موجودة، فعلى القاضي احترام الترتيب في منح الولاية طبقاً لأحكام المادة 87 من قانون الأسرة إلا إذا تنازل أصحاب الحق عن ممارسته أو ثبت تعارض بين مصالح القاصر والولي، وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/12/23 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الوصي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثمة فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ مخالفاً للقانون. ولما كان من الثابت أنّ قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي فإنّهم خالفوا القانون"⁽²⁰⁾.

على أنّه في كل الأحوال، يمكن للقاضي الحكم بإسقاط الولاية بعد إسنادها حسب الفقرة الثالثة من المادة 91 من قانون الأسرة، في حالة اختلال أحد الشروط المطلوبة في الولي أو ثبوت إهماله وتقصيره اتجاه القاصر، كعدم القيام بواجباته من توفير الأكل واللباس والسكن أو رفض تزويج المرأة دون سبب مقبول، ويمكن أن يتعدى ذلك إلى عقوبة جزائية إذا ترتب عن الإهمال إتلاف نفس القاصر أو عضو منه، أو كان التعدي على نفس القاصر عمدياً بالمبالغة في تأديبه أو الاعتداء الجنسي عليه⁽²¹⁾.

ب- منح القاضي الإذن للولي في قيامه ببعض التصرفات المحددة قانوناً: ينبغي على الولي أن يباشر نيابته في الحدود التي رسمها له القانون، وأن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص على مصلحته⁽²²⁾ - وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بتصرف الرجل الحريص وحدود هذا التصرف -، كما يجب أن يطلب الإذن من القاضي في القيام ببعض التصرفات التي حددها القانون على سبيل الحصر في المادة 88 من قانون الأسرة، وتتعلق هذه التصرفات أساساً بتلك التي من شأنها إنشاء أحد الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، وإلا ترتب عن مخالفته تجاوز حدود نيابته ومسؤوليته وفقاً لمقتضيات القانون العام، وعدم سرّان تصرفه في مواجهة القاصر⁽²³⁾، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/04/10: "من المقرر قانوناً أنّه على الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأموال القاصر، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. ولما كان

من الثابت في قضية الحال أنّ الطاعن تصرف بمحض إرادته في ملك قاصرة ليس له عليها صفة ولي، فإنّ قضاة الموضوع بتحميلهم إياه المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁴⁾، وتتمثل التصرفات المشمولة بالإذن القضائي التي يجب أن يراعي القاضي في منحها حالة الضرورة والمصلحة فيما يلي:

1- بيع العقار وقسمته وإجراء المصالحة : على أن يتم البيع بالمزاد العلني حسب ما نصت عليه المادة 89 من قانون الأسرة، وفي ذلك حماية للقاصر مادامت أنّ القواعد العامة في بيع أموال القاصر أو قسمتها لا يمكن أن تتم بطريقة اتفاقية، وإن كانت قيمة العقار تعتبر معياراً لمنح الإذن أو رفضه، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يحدد ذلك عكس المشرع المصري الذي حدد وجوب طلب الإذن فقط إذا كانت قيمة العقار تزيد على 300 جنيه، كما أقر بعدم جواز رفض منح الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يعرض مصالح القاصر للخطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس (5/1) القيمة⁽²⁵⁾.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة : لم يحدد المشرع في هذا الإطار المقصود بالأهمية الخاصة، فإن كان يقصد من وراء ذلك القيمة النقدية المعتمدة للمنقول فوجب على الأقل تحديد الحد الأدنى لهذه القيمة، وتوسيع حماية منقولات القاصر إلى ضرورة عرض عقد البيع على القاضي للإطلاع على مضمونه وللمصادقة عليه بعد التأكد من عدم إجحافه في حق القاصر.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة : وتعتبر هذه التصرفات من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والخسارة، وكذا من التصرفات التي تعطل مال القاصر وتجعله دون استثمار مما يضر بمصلحة القاصر لذا وجب طلب الإذن فيها⁽²⁶⁾.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد : لقد اقتصر المشرع في طلب الإذن على إيجار العقارات دون النص على الإذن في حالة إيجار المحلات التجارية، التي أخضعها كلا من القانون المدني والقانون التجاري لنظام خاص لخروجها عن المفهوم التقليدي للعقارات، وهو ما يجعل من إمكانية إيجارها

ضربا كبيرا للقاصر، خاصة أنّ المدة التي اشترطها المشرع لطلب الإذن هي ثلاث سنوات وهو ما يترتب عنه اكتساب المستأجر للقاعدة التجارية.

2- تدخل القاضي في حالة التعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي:

نصت المادة 90 من قانون الأسرة على حالة التعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي كسبب من أسباب إسقاط الولاية عن الولي، وفي كل الأحوال يرجع للقاضي تقدير مفهوم التعارض بين المصالح، ومن ثمة تعيين متصرف خاص.

أ- تقدير القاضي لحالات التعارض: إذا كان المشرع الجزائري قد أقر بإمكانية وجود تعارض بين مصالح الولي ومصالح القاصر، لكنه لم يوضح مفهوم التعارض ولا حالاته، وهو ما يسمح للقاضي بإحكام سلطته في تقدير ذلك، وبالرجوع إلى موقف القوانين العربية في هذا المجال فنجد مثلاً أنّ المشرع المصري قد حدد حالات التعارض في المادة 31 من قانون الولاية على المال في: تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي شخصيا، تعارض مصالح القاصر مع مصالح زوجة النائب الشرعي، تعارض مصالح القاصر مع مصالح قاصر آخر مشمول بالحماية، كأن يبيع الولي أحد العقارات التي يملكها القاصر المشمول بالولاية لنفسه أو لزوجته أو لقاصر آخر تحت ولايته، وهو ما منعه المادة 410 من القانون المدني الجزائري.

لقد أقر القضاء الجزائري أنّ اعتداء الأب على أبنائه وكونه متهما في قضية قتل أحدهم، من حالات التعارض التي تقتضي معها انتقال الولاية للأُم أو تعيين متصرف قضائي، ويظهر ذلك من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 24/03/1998 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنّه "تكون الأسباب أساس الحكم" ومن المقرر أيضا أنّه "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة"، ولما ثبت في قضية الحال أنّ قضية الموضوع لما خفضوا التعويض الذي طالبت به الضحية الأُم، لجبر الضرر الذي أصابها جراء قتل ابنتها دون أن يبينوا عناصر التعويض بصفة قانونية ولم يميزوا بين التعويض المعنوي والمادي يكونون قد خالفوا القانون. كما أنّه كان يتعين على المحكمة إرجاء الفصل في الدعوى المدنية، وصرف الطاعنة أمام المحكمة لاستصدار أمر بتعيين متصرف لصالح الضحيتين القاصرتين باعتبار أنّ مصالحهما متناقضة مع مصالح الولي الشرعي المتهم بقتل ابنته (غ.و.ل).

ومحاولة قتل ابنته (غ.و.أ) والمحكوم عليه بالسجن المؤبد أو إسقاط السلطة الأبوية عنه وتحويلها إلى الأم يكونوا بذلك قد عرضوا قرارهم للنقض".

ب- تحديد القاضي لمهمة المتصرف الخاص وشروط تعيينه : نقصد بالمتصرف الخاص هو الشخص الذي يعينه القاضي للقيام بشؤون الولاية على القاصر إذا ما ثبت له تعارض مصالح القاصر مع مصالح الولي، ويكون تعيين هذا الشخص تلقائياً من طرف القاضي عند إخلال الولي بالتزاماته قبل القاصر، التي تقتضي منه تصرف الرجل الحريص وطلب الإذن في كل ما يطلبه القانون حتى يكون تصرفه نافذاً في حق القاصر، أو إذا تبين للقاضي هذا التعارض في إطار نظره في طلبات الإذن المتعلقة بالتصرفات الواردة في المادة 88 من قانون الأسرة، أو بناء على طلب من له مصلحة يثبت فيه هذا التعارض، على أن يتم تعيينه فقط لتحديد مدى صلاح العقد للقاصر والإشراف على إبرامه، في حدود العقود أو العمليات موضوع التعارض القائم بين مصالح الولي والقاصر.

ويعود للقاضي اختيار هذا المتصرف بعد التأكد من توافر الحد الأدنى من الشروط المطلوبة في النائب الشرعي (وليا كان أو وصي)، كما ترك المشرع الحرية للقاضي في تحديد مهام المتصرف التي يحظر على هذا الأخير تجاوزها⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني/الحماية المقررة للقاصر في ممارسة حق الوصاية

بعد بيان الأحكام الشرعية القانونية والقضائية المتعلقة بممارسة الولاية، سنقوم من خلال هذا الفرع الثاني ببيان الحماية المقررة للقاصر في ممارسة حق الوصاية، من خلال بيان المقصود بالوصاية والتمييز بينها وبين الولاية ثم بيان الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بممارستها وكذا مستحقيها وأصحاب الامتياز في ذلك (أولاً)، ثم تحديد دور القاضي ومجالات تدخله لتكريس هذه الحماية (ثانياً).

أولاً/تحديد المقصود بالوصاية وبيان أصحاب الامتياز في ممارستها

1- تحديد المقصود بالوصاية وتمييزها عن الولاية على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري : لقد عرف الحنفية الوصاية بأنها: "طلب شيء من غيره لفعله بعد وفاته أو غيبته كقضاء ديونه وتزويج بناته"، فالوصاية عند الحنفية إنابة بعد الموت أو الغيبة⁽²⁸⁾، أما المالكية فقد عرفوا الوصاية بأنها: "عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته"⁽²⁹⁾، أما الشافعية فللوصاية عندهم تعريفان: "إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت"

و "العهد على من يقوم أولاده بعده"، في حين يعرفها أكثر الحنابلة بأنها: "جعل التصرف لغيره بعد موته فيما كان له التصرف فيه"⁽³⁰⁾.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد بأنّه لم يعرف الوصاية مثلما لم يعرف الولاية، بل اكتفى بذكر مستحقيها والشروط الواجب توفرها في الوصي، وسلطاته وأسباب نهاية مهامه وذلك في المواد 92 إلى 98 منه.

قد يظهر لأول وهلة بأنّ تعريفات كلا من الولاية والوصاية هي تعريفات متقاربة، حيث يشترك كل من الولي والوصي في الشروط الواجب توافرها لمنح الولاية أو الوصاية لهما ويتمتعون بنفس السلطات، لكن الفرق الأساسي يكمن في أنّ الولاية أعم من الوصاية، وذلك لأنّ سلطات الولي تشمل كأصل عام نفس ومال القاصر في حين أنّ سلطات الوصي تشمل مال القاصر فقط، كما أنّ الوصاية اختيارية بمعنى يجب قبول الوصي للوصاية، بينما الولاية إجبارية مثلها مثل الحضانة يستمدها الولي من القانون مباشرة ويلزم لإعفائه منها تنازله أو قبول تنحيته عنها⁽³¹⁾، وقد قال بعض الفقهاء بأنّ الوصاية وصف من أوصاف الولاية، ولما كانت الوصاية وصف من أوصاف الولاية كان لهذا الوصف أثر في ترتيب ولاية الوصي⁽³²⁾.

2- أصحاب الامتياز في ممارسة حق الوصاية : ثبتت الامتياز في ممارسة حق الوصاية للأب أصالة، إلا أنّه يمكن لهذا الأخير أن يعين شخصا آخر للقيام بممارسة الوصاية على أولاده القصر في حالة وفاته أو غيابه، وبذلك يستمد الوصي سلطته النيابية من شخص آخر هو الولي الأب أو من ينوبه، وبالتالي يظهر من خلال ذلك أنّ الوصي نوعان وصي مختار (وهو الوصي الذي يختاره الأب أو الجد) ووصي معين (وهو الوصي الذي يعينه القاضي)⁽³³⁾، وإن كان المشرع الجزائري في المادة 92 قد منح صلاحية تعيين الوصي للأب أو الجد في حالة غياب الأم، وأنّه للقاضي اختيار أحد الأوصياء في حالة تعددهم، إلا أنّه لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم ممارسة حق الوصاية على القاصر، وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نجد أنّ فقهاء المذاهب الأربعة قد اختلفوا فيمن له حق الوصاية على أموال القاصر بعد الأب، ويرجع الخلاف في ذلك إلى علة ترتيب الأولياء على الصغار هل هي وفور الشفقة أو القرابة، لكن الراجح في ذلك هو أن تكون الوصاية للأقرباء، بأن تكون للجد بعد الأب ثم للأقرب من العصباء بالنفس، فهذا الترتيب يجمع بين علة القرابة

ووفور الشفقة، فهذه الأخيرة لا تكتمل إلا في أقارب الصغار من العصابات بالنفس⁽³⁴⁾، ولا يمكن للأم أن تكون وصية على أطفالها إلا في رأي بعض الشافعية وابن تيمية لأنّ الأم وإن اتصفت بوفور الشفقة إلا أنّها لا تتمتع بكمال الرأي⁽³⁵⁾.

لقد منح قانون الأسرة الجزائري، عملاً بقول جمهور الفقهاء وأغلب التشريعات العربية⁽³⁶⁾ حق اختيار الوصي لكل من الأب والجد فقط ومنع هذا الحق عن الأم، فالخطأ الذي وقع فيه المشرع الجزائري هو عندما اعترف بحق الأم في ممارسة سلطة الولاية على مال أولادها مسائراً في ذلك المشرع الفرنسي ومخالفاً لما ذهب إليه أغلب فقهاء الشريعة، لذا كان عليه أن يتمسك بنفس الموقف ويسمح للأم باختيار الوصي، فإن كانت الأم أهلاً للولاية على المال فمن باب أولى أن تكون أهلاً لاختيار وصي لأبنائها يرعى شؤونهم ويحفظ مصالحهم وهي أدرى الناس بهذه المصالح.

خلاصة لما سبق يتبين أنّ المشرع الجزائري قد حدد الأشخاص الذين يملكون حق الوصاية بنفس الأشخاص الذين يملكون حق الولاية على المال، ويتم ترتيبهم حسب أحكام المادتين 87 و92 من قانون الأسرة كما يلي: الأب، الأم، وصي الأب، الجد، وصي الجد ثم وصي القاضي.

ثانياً/ مجال تدخل القاضي في ممارسة حق الوصاية

1- تدخل القاضي لإثبات الوصاية والرقابة على حسابات الوصي: مادامت الوصاية ولاية اختيارية فللقاضي الحق للتدخل في إثبات هذه الوصاية أو رفضها، كما يتمتع القاضي بسلطة الرقابة على حسابات الأوصياء ومحاسبتهم.

أ- دور القاضي في تثبيت الوصاية أو رفضها: لقد نصت المادة 94 من قانون الأسرة على وجوب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها، وبالتالي فإنّ وفاة الأب صاحب حق الامتياز في ممارسة الوصاية وإن كان قد اختار هو أو الجد وصياً يقوم على شؤون أولاده من بعده، إلا أنّ هذا الاختيار لا يكون سارياً إلا بعد قبول المحكمة لهذا الوصي الجديد بتحقيق القاضي من مدى توافره على الشروط المطلوبة في الوصي (وهي نفس الشروط المطلوبة في الولي) التي نصت عليها المادة 93 من قانون الأسرة من إسلام وعقل وبلوغ وقدرة وأمانة وحسن تصرف، ولا يمكن للقاضي قبول الوصي الجديد إلا في حالة عدم وجود الأم أو عدم أهليتها طبقاً للمادة 92 من نفس القانون، لأنّ الأم تحل محل

الأب في القيام بشؤون أولادها في حالة عدم وجود الأب باعتبارها ولية عليهم، حيث تمتد الولاية في هذه الحالة إلى الولاية على المال أيضا وهو الغرض من الوصاية.

ويظهر دور القاضي في إثبات الوصاية، هو إمكانية رفض الوصي الجديد في حالة عدم توفره على الشروط المطلوبة وكذا في اختيار الأصلح من الأوصياء في حالة تعددهم، وتعيين مقدم أي وصي القاضي في حالة عدم وجود وصي مختار⁽³⁷⁾، حيث نصت المادة 99 من قانون الأسرة على وجوب تعيين القاضي لشخص يقوم مقام الولي أو الوصي في حالة عدم وجوده، وهو ما ذهبت إليه المذاهب الفقهية الأربعة وأغلب القوانين العربية⁽³⁸⁾، وذلك على أساس أنّ القاضي هو الذي يتولى الولاية والوصاية على القاصر باعتبار ولايته العامة فالقاضي ولي من لا ولي له، وعلى ذات الأساس يكون وصيا لمن لا وصي له، وما دام القاضي لا يستطيع ممارسة الوصاية بنفسه فيقوم بتعيين من ينوب عنه في ممارستها.

ما يمكن ملاحظته أيضا حول مسألة تثبيت القاضي للوصي المختار من طرف الأب أو الجد، بأنّه وبالرجوع للمادة 94 المذكورة أعلاه نجد أنّ المشرع قد نص فقط على خضوع اختيار الوصي من الأب قبل وفاته للرقابة القضائية، ولكن ذلك لا يعفي الرقابة على اختيار الجد للوصي، على أساس أنّ الأب أقرب إلى الأولاد من جدهم وأسبق في ترتيب الأولياء كذلك⁽³⁹⁾، فما يسري على الأب أولى أن يسري على الجد، كما أنّه كان على المشرع أن يربط حالة الاختيار ليس بوفاة الأب فقط، وإنّما بكل مانع يحصل للأب يمنعه من ممارسة الوصاية على أبنائه، وذلك ضمانا لعدم انقطاع الحماية عنهم، لذا نرجو من المشرع تدارك الأخطاء الواردة بالمادة المذكورة.

ب- دور القاضي في الرقابة على أعمال الوصي بعد انتهاء مهمته : لقد نصت المادة 97 من قانون الأسرة بأنّه: "على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشده أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وأن يقدم صورة من الحساب المذكور إلى القضاء، وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر إلى القضاء بواسطة المعني بالأمر".

حيث أنّ القاضي يتأكد من الحسابات التي يقدمها الوصي، وكذا كل ما طرأ على أموال القاصر من يوم تسليمها للوصي إلى غاية وقت نهاية الوصاية نهاية عادية، أو

بموجب قرار العزل أو بتحقيق أحد حالات النهاية الأخرى المنصوص عليها في المادة 96 من قانون الأسرة، ومن خلال الحسابات المقدمة التي تبين ما قام به الوصي من تصرفات مدعمة بأدلة إثبات ووثائق لما أنفقه، وما حصله من نقود⁽⁴⁰⁾ تتم محاسبة الوصي للتأكد من سلامة أموال القاصر⁽⁴¹⁾.

إنّ الغرض من المحاسبة هو إبراء ذمة الوصي من حقوق الموصى عليه وضمّان وصول حق الموصى عليه كاملاً من دون تعدد، كما أنّ المحاسبة واجب على القاضي سواء كان الوصي معيناً أو مختاراً⁽⁴²⁾، وذلك في الوقت الذي يختاره القاضي، حيث يمكن للقاضي أن يقوم بمحاسبة الوصي كل سنة، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 45 منه وقانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 45 منه ومدونة الأحوال الشخصية المغربية في الفصل 157، ولم ينص عليه المشرع الجزائري الذي أقر بأنّ المحاسبة لا تكون إلا بعد نهاية مهام الوصي.

نستنتج أيضاً من المادة 97 المذكورة أعلاه، بأنّ القاضي يتدخل في إطار الرقابة على حسابات الوصي مرتين: في الحالة الأولى تلقائياً عندما يسلم له الوصي صورة من حساب المستندات التي تثبت الأعمال التي قام بها أثناء فترة وصايته خلال شهرين من نهايتها ليقوم بالرقابة عليها، وفي الحالة الثانية بناء على دعوى مرفوعة من كل ذي مصلحة، أي من الأطراف التي تسلم لها هذه المستندات (القاصر نفسه بعد بلوغه أو ترشيده أو ورثته)، إذا اتضح لها أي تجاوز من خلال المستندات المقدمة، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادتين 476 و477 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴³⁾.

في نفس الإطار وفضلاً عن العقوبات المدنية التي يتعرض لها الولي أو الوصي المتجاوز لحدود صلاحياته، فقد أقر قانون العقوبات الجزائري بموجب المادة 380 منه عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج لكل من استغل حاجة قاصر موضوع تحت رعايته أو رقابته أو سلطته ليختلس منه التزامات⁽⁴⁴⁾، كما أنّه وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، فقد أقر الفقهاء بأنّه في حالة ثبوت تعدي الولي على مال القاصر باغتصابه أو إتلافه أو سرقة أو اختلاسه، فيترتب عن ذلك حكمان أحدهما أخروي وهو الإثم والآخر دنيوي وهو الحد أو التعزير مع وجوب الضمان عليه⁽⁴⁵⁾.

2- دور القاضي في تقدير إمكانية عزل الوصي ومسؤوليته لتجاوز سلطاته : لقد نصت المادة 96 من قانون الأسرة في فقرتها الخامسة على إمكانية عزل الوصي بناء على طلب ذي مصلحة إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، وبالتالي يجب على القاضي التأكد من توافر شروط العزل ومن ثمة تقدير مدى مسؤولية الوصي.

أ- تحقق القاضي من توافر شروط العزل : إنَّ العزل كأصل عام، لا يكون إلا في حالة تخلف أحد شروط ممارسة امتياز حق الوصاية المذكورة في المادة 93 من قانون الأسرة أو بسبب إخلال هذا الأخير بالتزاماته اتجاه القاصر، ومتى تحققت إحدى الحالتين انتفت المصلحة وانتفت معها الوصاية، حيث أنَّ الأصل هو أنه يمكن للوصي القيام بكل التصرفات النافعة نفعاً محضاً للقاصر وأخذ الإذن فيما عدا ذلك ومتى أخل بهذه الالتزامات كان مصيره العزل، وقد أضافت بعض القوانين العربية حالات أخرى للعزل، حيث أضافت المادة 190 من قانون الأحوال الشخصية السوري للحالات المذكورة، حالة عزل الوصي وتعيين وصي مؤقت إذا حكم عليه بالسجن خلال وصايته عن جريمة لمدة سنة فأكثر، وأضاف قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 84 منه حالة العزل بسبب ظهور خيانة في حسابات الوصي أو نشوب خلاف بين الوصي وأحد أفراد عائلته يخشى منه على مصلحة القاصر⁽⁴⁶⁾.

لقد اشترط القانون في دعوى عزل الوصي تقديم طلب العزل بموجب دعوى مرفوعة أمام قاضي شؤون الأسرة من طرف كل ذي مصلحة في ذلك (أحد أقارب القاصر كجده مثلاً أو عمه)، على أن يثبت هذا الأخير أنَّ تصرفات الوصي من شأنها تعريض مصالح القاصر للخطر، ويخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر وتعريضها إلى الخطر، للسلطة التقديرية للقاضي الذي يرجع له وحده القرار في إبقاء الوصي أو عزله.

مع الإشارة إلى أنَّ المشرع الجزائري لم يمنح للقاضي الحق في عزل الوصي تلقائياً مثلما فعل مع الولي، بالرغم من أنَّ القاضي يمكن له ذلك، متى ما ثبت له خلل في إطار نظره في طلبات الإذن بالتصرف في أموال القاصر أو في حالة إخلال الوصي بالتزاماته اتجاه القاصر، أو متى ما ثبت له تعارض بين مصالح الوصي ومصالح القاصر، حيث ما دام أنَّ للوصي نفس سلطة الولي في التصرف حسب المادة 95 من قانون الأسرة، فما يرد على الولي من قيود يرد على الوصي أيضاً.

ب- تقدير القاضي لمدى مسؤولية الوصي: متى ما ثبت للقاضي مسؤولية الوصي وتجاوزه لحدود سلطاته فإنّه يصدر قرار العزل بموجب أمر قضائي، ويطالب الوصي المعزول بتعويض القاصر عن خسارته وعلى الأضرار اللاحقة به جراء ذلك، ولكن لما كان الأصل في النائب الشرعي افتراض الأمانة فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها أو تبديدها أو إهمال حفظها، أما ما ضاع ما أمواله بسبب أجنبي خارج عن إرادته فلا ضمان عليه.

ورغم أنّ قانون الأسرة قد أقر في المادة 98 منه مبدأ مسؤولية الوصي عما يلحق بأموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره، إلا أنّه لم ينص على مبدأ التعويض عن ذلك ولا كيفية تقدير هذا التعويض، في حين نجد أنّ هناك بعض التشريعات العربية كالقانون المصري والقانون السوري قد منحا الحق للقاضي أن يفرض على الوصي غرامة مالية (لا تزيد على مائة جنيه في القانون المصري ولا تزيد عن 500 ليرة في القانون السوري) كتعويض عن الأضرار التي لحقت الصغير، وأن تحرمه من أجره كله أو بعضه وأن تعزله أو بأحد هذه الجزاءات.

إنّ الأحكام المتعلقة بتعويض القاصر على الضرر اللاحق به ترجع للسلطة التقديرية للقاضي -التي نتصور فيها أن يتم التقدير بحسب جسامة الضرر اللاحق بالقاصر وفقا للمبادئ العامة للتعويض التي يحكمها القانون المدني-، خاصة تلك المتعلقة بمسؤولية متولي الرقابة إذا ما أضر الوصي (وحتى الولي) بالقاصر نتيجة إخلاله بالتزامات الرعاية والرقابة عليه، أما إذا كونت أفعال الوصي الأب جريمة كترك المنزل أو إهمال رعاية أبنائه أو تعريض أمّهم أو خلقهم لخطر جسيم... فيعاقب الوصي بالعقوبات الواردة بالمادة 330 من قانون العقوبات والتي تتراوح بين شهرين وسنة حبس وغرامة من 25000 دج إلى 100000 دج.

خاتمة

لقد توعد الله سبحانه وتعالى كل من يعتدي على أموال الناس بالباطل بمن فهم القصر واليتامى بنار جهنم فقال في كتابه العزيز: "إنّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنّما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً"⁽⁴⁷⁾، كما قال: "ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده"⁽⁴⁸⁾، وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: "ألا من

ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة⁽⁴⁹⁾، وعلى هذا الأساس أحكمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري الوثاق على ممارسة حقي الولاية والوصاية، وضبطتها بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية لأجل حماية القاصر ومنع التعسف في استعمال هذه الحقوق.

وكل ذلك لا يقل أهمية عن دور القاضي في الرقابة على ممارسة أصحاب الولاية والوصاية لنيابتهم على القصر، خاصة اليتامى منهم بالنظر لما يمكن أن يترتب عن التعسف في استعمال هذه الحقوق من الإضرار بمصالحهم، لذا ينبغي على القاضي أن يكون صارما في تطبيق العقوبات على هؤلاء المخالفين وأن يحكم سلطته التقديرية فيما سكت عنه القانون، مع ضرورة إسقاط النيابة عن أصحاب حق الامتياز الذين لا يلتزمون بواجباتهم، ومنحها لأحد مستحقيها الذين أغفل المشرع الجزائري ذكرهم، كما أغفل ذكر بعض الأمور المتعلقة أساسا بتعريف كلا من الولاية والوصاية وذكر أنواع كل منها، وكذا ما يتعلق بالرقابة الدورية على حسابات الوصي، وقد حاولنا إثراء هذه الدراسة بذكر موقف بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية التي حددت هذه الأحكام وإن كان في ذلك خلاف على النحو الذي سبق بيانه.

الهوامش:

(1) فهد بن دهيبش بن دوخي الشويحط الحارثي، جزاءات مخالفة أحكام الوصاية على القصر، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 01.

(2) تشمل النيابة الشرعية أيضا التقديم الذي فيه يعين القاضي شخصا يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس أحكامه، وذلك في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها ويكون هذا التعيين بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.. راجع أحكام المادتين 99 و100 من قانون الأسرة الجزائري، كما تعتبر الكفالة التي هي من العقود التبرعية التي بمقتضاها يلتزم الكافل برعاية القاصر من أوجه النيابة الشرعية التي أقرها المشرع الجزائري ونظمها بموجب المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة.

(3) أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

(4) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر 02-05 مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 صادر في 27 فبراير 2005.

(5) الحقوق غير المالية هي حقوق ليست ذات قيمة مالية، فهي لا تظهر في عناصر ثروة الشخص، وهي ليست أموال بل هذه الحقوق لصيقة بشخصية صاحبها، فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا المقايضة عليها، ولا يجوز للدائنين الحجز عليها

بخلاف الحقوق المالية.. انظر في ذلك: عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار العلوم، دون بلد النشر، 2007، ص 30.

(6) للمزيد من التفصيل حول امتياز حق الرجعة أنظر: يمينة شودار، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني-دراسة تطبيقية مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر 01، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، 2011، ص ص 244-246.

(7) الآية 228 من سورة البقرة.

(8) للمزيد من التفصيل حول مفهوم الولاية العامة والولاية الخاصة راجع: فهد بن دهبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص ص 24-26.

(9) يمينة شودار، مرجع سابق، ص 222.

(10) المرجع نفسه، ص 229.

(11) المرجع نفسه، ص 222.

(12) بعد تعديل قانون الأسرة أثارت مسألة إمكانية تزويج المرأة الراشدة لنفسها جدلا واسعا بين الفقهاء والعامة، لكن المحكمة العليا وفي العديد من قراراتها طبقت نص المادة 11 بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية ولا يتعارض مع هذا الحق، انظر في ذلك: شحط عبد القادر، قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، دار الأديب للنشر، الجزائر، دون سنة النشر، ص 20.

(13) بالرغم من اشتراط الشريعة الإسلامية صفة الذكورة في الولي على أساس أنّ المرأة لا يمكن أن تتولى أمر نفسها فكيف لها أن تتولى أمر غيرها، ولكن مصطلح "شخص" الذي استعمله المشرع الجزائري ينصرف إلى الذكر والأنثى معا، وهو أيضا ما يفسر تعارض أحكام مستحقي الولاية والوصاية بين القانون الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية و بعض القوانين الوضعية.

(14) الآية 90 من سورة الأنبياء.

(15) الآية 38 من سورة آل عمران.

(16) يمينة شودار، مرجع سابق، ص 230.

(17) للمزيد من التفصيل حول موقف الفقه الإسلامي من ولاية ووصاية الأم على أولادها، وتقديمها حسب بعض الآراء على ولاية الجد... أنظر: حيدر حب الله، قيمومة الأم: دراسة فقهية لولاية الأم على الأولاد بعد وفاة الأب، بحث منشور

على موقع مركز البحوث المعاصرة في بيروت، WWW.NOSOS.NET

(18) بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مطبعة منار، الجزائر، 2011، ص 260.

(19) قرار رقم 167835 صادر بتاريخ 17/05/1998، قضية (س أ ضد ك ل)، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد 02، 1997، ص 13.

(20) قرار رقم 187692 صادر بتاريخ 23/12/1997، قضية (ب س ج ضد ز ف)، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد 01، 1997، ص 53.

(21) للمزيد من التفصيل في المخالفات التي تقع في حدود الولاية على النفس والولاية على المال حسب الآراء الفقهية المختلفة وموقف المشرع المصير في ذلك، راجع: فهد بن دهبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص 84 وما يلها.

- (22) في حين أحكمت بعض القوانين العربية الحماية على مال القاصر، فاشتراط مثلا المشرع المصري على الولي أن يحرق قائمة بما يكون للقاصر من مال وما يؤول إليه، وأن يودعها قلم كتاب المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه في أجل شهرين من بداية الولاية أو من أبولة هذا المال إلى الصغير، ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير في تقديمها تعريضا لمال القاصر للخطر.. انظر في ذلك: معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء 03، الطبعة 07، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 1498.
- (23) أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، الدار الحديثة للطباعة، القاهرة، 1992، ص 1542.
- (24) قرار رقم 72353 صادر بتاريخ 10/04/1991، الغرفة الإجتماعية، المجلة القضائية، عدد 03، 1993، ص 115.
- (25) معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 1481.
- (26) المرجع نفسه، ص 1488.
- (27) ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص 111.
- (28) الكاساني علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 04، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 40.
- (29) عليش أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، دون سنة النشر، ص 09.
- (30) فهد بن دهبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص 10.
- (31) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 04، الطبعة 03، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 140.
- (32) يمينة شودار، مرجع سابق، ص 231.
- (33) بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 77.
- (34) يمينة شودار، مرجع سابق، ص 237.
- (35) فهد بن دهبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص 40.
- (36) وهو ما نصت عليه المواد: 28 من تقنين الولاية على المال المصري، والمادة 23 من تقنين الولاية على المال البحريني، والمادة 230 من مدونة الأسرة المغربية.
- (37) لتحديد الفرق بين وصي الميث (الأب) والوصي المختار من الجد ووصي القاضي أنظر: ساري عطية سالم شايب، سلطة الولي والوصي في التصرف بأموال القاصرين ومحاسبتهما، دراسة فقهية منشورة على الموقع: WWW.FARRAJ LAW FIRM.COM
- (38) انظر المواد: 29 من تقنين الولاية على المال المصري، 177 من تقنين الأحوال الشخصية السوري، 214 من تقنين الأحوال الشخصية الإماراتي، 170 من تقنين الأحوال الشخصية العماني.
- (39) عبد العزيز مقبولجي، رشداء عديبي الأهلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 2003، ص 71.
- (40) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 452.
- (41) لقد أقر فقهاء الشريعة بافترض الأمانة في الوصي، حيث لا يطلب منه البينة في الأمور عسيرة الإثبات كالنفقة على القاصر.. راجع: عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني: دراسة مقارنة، أطروحة استكمالا للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الأول 2005، ص 250.
- (42) إن مبدأ المحاسبة يرد على الأولياء والأوصياء معا، ولمزيد من التفصيل في الأحكام الفقهية لمحاسبة الأولياء والأوصياء راجع: ساري عطية سالم شايب، مرجع سابق، ص ص 3-6.

(43) قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادر في 32 أفريل 2008.

(44) راجع أحكام المادة 380 من الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 صادر في 28 يونيو 1966، معدل ومتمم.

(45) فهد بن دهبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص 96.

(46) لمزيد من التفصيل حول حالات العزل في بعض القوانين العربية انظر: عبد الله محمد سعيد ربابعة، مرجع سابق، ص 234 وما يليها.

(47) الآية 10 من سورة النساء.

(48) الآية 152 من سورة الأنعام.

(49) انفرد به الترمذي، كتاب: الزكاة عن رسول الله، باب: ما جاء في زكاة البيتيم، رقم الحديث: 641، جزء 3/ص 32.

إشكالية تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية *

Dr. BERKANI Amar

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. بركاني أعمار

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

الملخص:

معايير المحاكمة العادلة أمام المحكمة الجنائية الدولية لا تكتمل إلا بعد تنفيذ الأحكام الصادرة من الجهة المختصة في المحكمة. يتم تنفيذ أحكام المحكمة من طرف الدول التي أبدت للمحكمة إستعدادها باستقبال الأشخاص المحكوم عليهم في سجونها، وهذا راجع لغياب جهاز خاص يتولى تنفيذ أحكام المحكمة. غير أنّ مرحلة تنفيذ الأحكام تعترضها عدة عراقيل قانونية وعملية على مستوى الداخلي والدولي، وهو ما أثر سلبا على مصداقية المحكمة ويحدّ من فعالية نشاطها. الكلمات الدالة: إشكالية، تنفيذ، أحكام جنائية، المحكمة الجنائية الدولية، دولة التنفيذ.

Problématique d'exécution des jugements de la Cour pénale internationale

Résumé:

Les critères du procès équitable devant la Cour pénale internationale ne seraient réunis qu'après l'exécution des jugements prononcés par l'instance compétente de la Cour.

L'exécution des jugements pénaux internationaux est confiée aux Etats qui ont affiché leur disponibilité à recevoir les condamnés, car la Cour pénale internationale ne dispose pas d'un instrument chargé d'exécuter ses jugements.

Par ailleurs, l'étape de l'exécution des jugements rencontre des obstacles juridiques et pratiques tant sur le plan interne qu'international, remettent ainsi en cause la crédibilité de la Cour et limitent l'efficacité de ces activités.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/04/18 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/27 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Mots clés:

Problématique, exécution, jugements pénaux, Cour pénale internationale, Etat de l'exécution.

Problematic of execution of the international criminal court judgments**Abstract:**

The criteria of a fair trial in front of the International Criminal Court would not be gathered after the execution of judgments pronounced by the competent authority of the Court.

The enforcement of international criminal Judgments is Entrusted to the States- have shown That Willingness to accept Convicted, especially in the absence of an instrument charged to execute judgments of the Court.

Otherwise, the stage of the execution of judgments face of legal and practical obstacles both internal and international, these barriers adversely affect the credibility of the International Criminal Court and weaken its activity.

Keywords:

Problematic, execution, criminal judgments, International Criminal Court – State of the execution.

مقدمة

تعتبر مرحلة صدور الأحكام من المراحل الأخيرة للمحاكمة الجنائية الدولية أمام المحكمة الجنائية الدولية، وعلى غرار مختلف التشريعات الوطنية، بادرت المحكمة بمنح المتهم حقه في وسائل مختلفة للمطالبة بإصلاح القصور الواردة في الحكم الصادر، وتتمثل أساساً في الإستئناف وإعادة النظر⁽¹⁾.

بناء على ذلك تلتزم المحكمة بالحفاظ على الضمانات الأساسية للمحاكمة العادلة عند مرحلة إصدار أحكامها، خاصة فيما يتعلق بحقوق المتهم، فيقع على عاتق قضاتها التسبب القانوني للأحكام الصادرة فيها، واستخدام الوسائل القانونية البحتة مع استبعاد الأدلة المشكوك فيها⁽²⁾، ومراعاة مبادئ أساسية أهمها مبدأ عدم جواز محاكمة شخص ما على الجريمة ذاتها مرتين⁽³⁾، ومبدأ استبعاد تطبيق القوانين بأثر رجعي⁽⁴⁾، ومبدأ عدم الأخذ بالدلائل المتوصل إليها نتيجة الاكراه أو التعذيب.

إضافة إلى ذلك تلتزم المحكمة بالحفاظ على الضمانات الأساسية للمحاكمة الجنائية الدولية عند مرحلة تنفيذ أحكامها، وهذا نظراً لخصوصية نظام تنفيذ الأحكام الصادرة عنها، ومراعاة لمبدأ سيادة الدول، خاصة أنّ المحكمة أنشئت وفقاً لمبدأ الرضائية وعلى أساس معاهدة دولية متعددة الأطراف. نتيجة لذلك تلتزم المحكمة

باحترام مبدأ التكاملية في علاقاتها بالمحاكم الوطنية عند تنفيذ الأحكام الجنائية الدولية. وكذلك مبدأ مستخلص من تطبيق القانون الدولي، ويتعلق الأمر بسمو قواعد القانون الدولي على القانون الداخلي فيما يخص تنفيذ الأحكام الجنائية الدولية بصفة عامة.

وبالرغم من الجهود المبذولة لتنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية، وتطبيق مختلف المبادئ الأساسية المكرسة قانوناً للسعي نحو استكمال مضامين المحاكمة العادلة، لا سيما أنّ تنفيذ هذه الأحكام يعدّ من مقتضيات تحقيق العدالة الجنائية الدولية، وفي المقابل فإنّ إصدار الأحكام دون تنفيذها يؤدي إلى وقوع تشكيك في جهاز العدالة وإضعاف لنشاط للمحكمة الجنائية الدولية. ونظراً لمعاناة المحكمة من العراقيل التي تكون أحياناً عراقيل قانونية، وأحياناً أخرى عراقيل نابعة من تطبيق القانون الدولي بصفة عادية (عراقيل عملية)، فما مدى تأثير هذه العراقيل على نشاط المحكمة الجنائية الدولية فيما يخص مساعيها الرامية إلى تنفيذ أحكامها؟

للإجابة على هذه الإشكالية سوف نتعرض للعراقيل الموضوعية والإجرائية المكرسة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (أولاً) ثم إلى مختلف العراقيل المستخلصة عملياً من تطبيق قواعد القانون الدولي بصفة عامة (ثانياً).

أولاً/ القيود القانونية الواردة على تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية

إنّ مرحلة تنفيذ الأحكام الجنائية الدولية تخضع لإجراءات خاصة ومتميزة عما هو مألوف في مختلف التشريعات الوطنية، لأنّ نظام تنفيذ هذه الأحكام ليس مقرراً للمحكمة الجنائية فحسب، بل تنفذ باشتراك مع الدول التي تبدي استعدادها لقبول الأشخاص المحكوم عليهم، يثير هذا الاشتراك عدة إشكالات قانونية تؤثر سلباً على نشاط المحكمة، خاصة فيما يتعلق بتعيين دولة التنفيذ أو تغيير دولة التنفيذ بدولة أخرى، أو حتى باختلاف العقوبات المطبقة في دولة التنفيذ عن ما هو مطبق في المحكمة الجنائية على الجريمة الواحدة.

1- إشكاليات تحديد الجهة التي تتولى تنفيذ الأحكام الجنائية الدولية

غياب الجهاز الخاص الذي يتولى تنفيذ الأحكام الجنائية الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية، يقع على عاتق هذه الأخيرة اختيار دولة التنفيذ من بين الدول

الأطراف التي تبدي استعدادها لاستقبال المحبوسين، ويجوز للدولة طالبة التنفيذ أن ترفق طلبها بشروط يقبلها المحبوسون وتوافق عليها المحكمة⁽⁵⁾، كما يجب أن تتفق هذه الشروط مع الأحكام الواردة في الباب العاشر من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بالتنفيذ⁽⁶⁾.

حسب رأينا فإنّ الشروط التي ترفقها دولة التنفيذ أثناء تقديم طلبها لاستقبال المحبوسين هي شروط مختلفة من دولة لأخرى، فهي شروط غير موحدة لدى جميع الدول، فنجد دولا تضع شروطا يقبلها المحبوس بينما ترفضها المحكمة أو العكس، وبالتالي يبقى الإشكال مطروحا في مدى قبول طلب تلك الدولة.

أما إرفاق الشروط مع الأحكام الواردة في الباب العاشر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية، فهو أمر بيدي، لأنّه لا يعقل أن تقدم دولة التنفيذ شروط خاصة بإستقبال المحبوسين تتعارض مع الأحكام الواردة في النظام الأساسي للمحكمة وهي طرف فيها، وحتى وإن كانت كذلك فالعبرة بالاتفاقية الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

وفي حالة عدم تمكن المحكمة من تعيين أي دولة، فإنّ تنفيذ حكم السجن في الدولة المضيفة وفقاً للشروط المنصوص عليها في إتفاق المقر المبرم بين دولة هولندا والمحكمة الجنائية الدولية⁽⁷⁾. وفي هذه الحالة تتحمل المحكمة التكاليف الناشئة عن تنفيذ حكم السجن⁽⁸⁾.

وحسب رأينا حول حالة عدم تمكن المحكمة الجنائية الدولية من تعيين أي دولة لتنفيذ العقوبات الصادرة، قد تكون دولة هولندا غير قادرة لاستيعاب كل المساجين خاصة إذا ما قامت المحكمة الجنائية الدولية بإصدار العديد من الأحكام ضد عدد هائل من المجرمين، على علم أنّه في النزاعات المسلحة يزداد عدد الأشخاص المرتكبين للجرائم الدولية التي تختص بها المحكمة الجنائية، كما حدث ذلك في إطار المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا⁽⁹⁾.

2- إشكالية إختيار دولة التنفيذ

عند قيام المحكمة الجنائية الدولية بإختيار دولة التنفيذ، يجب أن تأخذ بعين الاعتبار مبدأ تقاسم الدول الأطراف مسؤولية تنفيذ أحكام السجن، وفقاً لمبادئ

التوزيع العادل على النحو المنصوص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات⁽¹⁰⁾، كما يجب على المحكمة السعي في حث الدول على تطبيق المعايير السارية على معاملة السجناء والمقررة في معاهدات دولية مقبولة على نطاق واسع، مع الأخذ في ذلك بآراء الشخص المحكوم عليه وجنسيته، وأية عوامل أخرى تتعلق بظروف الجريمة أو بظروف متعلقة بالشخص المحكوم عليه⁽¹¹⁾.

وعلى سبيل المثال، قام رئيس المحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 08 ديسمبر 2015 بتعيين دولة جمهورية الكونغو الديمقراطية كدولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة، وهي الدولة المعنية بالحالة التي صدر فيها حكم المحكمة الجنائية الآتي توضيحه أدناه، لغرض تنفيذ حكم صادر ضد توماس لوبانغا ديالوا (Thomas LUBANGA DYILO) أين تم الحكم عليه ب 15 سنة سجنا لارتكابه جرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب⁽¹²⁾. إضافة إلى ذلك، قامت الدولة المعنية بتنفيذ الحكم الصادر ضد جيرمين كاتنغا (Germain KATANGA) والذي حكم عليه ب 12 سنة سجنا عن ارتكابه جرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب⁽¹³⁾ تطبيقا للمادة 103 من النظام الأساسي للمحكمة، وكان ذلك لأول مرة في تاريخ المحكمة منذ دخول النظام الأساسي حيز التنفيذ المصادف لتاريخ 01 جويلية 2002، وقد عبر رئيس المحكمة عن رغبة كل من "توماس لوبانغا ديالوا" و "جيرمين كاتنغا" قضاء عقوبتهما في جمهورية الكونغو الديمقراطية⁽¹⁴⁾. غير أنّ هذا الاختيار الذي تقوم به المحكمة لا تفلح فيه في كل الأحوال، فقد ترفض الدولة التي وقع عليها الاختيار⁽¹⁵⁾، كما يمكن للسجين أن يرفض أيضا الدولة التي وقع عليها الاختيار بعد الأخذ بآرائه من هيئة الرئاسة بصدد النظر في تعيين دولة التنفيذ⁽¹⁶⁾، فمن هنا يجب التطرق بالإجابة للاحتتمالات الآتية:

أ- اختيار دولة جنسية السجين كدولة تنفيذ العقوبة في أحد سجونها:

حسب رأينا فإنّ اختيار دولة الكونغو من طرف "توماس لوبانغا ديالوا" و "جيرمان كاتنغا" لتنفيذ عقوبتهما يعتبر إختيارا صائبا، لأنّه عند نهاية فترة السجن المقررة من المحكمة أو عندما يستنفذ كل من "توماس لوبانغا ديالوا" و "جيرمان كاتنغا" عقوبتهما، سيظلان متواجدين في دولتهما وليس في دولة أخرى، وبالتالي سوف

تقرر لهما حقوق كرعايا دولة الكونغو لا سيما حمايتهما دبلوماسيا وممارستها لحقوقهما بصورة آلية⁽¹⁷⁾.

ب- إختيار دولة أجنبية عن جنسية السجين لتنفيذ العقوبة فيها:

في حالة ما إذا اختارت المحكمة دولة أخرى غير الدولة التي يحمل السجين جنسيتها لتنفيذ عقوبته، فهنا تثار إشكالية حقيقية عند قضاء فترة العقوبة، لأنّ السجين ليس له الحق في أن يمكث بعد ذلك في تلك الدولة التي قضى فيها عقوبته لأنّها دولة لا يتمتع بجنسيتها، فمن هنا يكون مصير السجين مرهون بأمرين:

الأمر الأول: قبول دولة تنفيذ بقاء السجين فيها: يتحتم على هذه الدولة منح جنسيتها للسجين إلا في حالة رفضه لذلك، فيجب عليه مغادرة إقليمها ليختار وجهة دولة أخرى. الأمر الثاني: عدم قبول دولة تنفيذ العقوبة بقاء السجين فيها: فمن هنا يجب أن تتخذ هذه الدولة الإجراءات اللازمة وفقا لقواعد القانون الدولي، لا سيما منها معاملة الأجانب أو تباشر إجراءات التسليم للدولة التي تطلبه ويجب أن يبدي السجين رغبة في ذلك أو تعامله دولة التنفيذ كلاجئ، وتطبق عليه الإتفاقية الخاصة باللاجئين⁽¹⁸⁾.

كما يمكن لدولة التنفيذ أن تسلم السجين إلى دولته الأصلية (التي كان يتمتع بجنسيتها)، فإنّ قبلته دولته فالسجين الذي قضى عقوبته يكتسب كل الحقوق المدنية والسياسية ويستفيد من الحماية الدبلوماسية.

أما في حالة رفضه من طرف الدولة التي كان يتمتع بجنسيتها⁽¹⁹⁾، لا سيما اذا كان هذا السجين قد ارتكب جرائم ضد النظام الحاكم، مثلما حدث بكوت ديفوار بين لوران غباغبوا والحسن واترا⁽²⁰⁾، فمن هنا نكون أمام إشكالية حقيقية وأمام غياب نص قانوني في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يفصل في هذه القضية، فيبقى السجين في هذه الحالة رهن المساومات السياسية من قبل العديد من الدول فتنتهك كامل حقوقه.

3- الآثار المترتبة عن مبدأ التكاملية

يقتضي مبدأ التكامل، أنّه في حالة ما إذا كانت الدولة غير قادرة أو غير راغبة في محاكمة شخص مرتكب للجرائم الدولية التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية،

فذلك يمنح الاختصاص للمحكمة في مقاضاة مقترفي هذه الجرائم، إذا توافرت الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص⁽²¹⁾ والشروط المتعلقة بالمقبولية⁽²²⁾.

ولا يعني المبدأ على أنّ المحكمة تمثل سلطة قضائية أعلى من السلطات القضائية الوطنية، بل هو اعتراف كامل بالقضاء الوطني، الذي يُكَمِّله في الاختصاص ولا يعلو عليه إلا في حالة الانهيار أو عدم جدية إجراء المحاكمة⁽²³⁾.

يرتب هذا الوضع نتيجة مفادها أنّ الدولة غير الراغبة أو غير القادرة على المقاضاة، لا يمكنها أن تنفذ الأحكام الصادرة عن المحكمة، لأنّها أبدت في الأول عدم رغبتها في المقاضاة والتحقيق وعدم رغبتها في ذلك، خاصة عندما تكون مؤسسات تلك الدولة منهارة، بسبب وجودها في حالة إنتقالية أوفي مرحلة الإعمار أو مرحلة ما بعد النزاع المسلح، مما يؤدي إلى عدم قدرتها على تنفيذ الأحكام وليست قادرة على التحقيق والمقاضاة.

أما في حالة ما إذا طالبت الدولة تنفيذ حكم المحكمة وقبول هذه الأخيرة طلبها، فإنّه لا يجوز لتلك الدولة أن تعدل في مدة الحكم أو طبيعته، كما لا يجوز لها إعادة النظر فيه، فالأمر مقتصر على المحكمة فحسب. ولا يجوز لدولة التنفيذ إعاقة رغبة المتهم في طلب إستئناف الحكم الصادر أو إعادة النظر فيه⁽²⁴⁾.

وعلى الرغم من أنّ الاشراف على تنفيذ الحكم الصادر يكون من طرف المحكمة، وفقا لمعايير معاملة السجناء المقررة في المعاهدات الدولية المقبولة على النطاق الواسع⁽²⁵⁾. فإنّ أوضاع السجن وقواعد تنفيذ العقوبة تخضع لقانون دولة التنفيذ، بشرط أن تكون هذه الأوضاع متفقة مع المعايير المشار إليها، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تكون هذه الأوضاع أكثر أو أقل يسراً من الأوضاع المتاحة للسجناء المدانين بجرائم مماثلة في دولة التنفيذ⁽²⁶⁾.

ثانيا/ الإشكاليات العملية التي تحدّد من تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية

إنّ الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية لا تتمتع بالقوة التنفيذية تلقائيا في أقاليم الدول الاطراف في النظام الأساسي، بل يجب أن تتوفر فيها الشروط القانونية المذكورة سابقا، لا سيما تلك المذكورة في المادة 103 وما يليها من النظام

الأساسي. بالإضافة الى هذه الشروط التي تعدّ قيوداً على تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة، توجد إشكالات أخرى عملية تعيق تنفيذ هذه الأحكام، خاصة أنّ هذه الأحكام هي أجنبية عن الدول التي تتولى تنفيذها، لأنها لم تصدر وفقاً لقضائها الداخلي، وبالتالي تضعف نشاط المحكمة وتحدّ من مصداقيتها.

1- التزام الدول بالتعاون في تنفيذ الأحكام الاجنبية ومقتضيات السيادة الوطنية

تعمل المحكمة الجنائية الدولية وفقاً لمبدأ التعاون مع الدول الأطراف أو مع المنظمات الدولية، لغرض تنفيذ أحكامها، والتعاون لتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة تعدّ قواعد ذات حجية على الكافة (*ERGA OMNES*) أو من الالتزامات التي تقع على الكافة، وهذا ما تم الأخذ به في المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة يوغوسلافيا سابقاً ورواندا⁽²⁷⁾.

في المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة الخاصة بيوغوسلافيا سابقاً ورواندا، تم إبرام العديد من الإتفاقيات الثنائية عن طريق منظمة هيئة الأمم المتحدة مع الدول الراغبة في تنفيذ أحكام المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة. وتخضع كل الاتفاقيات للمعايير الدولية المطبقة على السجون وأوضاع السجن، والتي تقتضي معاملة السجناء بصفة متساوية وموحدة دون تمييز بين السجناء من حيث العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو المنشأ القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر⁽²⁸⁾. هذه المعايير يجب أن تعمل الدولة التي يقضي فيها السجناء عقوبته وفقاً لتطبيق المعايير المعترف بها دولياً، ففي سنة 2009 أبرمت كل من المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا سابقاً والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا أكثر من 15 إتفاقية مع مختلف الدول لهذا الغرض⁽²⁹⁾.

أما في المحكمة الجنائية الدولية، فهناك دول ترفض عمداً التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية في تنفيذ أحكامها أو الأوامر الصادرة من المحكمة، فعلى سبيل المثال نجد أنّ دولة السودان ترفض إطلاقاً التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية في تنفيذ الطلبات الخاصة بإلقاء القبض على الرئيس السوداني "عمر حسن أحمد البشير"، و"علي كوشيب" و"أحمد هارون" وتسليمهما للمحكمة، وقد أحالت الدائرة

التمهيدية الثانية للمحكمة القرار الخاص بعدم تعاون السودان إلى مجلس الأمن بتاريخ 09 مارس 2015⁽³⁰⁾.

بدا عدم تعاون السودان مع المحكمة الجنائية الدولية، خاصة عندما رفضت تنفيذ قرار مجلس الأمن رقم 1593⁽³¹⁾، وبدا واضحا خلال المشاركة الفعلية للرئيس السوداني في قمة الإتحاد الإفريقي المنعقد بجنوب إفريقيا يومي 13 و 14 جوان 2015⁽³²⁾.

ومن جانب آخر، نجد أنّ الدول التي يتم اختيارها لتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة، وذلك إعمالاً لمبدأ السيادة لا تقتنع ولا تقبل أن يسجن شخص في سجونها، دون أن تحاكمه وفقاً لقضائها الداخلي وأمام أحد محاكمها المختصة.

هناك دول تعتبر الأمر في هذه الحالة تدخلاً في الشؤون الداخلية، غير أنّ هذه الاشكالية تصطدم بطبيعة العلاقات الدولية، التي تقتضي أن تتنازل الدولة عن جانب من سيادتها لصالح المجتمع الدولي، خاصة أنّ هذه الدول هي أطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وانضمت إلى إتفاقية روما بكل حرية، فالدول في هذه الحالة يجب أن تتخذ التدابير الضرورية لتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة، لأنّ هذه الأحكام صدرت في إطار محاربة الافلات من العقاب وتجسيد العدالة الجنائية الدولية، فهي إذن منسجمة مع المبادئ الانسانية المعترف بها في الأنظمة الداخلية والدولية⁽³³⁾.

في المقابل، لا يعدّ خضوع الدول لقواعد القانون الدولي بصفة عامة وقواعد القانون الدولي الجنائي بصفة خاصة إهداراً لسيادتها أو تنازلاً عنها، بل أنّ القواعد تحد من نظام السيادة، فهي إذن سيادة "مقيّدة" بقواعد القانون الدولي التي تشارك الدول في وضعها، أو تستقبلها بكل حريتها ووفقاً لمبدأ الرضائية في القانون الدولي. وبالتالي أصبحت السيادة تمارس في إطار الضوابط القانونية المشروعة، تأسيساً على مبدأ السيادة وقواعد القانون الدولي⁽³⁴⁾.

يتضح لنا أخيراً أنّ مبدأ السيادة لا يتنافى مع إقرار المسؤولية الجنائية الفردية على مستوى الدولي، بل بالعكس فالدولة تحترم وجودها في المجتمع الدولي، وتساهم في إقرار العدالة ومحاربة الافلات من العقاب والمحافظة على العلاقات السلمية بينها وبين أقرانها من الدول⁽³⁵⁾، فاحترام سيادة الدول وسلامتها هو أمر مهم لتحقيق أي تقدم

مشترك، فزمن السيادة "المطلقة" قد مضى، فالدول تمضي نحو إيجاد توازن بين احتياجات الحكم الداخلي ومتطلبات عالم يزداد ترابطا وتماسكا يوما بعد يوم⁽³⁶⁾.

2- غياب جهاز متابعة تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية

إنّ أسباب غياب جهاز متابعة تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الجنائية الدولية، تكمن في وجود دوافع سياسية، والتي نذكر منها موقف الولايات المتحدة الأمريكية والمعارضة الشديدة للقضاء الدولي الجنائي بصفة عامة⁽³⁷⁾، وكذلك أسباب مالية متعلقة بنقص الإمكانيات، خاصة أنّ الولايات المتحدة تعتبر أكبر ممول للمؤسسات الدولية، ولا تساهم في تمويل المحكمة لأنها ليست طرفا فيها.

كما أنّه لا يمكن للمحكمة الجنائية أن تمارس عملها دون أن يكون لها قوة من الشرطة الدولية تحت تصرفها، فهي ستظل معتمدة على العلاقات التي تربطها بقوات الشرطة في البلدان المختلفة، ولهذا وصفت عدالة المحكمة من الأستاذة ديانا جونستون بعدالة المنتصرين⁽³⁸⁾.

وإن كنا على افتراض أنّ المحكمة الجنائية الدولية تتمتع بالاستقلالية، التي تتمكن من خلالها إصدار الأحكام وفقا للمعايير الدولية المتعارف عليها في المحاكمة العادلة، فإنّها في حالات بعينها، نتيجة لذلك ستجد نفسها مجبرة على أن تضع أحكامها قيد الحفظ إذ لا سبيل في تنفيذها. فنظر النظام القانوني الدولي لمسألة تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية قائم على فلسفة التوازن الاستراتيجي، فليس من قبيل الصدفة أن يخلق الجزء الأكثر أهمية في النظام القانوني الدولي هزيلا أو غير قابلا لتطبيق في أغلب الأحيان⁽³⁹⁾.

فالتبيعة الخاصة بالنظام القانوني الدولي، جعلت من المحكمة الجنائية الدولية التي تحتاج إلى أقصى قدر من القوة التنفيذية ليس لديها إلا الانتظار لاستجابة الدول لطلبات التعاون المقدمة من قبل المحكمة عندما تتوفر الإرادة السياسية من أجل ذلك⁽⁴⁰⁾.

غير أنّ الرأي الغالب هنا هو منح الصفة "الفوقمية" للمحكمة الجنائية الدولية من طرف الأعضاء فيها، ووفقا لمبدأ التكاملية فإنّ منح الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة أشخاص وإصدار أحكام مختلفة ضدهم، تعدّ من الآثار المباشرة

المرتتبة عن منح هذه الصفة للمحكمة، وبالتالي إمكانية تطبيق الأحكام الصادرة عنها في أقاليم الدول الأطراف في نظامها الأساسي⁽⁴¹⁾.

فمن هنا تضى على الأحكام الصادرة من المحكمة الجنائية الأثر الفوري والمباشر اتجاه الأشخاص المحكوم عليهم، وعلى أقاليم الدول الأطراف في نظامها الأساسي.

3- السياسة المنتهجة من الدول الكبرى إزاء تنفيذ الأحكام الأجنبية:

أهم ما يميز النظام القانوني الدولي اليوم هو الانتقائية، أو ما يسمى ازدواجية المعايير في تطبيق قواعد القانون الدولي، وهذه الازدواجية هي من صنع الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها من الدول الكبرى الأخرى، التي فضلت تجسيد مصالحها فحسب، دون احترام لقواعد القانون الدولي ومبادئ العدالة والإنصاف.

تجسيدا لسياستها سخرت الولايات المتحدة الأمريكية هيئة الأمم المتحدة، بما فيه مجلس الأمن لتؤدي دور الانتقائية في التعامل مع مشاكل العالم على النحو الذي يخدم مصالحها الاستراتيجية⁽⁴²⁾، وتسييس العدالة الجنائية الدولية⁽⁴³⁾. هذا الوضع أدى إلى ظهور قلق عميق تجاه تصرفات مجلس الأمن والسلطات الممنوحة له بموجب ميثاق هيئة الأمم المتحدة، أو من خلال التفسير الموسع الذي يعطيه للميثاق بتطبيق نظرية الصلاحيات الضمنية للمنظمات الدولية، بعيدا عن أي رقابة أو متابعة أو مراجعة قضائية، فمجلس الأمن يحرص أن تأتي قراراته معبرة لمصالح الولايات المتحدة الأمريكية سواء إتفقت أو اختلفت مع مقتضيات سلطته بموجب ميثاق هيئة الأمم المتحدة⁽⁴⁴⁾.

فالدول لا ترغب في استقبال المحكوم عليهم من طرف المحكمة الجنائية الدولية، ولا تقبل بتنفيذ الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة في سجونها ما دام أنّها صدرت باسم المحكمة، وليس باسم الدولة المعنية بالتنفيذ. وعليه فإنّ المحكمة الجنائية الدولية تتخذ موقفا بشأن هذه الدول التي لا ترغب في تنفيذ أحكام صادرة عنها وذلك بمعية الأمم المتحدة التي تربطها علاقة معها⁽⁴⁵⁾. فمن هنا يتدخل مجلس الأمن بممارسة ضغوطات على الدولة التي لا ترغب في تنفيذ أحكام المحكمة، وفقا للسياسة الانتقائية التي تفرضها عليه الولايات المتحدة الأمريكية، نظرا لتعامل مجلس الأمن بازدواجية

المعايير في تنفيذ القرارات الصادرة عن الهيئة ذاتها، وأجهزتها الفرعية على غرار مجلس حقوق الانسان⁽⁴⁶⁾.

فتقرير دولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بامتناع عن تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية، (وهو ما يسمى بالإفناذ المباشر) لأوامر المحكمة وقراراتها، يعطي لهذه الأخيرة الحق في اتخاذ قرار بشأن الامتناع عن التنفيذ، فتقوم بإحالة الوضع على جمعية الدول الاطراف أو على مجلس الأمن إذا كان مجلس الأمن قد أحال المسألة على المحكمة⁽⁴⁷⁾.

وفي ظل عدم امتلاك المحكمة الجنائية الدولية لوسائل فعالة للضغط على الدول، قصد الاستجابة لقرارات المحكمة وتنفيذ أحكامها، يجعل من عملية التنفيذ الحلقة الأشد ضعفاً والأكثر هشاشة في النظام الأساسي والإجرائي للمحكمة⁽⁴⁸⁾. والتعويل على مجلس الأمن الدولي، الذي من المفروض أن يكون له نصيب من المسؤولية في تنفيذ الأحكام الجنائية الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية، خاصة إذا ما قام بالإحالة على المحكمة⁽⁴⁹⁾، يبدو أمراً قليل الأهمية أمام تفعيل نظرية ازدواجية المعايير في العمل الذي يؤديه.

خاتمة

إنّ الاشكاليات التي تثيرها عملية تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية سواء القانونية منها أو العملية، مازالت في أوجّها، خاصة أنّ المحكمة لا تزال في المرحلة الأولى من مراحل البدء في إصدار أحكامها وتنفيذها. غير أنّ هذه الاشكاليات بدت واضحة ولا يمكن التغاضي عنها، وذلك بتحليل النظام الموضوعي والإجرائي للمحكمة واستقراء الواقع الدولي عند تطبيق القواعد القانونية الدولية.

إنّ تعدد الاشكاليات التي تعيق تنفيذ أحكام المحكمة، أملت بها طبيعة المحكمة بحد ذاتها، وذلك منذ نشأتها إلى غاية ممارسة عملها وإصدارها للأحكام الجنائية النهائية. فسلطات الدول الكبرى في إضعاف المحكمة ما هي إلا ترجمة لعرقلة تنفيذ أحكامها، خاصة أنّها وصفت بكونها محكمة خاصة بالدول الإفريقية.

أما لجوء المحكمة الجنائية الدولية إلى مجلس الأمن الدولي، للضغط على الدول لتنفيذ الأحكام الصادرة عنها هي آلية خطيرة جداً، بالإضافة إلى السلطات الممنوحة

للمجلس بموجب النظام الأساسي للمحكمة، مثل سلطة إرجاء الفصل في الحالة التي تم إحالتها على المحكمة الجنائية الدولية.

غير أنّ الدعم الذي يقدمه مجلس الأمن إلى المحكمة في صون السلم والأمن الدوليين وإرساء العدالة الجنائية الدولية، فحسب رأينا سيكون عاملاً مهماً لمسألة تنفيذ أحكام المحكمة، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان لمجلس الأمن صلاحيات في تنفيذها. لأنّ تنفيذ الأحكام لا يقع حكراً على المحكمة والدول الأطراف فيها. بل هو مسؤولية جماعية مُلقاة على عاتق الدول ككل بما فيها الدول غير الأطراف في النظام الأساسي. نظرا للعراقيل التي تعاني منها المحكمة، توصلنا إلى الاقتراحات التي نراها مناسبة للحدّ من الإشكاليات التي تعترض المحكمة في تنفيذ الأحكام الجنائية الدولية، والتي نجملها فيما يلي:

- تقوية آلية التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الدولية، وذلك بتوسيع مجال تعاون المحكمة الجنائية الدولية مع الدول في كل مراحل الدعوى الجنائية الدولية، سواء مرحلة الاتهام أو المحاكمة وليس فقط في تنفيذ الأحكام.
- توحيد العقوبات والإجراءات القضائية فيما بين الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لتفادي تعارض فيما بين القواعد المتعلقة بتنفيذ الأحكام الجنائية فيما بين دول التنفيذ.
- العمل على الإنسجام بين القواعد القانونية الدولية المطبقة في المحكمة الجنائية الدولية، والقواعد القانونية الوطنية لتسهيل تنفيذ الأحكام الجنائية الصادرة عن المحكمة، خاصة أنّ هذه الأحكام صدرت بعد إعمال مبدأ التكامل بين المحكمة والقضاء الوطني.
- تعديل التشريعات الوطنية بما يكفل إمكانية العمل مع الهيئات الدولية في تنفيذ القرارات أو الأحكام الصادرة عنها، خاصة أنّ هذه الأحكام تصدر باسم المجتمع الدولي ككل وليس باسم الدولة الواحدة.
- إعادة هيكلة الأمم المتحدة خاصة مجلس الأمن وذلك بمشاركة جميع الدول، وتظافر قوى السلام الحقيقي الخالي من الانتقائية، وبناء نظام دولي جديد على أساس السلم

والعدل لا على أساس المصالح والمحاباة، مع إشاعة التعاون الطوعي فيما بين أشخاص القانون الدولي والكيانات الفاعلة بينها، لإقامة رباط مشترك ومجتمع دولي متماسك لتحقيق ما تصبو إليه جميع الشعوب والإنسانية جمعاء⁽⁵⁰⁾.

— سن قانون عقوبات عالمي يضمن الاعتراف بعمل المحكمة الجنائية الدولية والأحكام الصادرة عنها، لتحقيق عدم إفلات مرتكبي الجرائم الدولية من العقاب والسعي نحو إيجاد صياغة لصور التعاون الدولي لتنفيذ الأحكام الجنائية الدولية في التشريعات الوطنية.

الهوامش:

(1) حسب المواد 81 و 82 و 84 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن طرق الطعن المتاحة أمام المحكمة إثنان:

- طريق الاستئناف في قرارات التبرئة أو الإدانة أو الحكم القاضي بالعقوبة أو القرارات الأخرى المتعلقة بالاختصاص أو المقبولية، وقرارات الإفراج عن المتهمين وكذا قرارات الدائرة التمهيدية الخاصة بالتصرف.
- طريق إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة، في حالة ما إذا ظهرت دلائل جديدة، أو الاعتماد على أدلة مزيفة أثناء المحاكمة، أو بارتكاب سلوك سيء وجسيم من القضاة المشاركين في المحاكمة أو أخلوا بواجباتهم، للتفصيل أكثر في هذا الموضوع راجع:

Leonardo NEMER CALDEIRA BRANT et Fernanda ARAUJO KALLAS, Les voies de recours, in, Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, *Droit international pénal*, 2^{ème} édition révisée, A, PEDONE, Paris, 2012, pp.984 - 986.

(2) تنص المادة 74 فقرة 2 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ما يلي " ...يستند قرار الدائرة الابتدائية إلى تقييمها للأدلة ولكامل الإجراءات، ولا يتجاوز القرار الوقائع والظروف المبينة في التهم أو في أية تعديلات للتهم، ولا تستند المحكمة في قرارها إلا على الأدلة التي قدمت لها وجرت مناقشتها أمامها في المحاكمة...".

(3) كرس هذا المبدأ في المادة 20 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(4) كرس هذا المبدأ في المادة 24 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(5) انظر المادة 103 الفقرة الأولى والثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(6) يشمل الباب العاشر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المواد من 103 إلى 111.

(7) انظر المادة 03 الفقرة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(8) انظر المادة 103 الفقرة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(9) وقد ازداد في دولة رواندا خطر الجرائم الدولية وتعدد مرتكبيها، خاصة أنّ النزاع في رواندا هو نزاع إثني وعرقي، لذا استجاب مجلس الأمن لطلب حكومة رواندا لإنشاء في أسرع وقت ممكن محكمة جنائية دولية خاصة برواندا، لتفصيل أكثر راجع، جيرهارد إراسموس ونادين فوري، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا: هل عولجت جميع القضايا؟ كيف تقارن مع لجنة تقصى الحقائق لجنوب إفريقيا؟ المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 58، السنة العاشرة، نوفمبر ديسمبر 1998، ص. 686.

(10) تنص المادة 201 من قواعد الإجراءات والإثبات للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ما يلي: "... تشمل مبادئ التوزيع العادل ما يلي: (أ) - مبدأ توزيع الجغرافي العادل.

(ب) ضرورة أن تتاح لكل دولة مدرجة في القائمة فرصة إيواء بعض الأشخاص المحكوم عليهم.

(ج) عدد الأشخاص المحكوم عليهم الذين أوتهم بالفعل تلك الدولة وسائر دول التنفيذ.

(د) أية عوامل أخرى ذات الصلة". وثيقة رقم ICC-ASP/1/3 المعتمدة من جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المعتمد في الدورة الأولى، بنيويورك بتاريخ 03 إلى 10 سبتمبر 2002، المعدل بموجب المؤتمر الاستعراضي لتعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المنعقد بكمبالا عاصمة أوغندا بتاريخ 11 جوان 2010.

(11) انظر المادة 103 فقرة الثالثة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(12) Voir, la décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du statut, par la chambre de première instance 1 de la CPI, dans la situation en République Démocratique du CONGO, affaire Le Procureur - contre Thomas LUBANGA DYILO, n° : ICC- 01/04-01/06 du 10 juillet 2012.

(13) Décision relative à la peine prononcée par la Chambre de première instance 2 de la Cour pénale internationale, rendu en application de l'article 76 du Statut de Rome dans la situation en République Démocratique du CONGO, affaire Le Procureur - contre GERMAIN KATANGA n° ICC-01/04-01/07 en date du 23 mai 2014.

(14) Voir, le communiqué de presse de la cour pénale internationale en date du 19/12/2015 sur le cite, https://www.iccpi.int/fr_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1181.aspx.

(15) تنص القاعدة 205 من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية على ما يلي: " عند رفض إحدى الدول في حالة معينة تعيينها للتنفيذ من قبل هيئة الرئاسة، يجوز لهيئة الرئاسة تعيين دولة أخرى".

(16) القاعدة 103 من قواعد الإجراءات والإثبات للمحكمة الجنائية الدولية التي تنص: " تخطر هيئة الرئاسة الشخص المحكوم عليه خطيا بأنها تنظر في تعيين دولة التنفيذ، ويقدم الشخص المحكوم عليه كتابة إلى هيئة الرئاسة، في غضون المهلة التي تحددها إزاءه في هذا الشأن..."

(17) هذا ما تم تأكيده من خلال قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 59/10، من خلال المادة 03 من المشروع، تحت عنوان: توفير الحماية من قبل دولة الجنسية، التي تنص على ما يلي: " الدولة التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية هي دولة الجنسية". وثيقة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/59/10 في دورتها 59 سنة 2004، المتضمنة مشروع لجنة القانون الدولي المعتمد في دورتها 56 في الفترة الممتدة من (3 ماي إلى 4 جوان ومن 5 جويلية إلى 6 اوت 2004). هذه المادة المشار إليها أنفا، تؤكد أنّ الدولة التي يحمل الشخص المتضرر جنسيتها، هي التي يحق لها أن تمارس الحماية الدبلوماسية لصالح هذا الشخص، ولكنها غير ملزمة بذلك، والتأكيد في هذه المادة ينصب بمنح الدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية.

(18) تنص المادة 8 الفقرة الثانية من مشروع لجنة القانون الدولي المذكور أعلاه على ما يلي "... يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص تعترف به تلك الدولة كلاجئ، إذا كان ذلك الشخص وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، يقيم بصفة قانونية واعتيادية في تلك الدولة..."

(19) إنّ بعض الدول تتجه نحو تجريد الأشخاص المرتكبين للجرائم الدولية من جنسيتهم فيصبح هذا الشخص عديم الجنسية. وهي حالة خطيرة جدا يتصدى لها القانون الدولي بصفه عامة، وهذا ما تفعل فرنسا حاليا بتجريد الجنسية للأشخاص مزدوجي الجنسية بفرنسا

(20) Voir, La décision de procureur de la CPI n° ICC-02/11-3 en date du 23 juin 2011 déposé en vertu de l'article 15 du statut de Rome dans laquelle il demande à la chambre préliminaire l'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en côte d'ivoire; et voir notamment le rectificatif à la décision de la chambre préliminaire relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en république de côte d'ivoire, rendu en application de l'article 15 du statut de Rome, n° ICC-02/11 en date du 15 novembre 2011.

(21) تم تحديد الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص في المادة 12 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي نلخصها فيما يأتي:

- تمارس المحكمة الجنائية اختصاصها على الدول الأطراف او على الدول التي تعلن قبولها اختصاص المحكمة.
- تمارس المحكمة الجنائية على الدول الأطراف او الدول التي قبلت باختصاص المحكمة الواقع في اقليمها السلوك قيد البحث أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة، إذا ارتكبت الجريمة على متن السفينة أو الطائرة.
- تمارس المحكمة اختصاصها على الدول الأطراف أو الدول التي قبلت باختصاص المحكمة التي يكون الشخص المتهم بالجريمة أحد رعاياها.

(22) حددت الشروط المتعلقة بالمقبولية في المواد 17-18-19 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(23) عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وتطوره، مجلة مركز بحوث الشرطة، تصدر عن مركز بحوث الشرطة بأكاديمية مبارك للأمن، القاهرة، العدد 21، جانفي 2002 ص.472.

(24) المادة 105 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(25) المادة 106 الفقرة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(26) المادة 106 الفقرة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(27) كشفت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا سابقا والمحكمة الجنائية الدولية أنّ تعاون الدول معها في تنفيذ أحكام المحكمتين يعدّ من الالتزامات ذات الحجية على الكافة، انظر:

Arrêt de la chambre d'appel de TPIY du 29 octobre 1997, relatif à la requête de la République de CROATIE aux fins d'examen de la décision de la chambre de première instance, rendue le 18 juillet 1997, disponible sur le cite, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/fr/71029JT3.html>.

(28) انظر المادة الأولى من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء المعتمدة في مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد بجنيف عام 1955، والذي أقره المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، بقراريه رقم 663 ج(د-24) المؤرخ في 31 جويلية 1957 ورقم 2076 (د-62) المؤرخ في 13 ماي 1977.

(29) Hirad ABTAHI, l'exécution de la peine, in, Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, Droit international pénal, 2^{ème} édition révisée, A, PEDONE, Paris, 2012, p.989.

(30) انظر، وثيقة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/70/350 المؤرخ في 28 اوت 2015، المتعلق بالتقرير السنوي

للمحكمة الجنائية الدولية للفترة الممتدة ما بين 1 اوت 2014 إلى 31 جويلية 2015، ص.13

(31) صدر قرار مجلس الأمن رقم 1593 بتاريخ 13 مارس 2005 وثيقة رقم، S/RES/159 المتعلقة بإحالة حالة

السودان على المحكمة الجنائية الدولية، وقد استند مجلس الأمن في قراره رقم هذا على المواد: 298/79/75/16 من

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، انظر في ذلك، بركاني أعمار، مدى شرعية الأمر بالقبض الدولي الصادر من

المحكمة الجنائية الدولية في مواجهة الرئيس السوداني، مداخلة قدمت لإثراء أشغال الملتقى الوطني الأول، حول

المحكمة الجنائية الدولية (واقع وأفاق)، يومي 28-29 افريل 2009. كلية الحقوق والآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة

8 ماي 1945، قائمة، ص.1.

(32) « Le procureur de la Cour pénale internationale dénoncé devant le Conseil de Sécurité (l'absence perpétuelle de coopération) du Soudan », Voir, la décision de la chambre préliminaire 2, n° ICC-02/05-01/12, relative à la requête du procureur au fins qu'il soit pris acte de la non-coopération de la république de Soudan, p.07.

(33) فاطمة محمد العطوي، الاشكاليات التي يثيرها التعاون الدولي في المواد الجنائية، الطبعة الأولى، دار النهضة

العربية، القاهرة، 2013، ص.133.

(34) د. ابراهيم علي، الحقوق والواجبات الدولية في عالم متغير المبادئ الكبرى والنظام الدولي الجديد، الطبعة الأولى،

دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.35 وما بعدها.

- (35) متعب بن عبد الله السند، التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية وأثره في تحقيق العدالة، مذكرة ماجستير في القانون، قسم العدالة الجنائية، تخصص السياسة الجنائية، جامعة الرياض، 2011، ص.4.
- (36) باسيل يوسف باسيل، سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة الدراسات الاستراتيجية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبوظبي، 2001، ص.94.
- (37) لقد عبر الوفد الأمريكي بقيادة " دافيد شيفر David SCHEFFER " في خطابه أمام اللجنة السادسة للجمعية العامة الخاصة بالتحضير لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية بقوله " نحن نخشى قصور فاعلية المحكمة الدولية، دون الولايات المتحدة الأمريكية، عكس المتوقع من تلك المحكمة، ونحن نتذكر دروس أوائل هذا العقد من القرن الحالي حيث أخفقت المؤسسات الدولية الطموحة، التي تم إنشاؤها وإلى حد كبير، لسبب عدم مشاركة الولايات المتحدة الأمريكية ودعمها حيث أصبحت تلك المؤسسات غير متصلة بالموضوع الذي من أجله كان سبب قيامها "، نقلا عن، بارعة القدسي، المحكمة الجنائية الدولية طبيعتها واختصاصاتها موقف الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل منها، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، العدد الثاني، 2004، ص.150.
- (38) ديانا جونستون، العدالة من أجل السلم أم من أجل الحرب؟ المحكمة الجنائية الدولية لجمهورية يوغوسلافيا السابقة كسابقة للمحكمة الجنائية الحالية، بحث مقدم إلى الندوة الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (الطموح - الواقع - وأفاق المستقبل)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، يومي 10-11 ماي 2007، ص.9.
- (39) د. أحمد قاسم الحميدي، المحكمة الجنائية الدولية (الجزء الثاني) العوامل المحددة لدور المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، تعز، 2005، ص.162.
- (40) المرجع نفسه، ص.163.
- (41) د.محمد خليل الموسى، الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية (الهيئات المعنية بتسوية نزاعات حقوق الإنسان والبيئة والتجارة الدولية)، الطبعة الأولى، داروائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص.84.
- (42) د.لعي عبد الباقي العزاوي، الوسائل القانونية لإصلاح مجلس الأمن لتفادي الانتقائية وزدواجية المعايير في تعامله مع القضايا الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص.265.
- (43) د.أحمد بشارة موسى، الانتقائية في العدالة الجنائية الدولية، مجلة الدراسات وأبحاث، الصادرة عن جامعة الجلفة، العدد 11 جوان 2013، ص.37.
- (44) د. عبد العزيز محمد سرحان، النظام الدولي الجديد والشرعية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص.24.
- (45) تنص المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ما يلي: "تنظم العلاقة بين المحكمة والأمم المتحدة بموجب اتفاق تعتمده جمعية الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي ويبرمه بعد ذلك رئيس المحكمة نيابة عنها".
- (46) د.لعي عبد الباقي العزاوي، مرجع سابق، ص.270.
- (47) انظر المادة 87 الفقرة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- (48) د. أحمد قاسم الحميدي، مرجع سابق، ص.135.
- (49) انظر المادة 12 فقرة 02 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- (50) أشارت إليه بالتقريب، د. لعي عبد الباقي العزاوي، مرجع سابق ص.386.

الحماية الموسعة للعلامة المشهورة (دراسة مقارنة)*

Dr. RACHEDI Saida
Département de Droit des affaires,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia –Algérie.

د. راشدي سعيدة
قسم قانون الأعمال،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

نظرا للشهرة والسمعة التي تتمتع بها بعض العلامات كان لزاما أن تحظى بمعاملة مختلفة عن غيرها من العلامات العادية، والاستفادة من نظام حمائي خاص وذلك استثناء عن المبادئ التقليدية التي تخضع لها العلامات، كمبدأ الإقليمية الذي يقضي أنّ العلامة تحظى بحماية في إقليم دولة ما ولا تمتد إلى غيرها من الأقاليم، أو مبدأ التخصيص الذي يوفر الحماية للعلامة في حدود المنتجات أو الخدمات المعينة لها، الأمر الذي تم تكديسه في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية .

الكلمات المفتاحية:

العلامات المشهورة، معايير الشهرة، نطاق حماية العلامات المشهورة، نظام الحماية.

The extended protection of well-known marks (A comparative study)

Abstract:

Because of the famous or reputation of some brands by their notoriety had to be treated differently from regular brands and thus benefit from a special protection regime derogating from such traditional principles and territoriality rule which implies that the brand produces its effects in a given territory or the specialty rule which excludes all extending protection beyond the products or services covered by the sign.

Keywords:

Well-known brands, reputation criteria, Criteria for notoriety, Scope of protection, Regime of protection.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/02/11 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/03/17 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

La protection élargie de la marque notoire (Etude comparative)

Résumé :

Certaines marques, par leur notoriété, devaient être traitées différemment des marques ordinaires et bénéficier ainsi d'un régime spéciale de protection dérogeant aux principes traditionnels comme la règle de territorialité qui implique que la marque produit ses effets dans un territoire donnée, ou la règle de spécialité qui exclut toute extension de la protection au-delà des produits ou services recouverts par le signe.

Mots clés :

Marques notoires, critères de notoriété, étendue de la protection, régime de protection.

مقدمة

تعدّ العلامة التجارية عنصراً من عناصر الملكية الصناعية، فهي تدخل ضمن الإشارات المميزة للمنتجات أو الخدمات، فعادة ما تتخذ المشروعات الاقتصادية العلامات لتمييز منتجاتها أو خدماتها عن غيرها المنافسة لها، لاستقطاب وجذب أكبر عدد ممكن من الزبائن، غير أنّ وظيفة العلامة لم تعد تقتصر على تمييز المنتجات أو الخدمات عن غيرها وبيان مصدرها، فلقد أصبحت اليوم رمز للجودة والإتقان ووسيلة للإعلان والدعاية، وتلعب دوراً هاماً في الحياة الاقتصادية المعاصرة، ومع زيادة التبادل التجاري الدولي وتطور وسائل الاتصال والإعلان، استطاعت بعض العلامات أن تفرض نفسها على الساحة العالمية واكتسبت شهرة لدى جمهور المستهلكين، لتشكل قيمة اقتصادية قائمة بحد ذاتها تقدر بمليارات الدولارات.

ونظراً لأهمية العلامات المشهورة وقدرتها الفائقة في جذب العملاء، فمن الطبيعي أن لا تعامل كغيرها من العلامات لكونها الأكثر عرضة للاعتداء عليها، والاستفادة من شهرتها بدون وجه حق، لذلك فقد حظيت باهتمام خاص وحماية خاصة على المستوى الداخلي والدولي. فما هي مظاهر تكريس الحماية الخاصة للعلامات المشهورة؟ للإجابة عن ذلك لابد من تعريف العلامات المشهورة وبيان معايير الشهرة أولاً ثم نتطرق إلى نطاق ووسائل الحماية ثانياً.

المبحث الأول/تحديد المقصود بشهرة العلامات

إنّ الشهرة التي تتمتع بها بعض العلامات هي أساس الحماية الخاصة المخولة لها، فلا بد من حصر معنى الشهرة (المطلب 1)، وتحديد معاييرها لصعوبة إعطاء تعريف متجانس لها (المطلب 2).

المطلب الأول/تعريف العلامات المشهورة

إنّ العلامة التجارية المشهورة هي إشارة مميزة كغيرها من العلامات، تخضع من حيث تعريفها وشروطها لصحتها للإحكام العامة للعلامة، فهي إشارة تستخدم لتمييز منتجات أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي، غير أنّ معرفتها لدى الجمهور تجاوز حدود دولتها، وبالرجوع إلى القاموس القانوني فإنّ أصل مصطلح " الشهرة " يرجع إلى الكلمة اللاتينية "notus" التي تعني المعروفة لدى الجمهور⁽¹⁾. أما الفقه فلقد عرفها على أنّها العلامة المعروفة لدى قطاع واسع من الجمهور وليس فقط من قبل المختصين⁽²⁾. نتناول فيما يلي موقف التشريعات الوطنية من مفهوم شهرة العلامات (الفرع 1) وموقف الاتفاقيات الدولية (الفرع 2).

الفرع الأول/معنى شهرة العلامات في التشريعات الوطنية

إنّ أغلب التشريعات التي تطرقت لموضوع العلامة المشهورة وأحاطتها بحماية خاصة، لم تضع تعريفا لها بما في ذلك التشريع الفرنسي⁽³⁾ والتشريع الجزائري الذي نص على حمايتها لأول مرة في أمر 06-03 المتعلق بالعلامات⁽⁴⁾. وتستثنى بعض التشريعات كالتشريع الأردني الذي وضع تعريفا للعلامة المشهورة في المادة 2 من قانون العلامات التجارية لسنة 1999 بأنّها: "العلامة التجارية ذات الشهرة العالمية التي تتجاوز شهرتها البلد الأصلي الذي سجلت فيه واكتسبت شهرة في القطاع المعني من جمهور المملكة الهاشمية"⁽⁵⁾، كما عرفها القانون الإماراتي في المادة 4 من قانون العلامات التجارية الاتحادي، بأنّها: "العلامة التجارية ذات الشهرة العالمية التي تتجاوز حدود البلد الأصلي للعلامة...."⁽⁶⁾.

وتجدر الإشارة أنّ غالبية التشريعات كرسّت مفهوماً موحداً للعلامات المشهورة، على خلاف بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والتشريع الألماني الذين ميزوا بين العلامة المشهورة والعلامة ذات السمعة (La marque de renommée)، وهو أيضاً ما تم

تكريسه على مستوى القضاء الأوروبي، كما أنّ أثر هذه الأخيرة نجده في نصوص التوجيه الأوروبية⁽⁷⁾. فنجد مثلاً في القانون الفرنسي أنّ أساس التمييز بين العبارتين يكمن في التسجيل، فحسب المادة 5-713 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي فإنّ المشرع نص على العلامات المشهورة بمفهوم المادة 6 مكرر من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، والتي تمنح الحماية للعلامة المشهورة حتى وإن لم يتم تسجيلها، أما العلامة ذات السمعة فهي علامة مسجلة تحظى بحماية خارج نطاق تخصيصها. ويرى بعض الفقه الفرنسي أنّ النص القانوني الذي ميز بين المفهومين لم يضع أي معيار لهذا التمييز⁽⁸⁾. وأنّ العلامة ذات سمعة هي علامة تتطلب درجة كافية من المعرفة وأنها تتمتع بقوة جاذبية، ولذلك فإنّ العلامة التي تتمتع بسمعة هي بالضرورة علامة مشهورة أما العكس فهو غير صحيح⁽⁹⁾.

الفرع الثاني/معنى شهرة العلامات في الاتفاقيات الدولية

تعدّ اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 1883 أول اتفاقية عنت بحماية الملكية الصناعية، وأول اتفاقية كرست حماية خاصة للعلامات المشهورة وذلك في المادة 6 (ثانياً) منها⁽¹⁰⁾، حيث ألزمت الدول الأعضاء في اتحاد باريس سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب صاحب الشأن، أن ترفض طلب تسجيل أو تبطل تسجيل أو تمنع استعمال العلامة الصناعية أو التجارية، التي تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة لعلامة ترى السلطة المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال أنّها علامة مشهورة، وأن يكون استعمال تلك العلامة بصدد منتجات مماثلة أو مشابهة من شأنها تضليل الجمهور وإيقاعه في لبس. وعليه فإنّ العلامة المشهورة تحظى بحماية مجرد أنّها مشهورة، حتى ولو لم تكن مسجلة أو مستعملة في الدولة التي يراد حمايتها فيها. غير أنّ الاتفاقية لم تضع معايير يمكن الاستناد إليها لتحديد شهرة العلامة، تاركة ذلك لتقدير السلطات المختصة في كل دولة من دول اتحاد باريس.

أما عن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية التي تسمى اتفاقية تريبس (TRIPS) والتي تعتبر من أهم الاتفاقيات المنبثقة عن المنظمة العالمية للتجارة في عام 1994، فقد اهتمت أيضاً بحماية العلامات المشهورة إلى جانب الحماية التي أقرتها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، حيث أحالت اتفاقية

تربس إلى هذه الأخيرة وألزمت دول الأعضاء الالتزام بها إلى جانب الاتفاقيات الأخرى. ولقد نصت اتفاقية تربس على حماية العلامات المشهورة بمقتضى المادة 16 من الاتفاقية دون وضع تعريف لها، والتي تنص على ما يلي:

"...وتطبق أحكام المادة 6 مكررة من اتفاقية باريس، مع ما يلزم من تعديل، على السلع والخدمات غير المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها علامة تجارية، شريطة أن يدل استخدام تلك العلامة التجارية بالنسبة لتلك السلع أو الخدمات على صلة بين تلك السلع أو الخدمات وصاحب العلامة التجارية المسجلة وشريطة احتمال أن تتضرر مصالح صاحب العلامة التجارية المسجلة من جراء ذلك الاستخدام"⁽¹¹⁾.

وعليه وسّعت اتفاقية تربس من مجال حماية العلامات المشهورة لكي تشمل ليس فقط المنتجات أو الخدمات المماثلة أو المشابهة، وإنما أيضا المنتجات والخدمات المختلفة لتلك التي تغطيها العلامة المشهورة. مع الإشارة أنّ الاتفاقية وضعت معيارا عاما يمكن للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أن تسترشد به في تحديد مفهوم العلامة المشهورة، إذ تقضي المادة 16 في فقرتها الثانية على أنه:

"... وعند تقرير ما إذا كانت العلامة التجارية مشهورة تراعى البلدان الأعضاء مدى معرفة العلامة التجارية في قطاع الجمهور المعنى بما في ذلك معرفتها في البلد العضو المعنى نتيجة ترويج العلامة التجارية".

المطلب الثاني/معايير شهرة العلامة

يتضح من خلال استقراءنا لنصوص التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية اختلاف وجهات النظر حول معايير تقدير شهرة العلامة، كما أنّ العديد من القرارات القضائية التي صدرت في العديد من الدول حول العلامات المشهورة تضمّنت عدة معايير الشهرة من خلال المكان الذي تشغله العلامة في السوق وكثافة استثماراتها، امتدادها الجغرافي وزمن استخدامها، وكذا أهمية الاستثمارات المحققة لترقيتها⁽¹²⁾. وإلى جانب هذه المعايير أو مؤشرات الشهرة كما يطلق عليها البعض، يلاحظ صعود بقوة مؤشرات الدعاية التي تعتبر حاسمة لتقدير الشهرة مؤقتا، سواء

عن طريق حملات الدعاية في التلفزة أو ما يثار عنها في الصحف والمجلات، وكذا إنشاء موقع على الانترنت⁽¹³⁾.

وعليه فلا يوجد معيار ثابت لتقدير شهرة العلامة. ولغرض التنسيق بين التشريعات المتباينة وذلك بوضع مبادئ دولية مشتركة يتم اعتمادها إلى جانب الاتفاقيات الدولية في مجال الملكية الصناعية، اعتمدت الجمعية العامة لاتحاد باريس لحماية الملكية الصناعية والجمعية العامة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية التوصية المشتركة بشأن الأحكام المتعلقة بالعلامات المشهورة، وذلك في دورة مشتركة خلال سلسلة الاجتماعات الرابعة والثلاثين لجمعيات الدول الأعضاء في الويبو خلال الفترة من 20 – 29 سبتمبر 1999. وتتضمن التوصية المشتركة مجموعة من المعايير يمكن لدول اتحاد باريس الاسترشاد بها لتحديد متى تعتبر العلامة مشهورة وذلك في المادة 2 في الفقرتين 1 و2 من التوصية المشتركة⁽¹⁴⁾، ولقد جرى تقسيمها إلى معايير موضوعية (الفرع 1)، ومعايير شخصية (الفرع 2).

الفرع الأول/المعايير الموضوعية

لتحديد شهرة العلامة يمكن الاعتماد على عدة معايير موضوعية والتي تتمثل فيما يلي:

1. مدة استعمال العلامة ومجالات الاستعمال ونطاقها الجغرافي. مع الإشارة أنه لا يشترط لاعتبار العلامة مشهورة استعمالها في الدولة التي يراد فيها حمايتها، إذ يكفي لاعتبارها كذلك أن تكون معروفة نتيجة لحملات الدعاية والإعلان.
2. مدة الدعاية والترويج للعلامة، ودرجة نجاح حملات الدعاية والإعلان ونطاقها الجغرافي، وعرض المنتجات التي تميزها العلامة في الأسواق والمعارض الداخلية والدولية وكمية المنتجات المطروحة في الأسواق وحجم المبيعات.
3. عدد البلدان التي سجلت فيها العلامة أو طلبات التسجيل ونطاقها الجغرافي، والمدة الزمنية التي مضت على تسجيلها.
4. ما يدل على نجاح إنفاذ الحقوق المتصلة بالعلامة في الدول المجاورة، ولا سيما إقرار السلطات المختصة بأنها علامة مشهورة، كما يشمل الإنفاذ إجراءات الاعتراض التي يمنع فيها مالك العلامة المشهورة تسجيل علامة تشابه علامته .

5. قيمة العلامة، إذ قد يستفاد من القيمة المرتفعة للعلامة أنّها علامة مشهورة. والجدير بالذكر أنّ العوامل المتقدمة التي ذكرتها المادة 2 من التوصية المشتركة بشأن الأحكام المتعلقة بحماية العلامات المشهورة وردت على سبيل المثال، وهي مجرد عوامل استرشادية لتحديد مدى اعتبار العلامة مشهورة، ولكنّها ليست عوامل حاسمة. وطبقاً للتوصية يتوجب على من يرغب في إثبات أنّ علامته علامة مشهورة أن يوفر للسلطات المختصة المعلومات التي تؤيد صحة ما يدعيه. وتقضى الفقرة (1) (أ) من المادة 2 من التوصية المشتركة بأن تأخذ السلطات المختصة في الاعتبار أية ظروف يستخلص منها بأنّ العلامة مشهورة .

الفرع الثاني/المعايير الذاتية أو الشخصية

إنّ المعايير الموضوعية السابقة تعدّ غير كافية بمفردها لتقدير شهرة العلامة، وإنما يجب أن تقترن بمعيار أساسي يكمن في معرفة الجمهور بالعلامة المشهورة لكن السؤال المطروح هو أمام أي نوع من الجمهور يؤخذ به لتقدير الشهرة ؟ هل الجمهور الكبير أم الجمهور المختص الذي يتعامل بالسلع أو الخدمات؟

بالرجوع إلى التشريعات السابقة فنجد أنّ القانون الإماراتي في المادة 4 من قانون العلامات التجارية الاتحادي نص في الفقرة 2 على أنّه: "ولتحديد ما إذا كانت العلامة ذات شهرة يراعى مدى معرفتها لدى الجمهور المعني نتيجة ترويجها". وهو ما أشار إليه قانون العلامات التجارية الأردني في المادة 2 من قانون العلامات التجارية لسنة 1999 بأنّها:

" العلامة التي اكتسبت شهرة في القطاع المعني من الجمهور في المملكة الأردنية الهاشمية". وكذلك نصت اتفاقية تريبس في المادة 16 في فقرتها الثانية على المعيار الذاتي وذلك بنصها: "... وعند تقرير ما إذا كانت العلامة التجارية مشهورة تراعى البلدان الأعضاء مدى معرفة العلامة التجارية في قطاع الجمهور المعني بما في ذلك معرفتها في البلد العضو المعني نتيجة ترويج العلامة التجارية".

كما أنّ محكمة العدل للمجموعات الأوروبية قررت أنّ العلامة تعتبر ذات سمعة إذا كانت معروفة من قبل جزء معتبر من الجمهور المعني بالمنتجات أو الخدمات الحاملة لتلك العلامة⁽¹⁵⁾.

« la marque de renommée est celle qui est connue d'une partie significative du public concerné par les produits ou services couverts par elle».

وعليه فإنّ الجمهور المعتمد لتقدير شهرة العلامة يتحدد حسب المنتج أو الخدمة، ومهما يكن فإنّ تحديد الجمهور الملائم لتقدير شهرة العلامة يعود للجهات القضائية، وكما ذهب جانب من الفقه فإنّ تقدير شهرة العلامة يتحدد حسب المنتج أو الخدمة المروج لها تجارياً، وعليه فالجمهور المعني يمكن أن يكون إما "الجمهور الكبير"، وإما "الجمهور المتخصص"، لذلك يجب أولاً تحديد المنتجات أو الخدمات المعنية بالعلامة ثم تحديد الجمهور المعني الذي يجب الأخذ به. ففيما يتعلق بالمنتجات أو الخدمات ذات الاستهلاك الكبير أي موجهة للجمهور الكبير، فإنّ العلامة يجب أن تكون معروفة لدى الجمهور الكبير، أما المنتجات الموجهة للاستعمال المهني أو الصناعي، فإنّ الجمهور المعني هو الجمهور المتخصص أي المتعاملين بتلك المنتجات، وفي كلا الحالتين يستوجب أن تكون العلامة معروفة من قبل نسبة معتبرة من الجمهور المعني. وللوصول إلى ذلك يعتمد على طريقة سبر الآراء⁽¹⁶⁾.

وما يلاحظ في الأخير أنّ الاتجاه الحالي في الفقه والقضاء يذهب لتقدير شهرة العلامة بالاعتماد على الجمهور المختص⁽¹⁷⁾. وهذا ما ذهبت إليه أيضاً التوصية المشتركة بشأن الأحكام المتعلقة بحماية العلامات المشهورة المادة 2 (أ)، (ب) - 1 إذ نصت هذه الأخيرة أنّ من عوامل تحديد شهرة العلامة، مدى معرفتها أو التعرف عليها في القطاع المعنى من الجمهور وأنّه يمكن تحديد مدى معرفة العلامة لدى قطاع الجمهور المعنى، عن طريق الدراسات الاستقصائية لأنماط الاستهلاكية واستطلاع آراء المستهلكين وأوضحت التوصية المقصود بالقطاع المعنى من الجمهور في الفقرة 2 من المادة 2 على أنّ القطاعات المعنية من الجمهور تشمل على سبيل المثال ما يلي :

1. المستهلكين الفعليين المحتملين لنوع السلعة أو الخدمة التي تميزها العلامة.
2. الأشخاص المعنيين في قنوات توزيع نوع السلع والخدمات التي تميزها العلامة.
3. الأوساط التجارية التي تتعامل في نوعية السلع والخدمات التي تميزها العلامة⁽¹⁸⁾.

المبحث الثاني/نطاق حماية العلامات المشهورة ووسائل حمايتها

إنّ العلامات التجارية المشهورة بحكم شهرتها وسمعتها تحظى بحماية خاصة، فما هو نطاق هذه الحماية؟ (المطلب 1) وما هي الوسائل القانونية التي تكرس هذه الحماية؟ (المطلب 2).

المطلب الأول/نطاق حماية العلامات المشهورة

الفرع الأول/العلامات المشهورة كاستثناء على مبدأ إقليمية قانون العلامات

إنّ المبدأ العام المعترف به من قبل التشريعات والاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية⁽¹⁹⁾، أنّ العلامات تحظى بحماية في حدود البلد الذي سجلت فيه ولا تمتد الحماية إلى الدول الأخرى وهذا طبقاً لمبدأ إقليمية قانون العلامات، غير أنّ القانون الوطني للعلامات أصبح عاجزاً عن توفير حماية ملائمة للعلامات التي اكتسبت شهرة على المستوى العالمي، فكان لزاماً البحث عن حمايتها في الدول التي وصلت إليها شهرتها قبل أن يتم تسجيلها فيها، وتحقق ذلك في اتفاقية باريس التي نصت ولأول مرة على حماية العلامات المشهورة في البلدان التي لم تسجل فيها بعد وذلك في المادة السادسة (ثانياً)، ويعد ذلك استثناء على مبدأ إقليمية قانون العلامات، حيث ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء برفض أو إبطال التسجيل و بمنع استعمال العلامة التي تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة، يكون من شأنها إيجاد لبس بعلامة ترى السلطة المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال أنّها مشهورة ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة. وعليه وحتى تستفيد العلامة المشهورة من أحكام هذا النص لا بد أن تكون العلامة مشهورة في الدولة المطلوب منها الحماية، وأن يقع الاعتداء على العلامة المشهورة في حدود المنتجات التي تغطيها العلامة المشهورة، وأخيراً أن يترتب عن هذا الاستعمال احتمال إثارة اللبس في ذهن الجمهور.

وإلى جانب اتفاقية باريس كرست كذلك اتفاقية تريبس هذا الاستثناء، إذ نصت في المادة 16 على تطبيق أحكام المادة (6) مكرر من اتفاقية باريس. مع الإشارة أنّ هذه الأخيرة نصت على حماية العلامات المشهورة في حال استخدامها على المنتجات دون الخدمات، غير أنّ اتفاقية تريبس مدت الحماية إلى الخدمات. وعليه منعت اتفاقية

تربس تسجيل أو استعمال علامة تشكل اعتداء على علامة مشهورة ومستعملة، على منتجات أو خدمات مماثلة أو مشابهة للمنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة المشهورة، إن كان من شأنه أن يوقع الجمهور في لبس.

وعلى المستوى الوطني، فلقد أقر المشرع الجزائري حماية العلامات المشهورة غير المسجلة في الفقرة 8 من المادة 7 من أمر 03-06 التي استثنت من التسجيل الرموز المماثلة أو المشابهة لعلامة مشهورة في الجزائر، في حال استخدامها على سلع مماثلة ومماثلة لتلك التي تميزها هذه الأخيرة إلى درجة إحداث تضليل بينهما، كما يسري المنع على الرموز التي هي بمثابة ترجمة للعلامة. كما كرس المشرع الفرنسي حماية العلامات المشهورة غير المسجلة في المادة 5-713 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي⁽²⁰⁾ وذلك بمفهوم المادة 6 مكرر من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

يتبين من النصوص السابقة سواء في اتفاقيتي باريس وتربس والتشريع الجزائري والفرنسي أنه يشترط لبسط الحماية للعلامات المشهورة غير المسجلة في الدولة التي يطلب فيها الحماية كاستثناء لمبدأ إقليمية العلامات ما يلي :

1. أن تكون العلامة مشهورة في الدولة المطلوب منها الحماية، وهو شرط منطقي لأنه لا يتصور أن نطالب دولة بحماية علامة غير معروفة لديها.

2. تماثل أو تشابه المنتجات أو الخدمات، فيمنع استعمال علامة تشكل اعتداء على العلامة المشهورة على منتجات أو خدمات مماثلة أو مشابهة للمنتجات، أو الخدمات التي تميزها العلامة المشهورة طبقاً لمبدأ تخصيص العلامة.

3. أن يكون هناك احتمال الخلط في ذهن المستهلك حول مصدر المنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامات المشهورة، فالعلامات التي تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة للعلامة المشهورة، من شأنها إثارة الخلط في ذهن المستهلك حول مصدر المنتجات أو الخدمات، في حال استخدامها على منتجات أو خدمات مماثلة أو مشابهة لتلك التي تميزها العلامة المشهورة..

الفرع الثاني/حماية العلامات المشهورة كاستثناء لمبدأ تخصيص العلامة

يعدّ مبدأ تخصيص العلامات من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون العلامات إلى جانب مبدأ الإقليمية، ويقضي مبدأ تخصيص العلامات أنّ هذه الأخيرة

تحظى بحماية في حدود المنتجات و الخدمات المخصصة لها، والمحددة أثناء إيداعها ولا تمتد إلى غيرها من المنتجات والخدمات. فتسجيل العلامة يعطي صاحبها حق ملكية على هذه العلامة بالنسبة للمنتجات والخدمات التي عينت في التسجيل. وبناء عليه فإن استعمال علامة مماثلة أو مشابهة لتمييز منتجات أو خدمات مختلفة عن تلك التي سجلت بشأنها العلامة، لا يشكل اعتداءً على الحق الاستثنائي لمالك العلامة، باعتبار أن وظيفة العلامة هو تمييز المنتجات أو الخدمات عن غيرها المنافسة لها. غير أن تطبيق هذا المبدأ على العلامات المشهورة يعد إجحافاً في حق أصحابها نظراً لذيوعها وانتشارها، فقد يشجع الغير إلى استخدامها على منتجات أو خدمات مختلفة للمنتجات والخدمات التي تميزها العلامة المشهورة، وذلك بغرض الاستفادة من شهرتها وسمعتها بدون وجه حق. كما أن تطبيق مبدأ تخصيص العلامة من شأنه أن يسئ إلى سمعة العلامة المشهورة، وأن يفقد قدرتها في جذب الزبائن في حال استخدامها على منتجات أو خدمات أقل جودة، حتى ولو كانت مختلفة عن تلك التي تميزها العلامة المشهورة، ولهذه الأسباب فكان لزاماً أن تخرج العلامات المشهورة عن مبدأ التخصيص ويمنع استعمالها، ليس فقط لتمييز منتجات مماثلة أو مشابهة، وإنما يسري الحظر أيضاً على استعمالها لتمييز منتجات أو خدمات مختلفة⁽²¹⁾.

ولقد تركزت حماية العلامات المشهورة كاستثناء لمبدأ تخصيص العلامة في اتفاقية تريبس في الفقرة 3 من المادة 16 التي تنص على أنه: "تطبق أحكام المادة 6 مكررة من معاهدة باريس (1967) مع ما يلزم من تعديل، على السلع أو الخدمات غير المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها علامة تجارية، شريطة أن يدل استخدام تلك العلامة التجارية بالنسبة لتلك السلع أو الخدمات على صلة بين تلك السلع أو الخدمات وصاحب العلامة التجارية المسجلة، وشريطة احتمال أن تتضرر مصالح صاحب العلامة التجارية المسجلة من جراء ذلك الاستخدام"⁽²²⁾. وهكذا وسّعت اتفاقية تريبس من نطاق حماية العلامات المشهورة عما ورد في اتفاقية باريس، والتي قرّرت حماية العلامة غير المشهورة في حال استعمالها على منتجات أو خدمات، مختلفة عن تلك المنتجات أو الخدمات التي سجلت بشأنها العلامة المشهورة، غير أنه يشترط لإعمال هذه الحماية توافر شرطين متلازمين وهما:

أولاً/ أن يدل استخدام العلامة المشهورة على السلع أو الخدمات غير المماثلة، بوجود صلة بينها وبين صاحب العلامة المشهورة المسجلة.
ثانياً/ أن يؤدي استخدام العلامة المشهورة إلى احتمال أن تتضرر مصالح صاحب العلامة المشهورة.

كما يتبين وخلافاً للحماية المقررة للعلامات المشهورة وفق اتفاقية باريس، أنه يشترط لحماية العلامة المشهورة خارج نطاق التخصيص أن تكون هذه الأخيرة مسجلة في الدولة المطلوب منها الحماية.

أما على مستوى التشريعات الوطنية، فلقد تم تكريس حماية العلامات المشهورة في التشريع الجزائري بالنسبة لمنتجات وخدمات غير مماثلة لتلك التي من أجلها سجلت العلامة كاستثناء لمبدأ تخصيص العلامة، وذلك بمقتضى أحكام الفقرة 8 من المادة 7 من أمر 03-06 المتعلق بالعلامات والتي تنص على ما يلي:

".....تطبق أحكام هذه الفقرة، مع ما يلزم من تغيير، على السلع أو الخدمات التي لا تعد مطابقة أو مشابهة لتلك التي طلب تسجيل العلامة من أجلها، بشرط أن يكون استعمال هذه العلامة من أجل سلع وخدمات مطابقة يدل على صلة بين هذه السلع والخدمات ومالك العلامة المسجلة في هذه الحالة وبشرط أن يكون من شأن هذا الاستعمال إلحاق ضرر بمصالح صاحب العلامة المسجلة".

والملاحظ من خلال ما سبق أنّ المشرع وعلى غرار اتفاقية ترينس، اشترط لتحقيق الحماية الفعلية للعلامة المشهورة توافر شرطين اثنين متلازمين ويتمثلان في:

أولاً/ أن يدل استعمال العلامة المشهورة على السلع أو الخدمات غير المماثلة بوجود صلة بين مالك العلامة المشهورة وبين السلع والخدمات المختلفة. إذ أنّ استعمال الغير للعلامة المشهورة على منتجات أو خدمات مختلفة عن تلك التي تغطيها العلامة المشهورة، قد يحمل الجمهور على الاعتقاد بوجود صلة بينهما مما يترتب عليه تضليل الجمهور. مع الإشارة أنّه لا يشترط في هذه الحالة " خطر الخلط وإنما يشترط الصلة التي تنشأ في ذهن الجمهور من جراء ذلك الاستعمال.

ثانيا/أن يؤدي هذا الاستعمال إلى إلحاق الضرر بمالك العلامة، فاستعمال العلامة المشهورة على منتجات أو خدمات مختلفة قد يؤثر على قدرة العلامة في جذب الزبائن، كما يؤثر على سمعتها وقيمتها الاقتصادية.

وأما القانون الفرنسي فلقد كرس هذه الحماية في المادة 713 في الفقرة 5 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي والتي نصت على أنه :

« La reproduction ou l'imitation d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette dernière ».

يتبين من نص المادة 713 في الفقرة 5 أنّ المشرع الفرنسي على خلاف اتفاقية تريبس والتشريع الجزائري، اكتفى لتوفير الحماية الموسعة للعلامات المشهورة لتشمل المنتجات أو الخدمات المختلفة توافراً أحد الشرطين التاليين:
أولاً/أن يكون من شأن الاستعمال أن يلحق ضرر بمالك العلامة.
ثانياً/أن يشكّل هذا الاستعمال استغلالاً غير مبرر لهذه العلامة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنّ الحماية المخولة للعلامات المشهورة خارج نطاق التخصيص، تم تكريسها من قبل القضاء الأوروبي خاصة القضاء الفرنسي والألماني⁽²³⁾ قبل صدور التشريع الذي يكرس هذه الحماية، ثم تم تكريسها من قبل الاتحاد الأوروبي بموجب المادة 4 من التوجيه الأوروبية رقم 104/89 حول العلامات إلى أن تم تكريسها في التشريعات الوطنية للكثير من الدول الأوروبية.

المطلب الثاني/نظام الحماية

أقرت التشريعات المتعلقة بالعلامات حماية مزدوجة للعلامات المسجلة، حماية مدنية وجنائية لردع مختلف أشكال التعدي، غير أنّه لتفعيل هذه الحماية يشترط أن تكون العلامة مسجلة وأن يقع الاعتداء في إطار تخصيص العلامة⁽²⁴⁾، غير أنّ العلامات المشهورة بحكم سمعتها ومعرفتها على المستوى العالمي تحظى بحماية تتعدى إطار التخصيص والإقليمية كما أشارنا آنفاً. وبناء على ذلك فإنّ العلامات المشهورة التي لا تتوفر فيها ذات الشروط في دولة الحماية لا تحظى إلا بالحماية المدنية، التي تعتبر بمثابة المظلة التي تستظل بها كافة الحقوق. كما تظهر أهمية هذه الحماية بالنسبة

للعلامات غير المسجلة، والمسجلة التي لا تتوافر فيها شروط الحماية الجزائية. و باعتبار أنّ موضوع دراستنا يتعلق بالحماية الموسّعة للعلامات المشهورة أي الحماية خارج نطاق الإقليمية والتخصيص فنقصر وسائل الحماية في هذا النطاق.

الفرع الأول/نظام حماية العلامة المشهورة كاستثناء على مبدأ الإقليمية:

أقرت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية في مادتها 6(ثانيا) واتفاقية ترينس التي أحالت إلى هذه الأخيرة في المادة 2/16 حماية للعلامات المشهورة غير المسجلة، في إطار تخصيص العلامة عن طريق رفض أو إبطال التسجيل وبمنع استعمال العلامة التي تعدّ اعتداء على العلامة المشهورة والمستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة من شأنها إثارة الخلط في ذهن الجمهور. والاتفاقيتان فرضتا على دول الاتحاد أن تبادر إلى حماية العلامات المشهورة من تلقاء نفسها، إذا أجاز تشريعها ذلك، أو بناء على طلب صاحب الشأن. وطبقا لذلك فإنّ رفض تسجيل العلامة أو إبطاله إما أن يكون من جانب المصلحة المختصة بالتسجيل في دولة الحماية وإما بناء على طلب صاحب المصلحة. ورفض تسجيل العلامات المشهورة من قبل المصلحة المختصة بالتسجيل من تلقاء نفسها يكتسي أهمية لدى التشريعات التي تأخذ بنظام الفحص المسبق، إذ لا يتم تسجيل علامة إلا بعد إجراء فحص في مدى صحة العلامة قانونا. و أما بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بنظام المعارضة في تسجيل العلامة، فإنّها تفتح المجال لصاحب الشأن في رفض تسجيل العلامة عن طريق المعارضة أمام المصلحة المختصة بالتسجيل. ولقد حددت الاتفاقية ميعاد طلب شطب العلامة المتعدية على المشهورة والذي يشترط أن يتم في خلال 5 سنوات من تاريخ التسجيل⁽²⁵⁾. ويستثنى من ذلك التسجيل الذي تم بسوء نية⁽²⁶⁾.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري يلاحظ أنّ المشرع أدرج ضمن الرموز المستثناة من التسجيل، الرموز المماثلة أو المشابهة لعلامة تتميز بالشهرة في الجزائر وتم استخدامها لسلع مماثلة ومشابهة تنتمي لمؤسسة أخرى إلى درجة إحداث تضليل بينهما(الفقرة 8 من المادة 7 من أمر 03-06). و عليه يقع على عاتق المصلحة المختصة، عدم تسجيل الرموز المماثلة أو المشابهة للعلامة المشهورة والمستخدم لتمييز سلع مماثلة أو مشابهة لتلك التي تميزها العلامات المشهورة. وحسب المادة 11 من المرسوم

التنفيذي رقم 05-277 الذي يحدد كفيات إيداع العلامات وتسجيلها⁽²⁷⁾، فإنّ المصلحة المختصة تجري فحصا من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، حيث تبحث عما إذا لم تكن العلامة المودعة مستثناة من التسجيل طبقا للمادة 7 من أمر 03-06 المتعلق بالعلامات. ولقد تناولت الفقرة 2 من المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 05-277 الحالة التي يتبين فيها للمصلحة المختصة بعد إجراء الفحص، أنّ العلامة المودعة مستثناة من التسجيل، ففي هذه الحالة تبلغ هذه الأخيرة المودع لتقديم ملاحظاته في أجل أقصاه شهران ابتداء من تاريخ التبليغ مع إمكانية تمديد الأجل لنفس المدة بناء على طلب معلل من صاحب الطلب، كما نصت على أنّه في تقدير التشابه بين العلامة المشهورة والعلامة المودعة وبين المنتجات التي تغطيها، فإنّ المصلحة المختصة تأخذ بعين الاعتبار الموافقة الكتابية لصاحب الحق الأسبق. لكن في هذه الحالة الأخيرة يفترض أن تكون العلامة المشهورة مسجلة حتى تتمكن المصلحة المختصة من أخذ الموافقة الكتابية لصاحب العلامة المشهورة، في حين أنّ هذه الأخيرة تحظى بحماية ولو لم تكن مسجلة. ولذلك نرى أنّه على المصلحة المختصة رفض تسجيل العلامات المشابهة للعلامات المشهورة غير المسجلة من تلقاء نفسها، فإن لم يكن لمصلحة صاحب العلامة فإنّه لأجل حماية مصلحة المستهلك. وعليه يمكن القول أنّ حماية العلامات المشهورة عن طريق المبادرة التلقائية للمصلحة المختصة في رفض التسجيل تتوقف على مدى جدية الفحص من ناحية الموضوع، خاصة أنّ التشريع الجزائري لا يأخذ بنظام المعارضة في تسجيل العلامة الذي يكتسي أهمية كبيرة. أما بالنسبة لإبطال التسجيل فهي وسيلة لحماية العلامات المشهورة وغير المشهورة في حالة ما إذا تم تسجيل علامات مماثلة أو مشابهة لها، والتي تعدّ مستثناة من التسجيل طبقا للمادة 8/7 من أمر 03-06 المتعلق بالعلامات. وإبطال تسجيل العلامة نص عليه المشرع في المادة 20 من أمر 03-06، حيث أجازت للجهة القضائية المختصة إبطال تسجيل علامة بأثر رجعي من تاريخ الإيداع باعتبارها من الرموز المستثناة من التسجيل طبقا للمادة 7 من نفس الأمر، وذلك بناء على طلب من المصلحة المختصة أو من الغير. والملاحظ أنّ المشرع الجزائري خلافا للتشريع الفرنسي واتفاقية باريس، لم ينص على المدة التي لا يجوز بعدها رفع دعوى الإبطال إلا فيما يتعلق بالعلامة التي اكتسبت شرط التمييز

بعد تسجيلها، فتتقدم دعوى الإبطال بمرور 5 سنوات ويستثنى من ذلك طلب التسجيل الذي تم بسوء نية⁽²⁸⁾.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي يلاحظ أنه كان أكثر وضوحا في أحكامه بالمقارنة بالتشريع الجزائري، إذ نجد قد أحال في أحكامه مباشرة إلى المادة 6 مكرر من اتفاقية باريس التي توفر الحماية للعلامات المشهورة غير المسجلة، ففيما يتعلق برفض تسجيل العلامة فنجد أن المادة 4-711 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي تنص على أنه:

« Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :

a) A une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ; ... »

وعليه، لا يمكن اتخاذ كعلامة إشارة تشكل نسخا أو تقليدا أو ترجمة لعلامة

مشهورة والتي من شأنها إيجاد لبس بينهما. كما أن المشرع الفرنسي أخذ بنظام المعارضة في تسجيل العلامة الأمر الذي يسمح لصاحب العلامة المشهورة من المعارضة في تسجيل علامة تمس بحقوقه، وتتم المعارضة أمام المصلحة المختصة بالتسجيل في أجل شهران من شهر طلب تسجيل العلامة⁽²⁹⁾.

وبالنسبة لإبطال التسجيل، فلقد نص القانون الفرنسي للملكية الفكرية على أنه يعدّ باطلا بحكم قضائي تسجيل علامة غير مطابقة لأحكام المواد 1-711، 2، 3⁽³⁰⁾. كما تضيف المادة 4-714 على أن دعوى البطلان المخولة لصاحب العلامة المشهورة بمفهوم المادة 6 مكرر من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، تتقدم بمرور 5 سنوات ابتداء من تاريخ التسجيل إلا إذا كان التسجيل قد تم بسوء نية فلا يعتد بهذه المدة، وهذا يتوافق مع ما نصت عليه اتفاقية باريس في المادة 6(ثانيا) المشار إليها أعلاه.

الفرع الثاني/ وسائل حماية العلامات المشهورة خارج نطاق التخصيص

إنّ الحماية الموسعة للعلامات المشهورة تجد أساسها في قواعد المسؤولية المدنية، فنظرا للاعتداءات التي تتعرض إليها هذه الأخيرة خارج نطاق تخصيص العلامة كان لزاما البحث عن وسيلة لحمايتها باعتبار أنّ قانون العلامات لا يوفر الحماية إلا بالنسبة للمنتجات والخدمات التي سجلت من أجلها العلامة. الأمر الذي لا يمنع الغير من استخدامها لتمييز منتجات أو خدمات مختلفة نظرا لنسبة الحق في العلامة.

والهدف من حماية العلامات المشهورة كاستثناء لمبدأ التخصيص يكمن في حماية القيمة الاقتصادية للعلامة، خاصة وظيفتها الاشهارية وصورة المؤسسة التي تسيرها وليس لحماية الحق في العلامة. وحسب التوجيه الأوروبية 89-104 فإن الاعتداء على العلامة المشهورة يمكن أن يتخذ عدة أشكال، ولقد أشارت إليها محكمة العدل للمجموعات الأوروبية في قرار « Intel »⁽³¹⁾ وهي:

- الحصول على فائدة من سمعة أو من الطابع التمييزي للعلامة بدون وجه حق (profit indu) ⁽³²⁾ أو ما يعرف بالتطفل (Le parasitisme)، والذي يقصد به سعي الغير للعيش في كنف العلامة المشهورة للاستفادة من الشهرة التي حققتها⁽³³⁾.

- الإضرار إما بالطابع التمييزي للعلامة أو بسمعتها⁽³⁴⁾، ويكمن الضرر اللاحق بالطابع التمييزي للعلامة في إضعاف قوة جاذبيتها وهو ما يعرف بالفرنسي (la dilution)⁽³⁵⁾.

فاستعمال العلامة على منتجات أو خدمات مختلفة يؤدي إلى إضعاف قدرتها في التعريف بالمنتجات أو الخدمات التي من أجلها سجلت العلامة. ولقد حددت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية المعايير التي يمكن الاعتماد عليها لتقدير الاعتداء على الطابع التمييزي للعلامة المشهورة ومن بينها: وجود صلة بين العلامتين في ذهن المستهلك، تغير في التصرفات الاقتصادية لمستهلك المنتجات أو الخدمات التي من أجلها سجلت العلامة المشهورة...⁽³⁶⁾ أما الضرر الذي يمكن أن يلحق بسمعة العلامة وبصورتها في ذهن العملاء فيتمثل في الإذلال أو الحط من شأن العلامة (l' avilissement)⁽³⁷⁾

وتجدر الإشارة أنّ الاجتهاد القضائي في فرنسا، قبل صدور النص القانوني استثنى العلامات المشهورة من مبدأ التخصيص، وقد تم اللجوء إلى عدة وسائل ليكفل الحماية لأصحابها، والتي تتمثل في قواعد المسؤولية المدنية، المنافسة غير المشروعة، التصرفات الطفيلية، التعسف في استعمال الحق⁽³⁸⁾.

وبصدور النص القانوني، فإنّ الاعتداء على العلامات المشهورة أو ذات السمعة يترتب المسؤولية المدنية على فاعله (المادة 5-713 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي)، وهي دعوى خاصة وليست دعوى المسؤولية المعروفة في القواعد العامة، إذ يشترط لتفعيل الحماية أن يكون من شأن استعمال العلامة المشهورة على منتجات أو

خدمات مختلفة أن يلحق ضرراً بالمالك العلامة، أو أن يشكّل استغلالاً غير مبرر للعلامة. وفي الشرط الأول، يكفي توافر خطر الإضرار بصاحب العلامة حسبما ورد في نص المادة 5-713 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي:

« ... si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque »

والضرر الذي يمكن أن يلحق بالعلامة المشهورة، قد يأخذ صورة إضعاف قوة جاذبية العلامة المشهورة أو في قدرتها في تمييز المنتجات أو الخدمات التي سجلت من أجلها، أو الحط من شأن العلامة، كما قد يتمثل الضرر في الفائدة المتحصل عليها من الطابع التمييزي للعلامة ومن شهرتها بدون وجه حق. وعليه يمكن لصاحب العلامة المشهورة أن يعارض على استعمال علامة مماثلة أو مشابهة لعلامته للتعريف بمنتجات أو خدمات، مختلفة عن تلك التي تغطيها علامته إذا أثبت وقوع ضرر من الأضرار السابقة أو وجود خطر جدي من حصوله في المستقبل، وذلك عن طريق بيان أنّ استعمال ذات العلامة من قبل الغير على منتجات أو خدمات مختلفة، أدى إلى حمل الجمهور على الاعتقاد بوجود صلة بين العلامتين. إذ لا وجود للضرر ولا للتطفل في غياب الصلة بين العلامتين⁽³⁹⁾. أما الشرط الثاني فيتمثل في الاستغلال بدون مبرر للعلامة المشهورة، فالمشرع خول صاحب العلامة المشهورة حق منع الغير من استعمالها على منتجات أو خدمات مختلفة للاستفادة منها بدون مبرر، فاستعمال الغير للعلامة المشهورة يترجم نية التطفل، أي رغبة الانضواء في كنفها للاستفادة من شهرتها وقوة جاذبيتها بدو وجه حق، ولأشك أنّ ذلك يتناقض مع العادات الشريفة التي تقوم عليها الحياة التجارية.

وبالرجوع إلى أمر 03-06 المتعلق بالعلامات، فإنّ المشرع أحاط العلامات المشهورة بحماية خاصة، حيث خول لمالك العلامة المشهورة الحق في منع الغير من استعمال علامة مماثلة أو مشابهة لعلامته دون رضاه على منتجات أو خدمات مختلفة عن تلك التي تغطيها علامته، إذا أدى ذلك إلى حمل الجمهور على الاعتقاد بوجود صلة بين العلامة المشهورة والمنتجات أو الخدمات المختلفة، وأن يكون من شأن هذا الاستعمال الإضرار بمصالحه. وعليه يقع على عاتق صاحب العلامة المشهورة لتفعيل الحماية إثبات الخطأ المتمثل في وجود صلة بين العلامة المشهورة والمنتجات أو الخدمات المختلفة،

كما عليه إثبات احتمالية أن تتضرر مصالحه من جراء ذلك الاستعمال. والملاحظ أنّ تكريس الحماية الخاصة للعلامات المشهورة هو تكريس الحماية ضد التصرفات الطفيلية، التي عادة ما تكون العلامات المشهورة ضحية ضعاف النفوس من أجل الاستفادة من شهرتها وسمعتها بدون وجه حق⁽⁴⁰⁾.

خاتمة

يتضح مما سبق أنّ العلامة المشهورة، هي العلامة المعروفة لدى فئة واسعة من الجمهور المعني في الدولة المطلوب منها الحماية. وأنّ شهرة وسمعة العلامة وما تتميز به من قوة جاذبية أدت إلى توفير حماية أوسع من تلك التي تحظى بها العلامات العادية، إذ أنّ إخضاع العلامات المشهورة للمبادئ التي تخضع لها العلامات العادية سيجعل منها فريسة سهلة للغير للاعتداء عليها، وهذا ما أدى بالتشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية إلى إقرار حماية خاصة للعلامات المشهورة خارج نطاق مبدأي الإقليمية والتخصيص. فالعلامات المشهورة تحظى بحماية حتى وإن لم يتم تسجيلها في الدولة المطلوب منها الحماية، وذلك مجرد كونها معروفة فيها ويعدّ ذلك استثناء على مبدأ إقليمية قانون العلامات. كما أنّها تحظى بحماية ليس فقط في إطار المنتجات أو الخدمات التي تغطيها، وإنّما تمتد الحماية لتشمل المنتجات أو الخدمات المختلفة وذلك كاستثناء عن مبدأ تخصيص العلامة، وذلك لوضع حد للتصرفات الطفيلية ولضمان حماية للعلامات المشهورة من خطر إضعاف طابعها المميز من جهة، وحماية جمهور المستهلكين من الغش والتضليل من جهة أخرى.

الهوامش:

(1). "Notoire" du latin "notus" signifiant "publiquement connu", est utilisé comme adjectif pour exprimer que la situation ainsi qualifiée était connue ou était susceptible d'être connue d'un très grand nombre de personnes. <http://www.dictionnairejuridique.com/definition/notoire.php>.

(2). SZALEWSKI Joanna-Schmidt, Droit de la propriété industrielle, éd Dalloz, Paris, 1997, p109. Vr aussi: AZEMA Jacques, Les marques de fabrique, de commerce et de service, Lamy droit commercial, 2007, p962.

(3). أمر 03-06، مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالعلامات، ج ر العدد 44 الصادر في 23 جويلية 2003.

(4). Art 713-5 du Code Français de la propriété intellectuelle, www.legifrance.gouv.fr/

(5). قانون العلامات التجارية الأردني رقم (34) لسنة 1999 على موقع الأنترنت: www.arabip.org.

(6). قانون اتحادي رقم (37) لسنة 1992 بشأن العلامات التجارية المعدل. www.wipoint/edocs/lexdocs/laws.pdf.

(7). Cette catégorie a été introduite par la directive 89/104 du 28 décembre 1988 (art. 4, § 4-a et art. 5, § 2) transposée en droit français à l'article L 713-5 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle. www.eur-lex.europa.eu

(8). Albert CHAVANNE et SALOMON Claudine, : Marques de fabrique, de commerce ou de service, répertoire de droit commercial Tome4, Encyclopédie juridique ,Dalloz, Paris,2003,p35.

(9). AZEMA Jacques, op.cit, p963.

(10). www.wipo.int/treaties/ar/ip/paris/

(11). www.gccpo.org/conve/Trips.pdf

(12). CJCE, 14 septembre 1999, C.375/97, RTD com, N° 1, 2000, p87.

(13). TGI Paris, 22janvier2008,SFR,PIBD n°859, III ,288, in LACHACINSKI Thibault et FAJGENBAUM Fabienne :Quelle marque notoire ou renommée au XXI^e siècle ?,LEGICOM N°44 -2010, p43. <http://www.nfalaw.com/docs/2010>

(14) كنعان الأحمر، حماية العلامات التجارية المشهورة، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين، عمان، 2005، ص5، 6. بحث منشور على الموقع: wipo_ip_dipl_mct_05_8.pdf

(15). V. affaire Générale Motors, préc.

(16). THARREAU Véronique Le Grand Public et les marques de Luxe, <http://avocats-publishing.com/>

(17). AZEMA Jacques, GALLOUX Jean-Christophe, Droit de la propriété industrielle, 7^e édition, Dalloz ,2012,P849.

(18) كنعان الأحمر، المرجع السابق، ص7.

(19) المادة (6) من اتفاقية باريس على الموقع: www.wipo.int/treaties/ar/ip/paris/

(20). Art. L.713-5 al2 Code Français de la propriété intellectuelle. : « Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables à la reproduction ou l'imitation d'une marque notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle précité ».

(21) كنعان الأحمر، حماية العلامات التجارية شائعة الشهرة، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية، عمان، 2004، ص ص06.05. بحث منشور على الموقع:

WIPO/IP/UNI/AMM/04/DOC.4

(22). <http://www.gccpo.org/conve/Trips.pdf>

(23). Vr BAEUMER Ludwig, La protection de la marque de haute renommée en droit français et en droit Allemand, Revue international de droit comparé, Vol14,N°03,1962, p549-571.

(24) المادة 09 من أمر 03-06 المتعلق بالعلامات. والمادة 1-713 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي.

(25) طبقاً للفقرة 2 من المادة 6 مكرر من اتفاقية باريس : " يجب منح مهلة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ التسجيل للمطالبة بشطب مثل هذه العلامة. ويجوز لدول الاتحاد أن تحدد مهلة يجب المطالبة بمنع استعمال العلامة خلالها".

(26) حيث تقضي الفقرة 3 من نفس المادة على أنه: "... (3) لا يجوز تحديد أية مهلة للمطالبة بشطب أو منع استعمال العلامات التي سجلت أو استعملت بسوء نية".

(27) المرسوم التنفيذي رقم 05-277 مؤرخ في في 02 أوت 2005 يحدد كفاءات إيداع العلامات وتسجيلها، ج ر عدد 54 الصادر بتاريخ 07 أوت 2005.

(28) الفقرة 2 من المادة 20 من أمر 03-06 المتعلق بالعلامات.

(29). Art. L.712-3 C. fr. propr.intell.

(30). Art. L.714-3 C. fr. propr.intell.

(31). CJCE ,5^e ch,27Nov.2008, aff C-252/07, Intel Corporation Inc.c/CPM United kingdom Ltd ,www.apram.eu

(32). LACHACINSKI Thibault et FAJGENBAUM Fabienne, op.cit.pp48,49.

⁽³³⁾ عبد الرحمن السيد قرمان، المنافسة الطفيلية(دراسة لمدى مشروعية التطفل الاقتصادي على قيم المنافسة التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص37.

⁽³⁴⁾ POLLAUD-DULIAN Frédéric « Les atteintes à la marque de renommée », Gazette du Palais, N°88 à 90, 2009, p07-16. P07.

⁽³⁵⁾ Dans l'arrêt Intel, la Cour de justice donne une définition de la dilution: « (...) Ce préjudice est constitué dès lors que se trouve affaiblie l'aptitude de cette marque à identifier les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et utilisée comme provenant du titulaire de ladite marque, l'usage de la marque postérieure entraînant une dispersion de l'identité de la marque antérieure et de son emprise sur l'esprit du public... ». In Frédéric POLLAUD-DULIAN, op.cit, p08.

⁽³⁶⁾ POLLAUD-DULIAN Frédéric , op, cit, p 11 .

⁽³⁷⁾ Ibid. p 11 .

⁽³⁸⁾ BAEUMER Ludwig, op, cit, p353-358. Vr aussi :

عدنان غسان برانبو، التنظيم القانوني للعلامة التجارية، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي القانونية، عمان، 2012، ص403. وانظر كذلك: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري (الحقوق الفكرية)، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2006، ص222.

⁽³⁹⁾ 11 . p cit., POLLAUD-DULIAN Frédéric , op

⁽⁴⁰⁾ الفقرة الأخيرة من المادة 9 من أمر 06-03 المتعلق بالعلامات.

الأشكال القانونية المتاحة للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر بعد تطبيق

قاعدة 49-51 %*

Dr. ZAIDI Amel
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Sétif 2 –Algérie.

د. زايدي أمال
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة سطيف 2 - الجزائر.

الملخص:

تطرقنا في هذا المقال لدراسة قاعدة 49-51 % التي أدرجت في قانون الاستثمار و أثارت الكثير من الجدل السياسي و الاقتصادي، و انعكس ذلك على موقف المشرع الجزائري بين تكريسها في قانوني المالية لسنتي 2009، 2016، و استبعادها في قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 و مشروع قانون الاستثمار الجديد.

ووضحنا أنّ هذه القاعدة أدت إلى تضيق الأشكال القانونية المتاحة للاستثمارات الأجنبية المباشرة الوافدة إلى الجزائر في شكل شركات الاقتصاد المختلط، فاستخلصنا أنّ أساس تحريك عجلة الاقتصاد الوطني هو تحسين مناخ الاستثمار للقطاع الخاص أو العام، الوطني أو الأجنبي .

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار الاجنبي المباشر، القطاع الخاص، قاعدة 49-51 %، شركات الاقتصاد المختلط، مناخ الاستثمار.

Legal forms available Foreign direct investments in Algeria after applying the rule of 51-49 %

Abstract:

We have dealt with in this article with the study of the rule 49-51 % that has been introduced in the investment law for the year 2009 ,And raised many of political debate and economic debt reflected in the position of the Algerian legislature has fluctuated between devoted in Finance law 2009-2016 and excluded in the public procurement law and the new Act of investment.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 15/09/2015 وتمّ تحكيمه بتاريخ 03/01/2016 وقُبل للنشر بتاريخ 02/05/2016.

Then we mentioned as it has tightened the legal forms for foreign investment targeting Algeria. We have come to the conclusion that the essence of boosting the national economy is to better the investment atmosphere for the public and private, national or foreign sectors.

Keywords:

Direct foreign investment, the 49-51 %, private sectors, the mixed economy company, The investment atmosphere.

Les formes juridiques des investissements directs étrangers en Algérie après l'application de la règle 51-49%

Résumé:

L'article a pour but l'étude de la règle 51-49% consacrée par la loi sur les investissements. Une règle qui a posé beaucoup de questions au plan politique, économique et juridique. Un débat qui a reflété sur la position du législateur algérien en la matière : entre sa consécration dans les lois de finances de 2009 et 2016, et son exclusion dans la loi des marchés publics et dans le projet de la nouvelle loi sur les investissements.

On a remarqué dans cette étude que la règle a réduit dans le flux des investissements directes étrangers en Algérie. La solution primordiale pour l'économie nationale en est l'amélioration du climat d'investissement pour le secteur privé ou public, national ou étranger.

Mots Clés :

Investissement, secteur privé, la règle 51-49%, les sociétés d'économie mixte, climat d'investissement.

مقدمة

انتهجت الجزائر منذ بداية تسعينيات القرن الماضي سياسة اقتصادية، تقوم على تشجيع الاستثمارات الوافدة وتقديم تحفيزات وامتيازات بغرض جذبها، وذلك سواء في قانون الاستثمار لسنة 1993⁽¹⁾ أو قانون الاستثمار لسنة 2001⁽²⁾، وذلك بعد ظهور النتائج السلبية لاعتماد أسلوب التسيير الاشتراكي للمؤسسات وربط مداخيل الجزائر بالمحروقات، فكلما انخفضت أسعارها دخلت الجزائر في أزمة، هذا ما حدث في 1986 وقد بدأت بوادر أزمة أخرى بعد الانخفاض الكبير والمفاجئ لأسعار النفط في نهاية 2014. ورغم سعي المشرع الجزائري إلى جذب الاستثمارات الأجنبية للجزائر، نظرا إلى دورها المحوري في دفع عجلة التنمية وخلق الثروة⁽³⁾ إلا أنّ نسبة تدفقها تبقى منخفضة مقارنة مع الإمكانيات التي تتمتع بها الجزائر والتحفيزات المالية الممنوحة للمستثمرين الأجانب.

وفي سنة 2009 أدخل المشرع تعديلا مهما لقانون الاستثمار في قانون المالية التكميلي لسنة 2009، يتعلق باشتراطه أن تتم الاستثمارات الأجنبية المباشرة في شكل شراكة تكون فيها نسبة الجزائري أو الجزائريين 51 % على الأقل، ثم تبعها تعديلات أخرى في قانون المالية لسنة 2010، تتعلق بممارسة حق الشفعة والرقابة على فورة العقود المبرمة بين شركات مملوكة لمستثمرين أجنب وشركاتها الأم أو الشقيقة في الخارج، وبهذا تأكد التوجه نحو وضع إجراءات خاصة تقييدية تطبق على الاستثمارات الأجنبية في الجزائر.

و عليه خصصنا هذا المقال لدراسة تأثير إدراج قاعدة 49/51 % على الأشكال القانونية المتاحة للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر، لتوضيح عدم التناسق في توجه المشرع الجزائري فيما يخص الاستثمار الأجنبي المباشر.

للإجابة على هذه الإشكالية سنقسم هذا المقال إلى عنصرين :

أولا/ تقلص الخيارات المتاحة للمستثمرين الأجانب بعد سنّ قاعدة 49/51%.
ثانيا/ نتائج انحصار الأشكال القانونية المتاحة للاستثمارات الأجنبية في شركات الاقتصاد المختلط – وطني أجنبي- بعد إدراج قاعدة 49/51%.

أولا/ تقلص الخيارات المتاحة للمستثمرين الأجانب بعد سنّ قاعدة 49/51%
يعتبر إدراج قاعدة 49-51 % قييدا على حرية إنشاء الاستثمارات الأجنبية المباشرة، رغم أنّ هناك إجراءات تقييدية أخرى في قوانين المالية التكميلية لسنة 2010-2012، إلا أنّنا نعتقد أنّه الإجراء المحوري في التعديلات المتتالية منذ 2009 لكونه يتعلق بشكل و هيكل الاستثمار.

أ/ قاعدة 49-51% في التشريع الجزائري

أدرج المشرع الجزائري قاعدة 49-51% في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ثم أعاد النص عليها في قانون المالية لسنة 2016⁽⁴⁾، في حين لم يتضمنها قانون الصفقات العمومية لسنة 2015⁽⁵⁾، وكذلك مشروع قانون الاستثمار الجديد.

أ/1- تكريس قاعدة 49-51 % في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 وقانون المالية لسنة 2016

وضع قانون الاستثمار الجزائري شروطا خاصة لمساهمة الأجانب في إنشاء شركات خاضعة للقانون الجزائري بإحداث فكرة المساهمة بالأقلية، وذلك في المادة رابعة مكرر من قانون الاستثمار المدرجة بالأمر رقم 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

نشأ عنها توزيع خاص لرأس المال بين الشركاء عند إنشاء شركة تابعة بمساهمة أجنبية بحسب طبيعة نشاطها واشترط أن تكون الأغلبية للشركاء الجزائريين، وذلك على النحو التالي :

- إذا تعلق الأمر بمختلف قطاعات النشاط ما عدا الاستيراد و التصدير فالنسبة هي 49-50 % .

- في مجال الاستيراد و التصدير النسبة هي 30-70 %.

و في هذا الاطار يطرح تساؤل حول سبب وضع نسبتين مختلفتين، فلماذا استثنى قطاع الاستيراد و التصدير ؟

وضع المشرع الجزائري نسبة أكبر لمختلف مجالات الاستثمار المباشر، سواء تعلق الأمر بالقطاعات الاستراتيجية أو التنافسية أو تعلق الأمر بقطاعات إنتاجية أو خدماتية، و استند واضعو هذه النسبة على أنها تحقق حماية الاقتصاد الوطني و ترقيته، في حين نشاط الاستيراد و التصدير يتم في الجزائر في معظمه في اتجاه واحد و هو الاستيراد، فقد يكون الهدف من قاعدة 30-70 % هو تقليص فاتورة الاستيراد السنوية و الرقابة على تحويل ارباح الشركات إلى الخارج و تحويل العملة الصعبة إلى الخارج.

كما تضمنت المادة 66 من قانون المالية لسنة 2016 التأكيد على خضوع استثمارات الأجانب في الجزائر لقاعدة 49-51 %.

لكن تناول المشرع لهذه القاعدة في سنة 2016 يختلف عن قانون 2009 و يظهر ذلك في الصياغة الشكلية و مضمون المادة 66:

- فيما يخص صياغة المادة، نلاحظ أنّها صيغت بطريقة مخالفة لما درج عليه المشرع عند صياغته لمواد قانون المالية و التي في الغالب تتضمن تعديلا أو إلغاء مادة من مواد قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة أو قانون الاجراءات الجبائية أو قانون آخر مثل قانون الجمارك و قانون الاستثمار.

فالمادة 66 رغم أنّها تضمنت نصا قانونيا يتعلق بالاستثمار، إلا أنّها لم تلغ أو تعدل صراحة المادة 4 مكرر من قانون الاستثمار، التي أدرجت في قانون الإستثمار بمادة في قانون المالية التكميلي لسنة 2009. فهل المادة 66 ألغت ضمنا القواعد المخالفة لها الواردة في المادة 4 مكرر؟ وإذا كانت المادتين متطابقتين كما ادّعى واضعو قانون المالية لسنة 2016 فلماذا وردت أصلا؟

الإجابة على هذه التساؤلات ستوضح بعد تحليل مضمون المادة 66.

- فيما يخص مضمون المادة 66، فالمادة 4 مكرر نصت على أنّ قاعدة 49-51 تطبق على النشاطات الاقتصادية، ما عدا الاستيراد و التصدير و وضعت له قاعدة 30-70، في حين المادة 66 لم تستثن أي نشاط اقتصادي.

- أبقت المادة 66 على قاعدة 49-51 لكن تناولتها بأسلوب يختلف عن المادة 4 مكرر. ففي 2009 المشرع وضع نصا بصيغة الأمر "لا يمكن أن تتم..." في حين في 2016 كان المشرع مرنا إذ وردت فيه عبارة "ترتبط ممارسة الأجانب..."

نعتقد أنّ سن القاعدة في قانون المالية لسنة 2016 و عدم إدراجها في قانون الاستثمار مع تعمد ذلك لكي تبقى سارية بعد صدور قانون الاستثمار الجديد و يتم الاستناد عليها إذا رغبت الحكومة في إخضاع بعض الاستثمارات الأجنبية لقاعدة 49-51. أ/2-استبعاد قاعدة 49-51 % في قانون الصفقات العمومية و مشروع قانون الاستثمار الجديد :

لم يتضمن قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 نصا يتعلق بقاعدة 49-51 % رغم أنّ المستثمرين الأجانب يستفيدون من استثمارات ضخمة في الصفقات التي يتم إبرامها لإنجاز المشاريع الكبرى .

فلاستثمار يشمل حسب نص الفقرة الأولى من المادة 2 من قانون الاستثمار اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الانتاج، أو إعادة التأهيل، أو إعادة الهيكلة. كما أنّ قانون الصفقات العمومية عندما تناول موضوع الصفقات، نص أنّ الصفقات العمومية تبرم بغرض تلبية حاجات تتعلق بالتسيير أو الاستثمار .

فهذا القانون يمنح فرصا متنوعة للمستثمرين الأجانب للاستثمار خاصة مع تناوله لتفويضات المرفق العام، و يقصد بتفويض المرفق العام حسب نص المادة 207 منه تفويضات المرفق العام بكونها: « يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسئول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض التسيير إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد نص تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام».

ورغم أنّ المرسوم الرئاسي تضمن القسم السابع الذي خصص لترقية الانتاج الوطني إلا أنّ المشرع قصر هذه الحماية في :

- منح هامش أفضلية بنسبة 25 % للمؤسسات الخاضعة للقانون التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون وهذا حسب نص المادة 83 من المرسوم الرئاسي .
- إلزام المؤسسات الأجنبية التي تتعهد بمفردها بأن تقوم بمناولة 30 % من مبلغ الصفقة الأصلي للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري حسب المادة 84 .

وفيما عدا ذلك ساوى المشرع الجزائري بين الوطنيين و الأجانب عند منح الصفقة، فحسب المادة 37 يمكن أن يكون المتعامل المتعاقد شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين، المهم أن يكون عوناً اقتصادياً، لأنّ المادة 2 نصت على أنّ المتعامل مع المصلحة هو عونٌ اقتصادي، كما يمكن أن يكون المتعاقد مع المصلحة شخصاً خاضعاً للقانون الجزائري أو مؤسسات أجنبية حسب نص المادة 38.

ولقد أكدت المادة 84 من هذا القانون استبعاد قاعدة 49-51 %، إذ تناولت الاستثمار بالشراكة كاستثناء و ذلك دون تحديد نسبة معينة للشراكة، و قصرتها على بعض المشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها و مشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها .

كما استثنى المشرع من الخضوع لهذا الالتزام، الصفقات المبرمة وفق إجراء التراضي بعد الاستشارة الخاصة بالمؤسسات العمومية السيادية في الدولة و إجراء التراضي البسيط .

أما تفويض المرفق العام الذي يعتبر أسلوب من أساليب خصوصية المرافق العامة⁽⁶⁾. وقد ذكر المشرع في المادة 210 أربع أنواع من عقود تفويض المرفق العام ومن بينها الامتياز. ويمكن أن تقسم هذه العقود إلى عقود يتحصل المفوض له على المقابل فيها من أتاوي الاستغلال، وهي الامتياز والإيجار وعقود يتحصل المفوض له على مقابل محدد من طرف الإدارة وهما: الوكالة المحفزة والتسيير. في تفويضات المرفق العام ساوى المشرع الجزائري بين المستثمرين الجزائريين و الأجانب فلم يشترط أن تنشأ شراكة بين الجزائريين و الأجانب، فالمفوض له قد يكون أي شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، جزائري أو أجنبي يلتزم بتسيير المرفق العام حسب الحالات والشروط المذكورة في القانون.

و عليه فالمشرع في قانون الصفقات و تفويضات المرفق العام، منح نفس الفرص للمتعاملين الاقتصاديين الوطنيين و الأجانب فيما عدا حالي حماية الإنتاج الوطني المذكورتين سابقا.

كما أنّ ما سرب عن مشروع قانون الاستثمار الجديد، يؤكد أنّه لن يتضمن قاعدة 49-51% على خلاف القانون الحالي حسب تصريح وزير الصناعة و المناجم، فهذا النص سيسمح بتحرير النشاط الاستثماري من كل تدخل للإدارة، سيتم سحب القاعدة 49/51 من قانون الاستثمار الجديد دون أن يتم إلغاؤها كلياً⁽⁷⁾. إذ تبقى في بعض القطاعات كالمحروقات مثلا لكونها تخضع لقانون استثمار خاص⁽⁸⁾.

ب/ نطاق الخيارات المتاحة للمستثمر الأجنبي في ظل قاعدة 49-51%
يعتبر سنّ قاعدة 49-51% قيّدا على الاستثمارات الأجنبية و ترتب عنه الأخذ بشكل شركات الاقتصاد المختلط وطني – أجنبي.

ب/1- قاعدة 49-51% قيد على الاستثمارات الأجنبية الوافدة إلى الجزائر

إذا رغب مستثمر أجنبي في أن يستثمر في الجزائر، أول عقبة تواجهه هي إيجاد مستثمر أو مستثمرين جزائريين ومنحهم الأغلبية في رأسمال المشروع، وفي هذه الحالة تنتج ثلاثة احتمالات :

- إما أن يجد شريك جزائري حقيقي وينشأ معه مشروع مستقر.
- أو يلجأ إلى شركاء جزائريين صوريين .
- وقد يتراجع عن الاستثمار ويذهب إلى دول أخرى أكثر أو أقل جاذبية ولا يوجد فيها مثل هذا الشرط.

لهذا أشار بعض خبراء البنك الدولي إلى رأسمالية الأصدقاء-capitalisme des copain- التي أصبح يقوم عليها الاقتصاد الجزائري منذ تعديل 2009⁽⁹⁾.

ونعتقد أن الغرض من سنّ هذه القاعدة هو تحقيق هدفين هما:

- الأول يتمثل في تفادي سيطرة الأجانب على الشركات الخاضعة للقانون الجزائري.
 - الثاني هو ضمان بقاء 51% على الأقل من الأرباح في الجزائر.
- لكننا نرى أنّ هذه الإجراءات لا تحقق ذلك للأسباب التالية:
- قد يتم اللجوء إلى شركاء جزائريين صوريين بغرض التنصل من الأحكام القانونية لتوفير الأغلبية اللازمة.

- لم يشترط المشرع أن يكون المساهم الجزائري واحدا، فيمكن للأجنبي أن يحوز الأغلبية إذا كانت 51% موزعة بين عدة جزائريين، وهذا ما يفند إدعاء المنادين بالإبقاء على هذه القاعدة بغرض منع الأجانب من السيطرة على القطاعات الاقتصادية الوطنية⁽¹⁰⁾.

- كما تم إفراغ هذه القاعدة من مضمونها في قضية - جيزي- عن طريق احتفاظ الدولة الجزائرية بأغلبية رأسمال، في حين منح حق التسيير للمستثمر الأجنبي عن طريق إبرام عقد تسيير. فأصبح هو الموجه الحقيقي لنشاط المؤسسة⁽¹¹⁾.

– الخلل لا يكمن في من يملك رأسمال لكن في المنظومة القانونية، التي من المفروض أن يكون هدفها تحقيق التوازن بين الحرية الاقتصادية الضرورية للتطور و تثبيت آليات اقتصاد السوق من جهة وحماية الاقتصاد والمستهلك، وفي مدى تأهيل وحزم القائمين على تنفيذها من جهة أخرى.

– التجربة أثبتت أنّ هذا الشرط لا يؤدي بالضرورة إلى الادارة الرشيدة وحماية المال المستثمر، ويعدّ قطاع المحروقات المثال الحي على ذلك، فقاعدة 51-49% نص عليها قانون 2005 وهذا لم يكن كافيا لحماية أهم مؤسسة في الجزائر –سونطراك – من الوقوع ضحية لجرائم فساد كلّفت الاقتصاد الوطني خسائر ضخمة⁽¹²⁾.

– لهذا نقترح حلين :

1- السماح للأجنبي بأن يحوز نسبة المساهمة التي يشاء و حتى 100% – باستثناء القطاعات الاستراتيجية، و التي يأتي على رأسها قطاع الطاقة.- مع إلزامه بأن يعيد استثمار نسبة معينة من الأرباح في الجزائر.

2- أخذ المشرع الجزائري بهذا الإجراء في مجال الخوصصة، و حدّد له مدة 5 سنوات في التنازل عن المؤسسات العمومية للجزائريين، في إطار عمليات الخوصصة حسب نص المادة 4 مكرر 2 من قانون الاستثمار الجزائري فلماذا لا يمدّد هذا الاجراء لمساهمة الأجانب في الشركات الخاضعة للقانون الجزائري و توضع القاعدة لمدة معينة ثم يمكن للأجنبي أن يملك الأغلبية .

ب/2-الأخذ بشركات الاقتصاد المختلط (وطني-أجنبي) نتيجة لتطبيق قاعدة 51-49% :

قبل سن قاعدة 51-49% كانت للمستثمرين الأجانب عدة خيارات، سواء بإنشاء شركات جديدة بمفردهم أو بالشراكة مع مساهمين جزائريين أو المساهمة في شركات تنشط في السوق الجزائري، لكن بعد إدراجها، أصبحت شركات الاقتصاد المختلط الشكل النظامي المتاح للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر.

والمشرع بوضعه القاعدة السابقة، فتح المجال أمام شركات مختلطة الاقتصاد لتكون الشكل النظامي الوحيد للاستثمار الأجنبي المباشر القار، و الذي ينتج عن إنشاء

شركة في البلد المستقبل كإطار للاستثمار المباشر أو عن المساهمة في شركات قائمة فيه. وقد عرف صندوق النقد الدولي الاستثمار الأجنبي المباشر بكونه ينتج عن تملك 10% أو أكثر من رأسمال الشركة على أن ترتبط هذه الملكية بالتأثير في الإدارة. فهو يتحقق في حالة قيام شركة أو منشأة بالمساهمة في مشروعات تقع خارج حدود الوطن الأم، وذلك بهدف ممارسة قدر من التأثير على عمليات تلك المشروعات. فهذا التعريف يؤكد أنّ الاستثمار الأجنبي المباشر يتميز بالديمومة بالاستقرار ويرتكز على التأثير على التسيير⁽¹³⁾. فهو بهذا المفهوم لا يمكن أن يتم في الجزائر إلا عن طريق شركات اقتصاد مختلط (51-49%)، على أساس أنّ حيازة الجزائري أو الجزائريين 51% يعني سيطرتهم على تسيير المشروع. ولقد وضحنا عند تعريفنا لشركات الاقتصاد المختلط، أنّ نسبة المساهمة في رأس المال ليست هي الفاصلة في تحديد المسيطر على الشركة، إذ يختلف الأمر بحسب عدد المساهمين الجزائريين والأجانب، كذلك يطرح التساؤل حول المسيطر في حالة حيازة الجزائري لـ 51% من رأس المال، في حين يبرم عقد خاص يمنح للمسيطر حق الإدارة ففي هذه الحالة المسيطر هو الأجنبي وليس الجزائري.

و تتأكد هذه الفكرة عند تناول تعريف شركات الاقتصاد المختلط عام-خاص في الفقه الفرنسي، إذ تعرف شركات الاقتصاد المختلط Société d'économie Mixte بكونها شركات تنشأ عن اجتماع رؤوس أموال عامة وخاصة. لهذا تعتبر أحد وسائل تدخل السلطة العامة في الاقتصاد. فهي تمثل شركات خاضعة للقانون الخاص، تتميز بوجود رؤوس أموال عامة⁽¹⁴⁾. وقد حدد مجلس الدولة الفرنسي الحد من المساهمة، الذي يعتبر ابتداء منه الشركة شركة اقتصاد مختلط وذلك عن طريق وضعه لشرتين⁽¹⁵⁾.

1- مساهمة رأسمال العام تكون بالأغلبية (أكثر من 50% من رأسمال).

2- أغلبية أعضاء هيئات الإدارة والتسيير يعينهم الشريك العمومي.

هذان الشرطان كانا محل نقاش من طرف الفقهاء، والذين انقسموا إلى قسمين وتركز خلافهم حول نسبة 50%. فالبعض اعتبرها ضئيلة، على أساس أنّهم يرون أنّ الرقابة على الشركة تتحقق، إذا تمكن المراقب من تعديل القانون الأساسي للشركة، وهذا ما يفترض حيازة الأغلبية في الجمعية العامة غير العادية. في حين الرأي الثاني يرى العكس، فإنّهم يعتبرون أنّ هذا الشرط مرتفع جدا، لأنّ المساهمين الخواص قد يكون

عدددهم كبيرا ولهم مساهمات منخفضة، فقد يكفي 20% أو 30% لسيطرة المساهم العمومي. أردنا بهذا التحليل أن نؤكد على أنّ أهم شيء في الشركة مهما كانت طبيعتها أو عدد المساهمين فيها، هو تحديد من يتحكم في أجهزة إدارة التسيير لأنّه هو الذي يسيطر فعلا على سير الشركة⁽¹⁶⁾.

ثانيا/نتائج انحصار الأشكال القانونية المتاحة للاستثمارات الأجنبية في شركات الاقتصاد المختلط – وطني أجنبي- بعد إدراج قاعدة 49/51%.

نتج عن سن قاعدة 49/51% و حصر الأشكال القانونية المتاحة للاستثمارات الأجنبية في شركات الاقتصاد المختلط، إعادة بلورة نظرة المشرع الجزائري للموازنة بين الاستثمار الوطني والأجنبي، التي كانت تقوم على مبدأ المساواة منذ صدور قانون 1993 وأصبحت تركز على فكرة المشاركة.

أ/الانتقال من المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني إلى المشاركة بينهما

ركز المشرع الجزائري منذ بداية الاصلاحات الاقتصادية على المساواة بين المستثمر الجزائري والأجنبي، ويقصد بالمساواة عدم التمييز بين المستثمرين الوطنيين والأجانب من حيث الحقوق والواجبات⁽¹⁷⁾ وتخلّى عنها في 2009.

أ/1- الأخذ بمبدأ المساواة بين المستثمر الوطني والأجنبي في الجزائر

كرّس المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي رقم 12/93 الصادر في أكتوبر 1993 المساواة بين المستثمرين الجزائريين والأجانب، وذلك في المادة 38 عن طريق نصه على أن يحظى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بنفس المعاملة التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في الحقوق والواجبات، فيما يخص الاستثمار. وقد أكد قانون الاستثمار لسنة 2001 على هذا المبدأ إذ كفل المساواة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين في مادته 14.

فالمساواة تمثل ركيزة أساسية لانفتاح الاقتصاد الجزائري أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة، عن طريق استفادتهم من مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة وقد رأى البعض أنّ هذه المساواة هي في مصلحة الشركات الأجنبية، لأنّها تؤدي بدون شك لتفوقها، نظرا لتمتعها بالمؤهلات التقنية والمالية التي تجعلها تتفوق على الشركات الجزائرية⁽¹⁸⁾. لكنهم بهذا القول لا يستوعبون أنّ المساواة التي يتمتع بها المستثمر في

حالة قيامه بإنشاء مؤسسة في الجزائر، يستفيد منها لكونه أنشأ مؤسسة في الجزائر و هي خاضعة للقانون الجزائري، وتلتزم بالتزاماتها الجبائية والمالية فهي تتمتع بكل الحقوق باعتبارها شخصا معنويا جزائريا، بغض النظر عن كون مالك كل أو أغلبية رأسمالها جزائري أو أجنبي، فهي متعامل اقتصادي خاضع للقانون الجزائري و الانتاج الذي تسوقه هو منتج وطني هنا يظهر قصور ادعاءات القائلين بأن قاعدة 49-51 % تحمي الاقتصاد الجزائري .

فالقول بتفوق الشركات الأجنبية في المجال التقني و التسييري أمر مفروغ منه، لكن دخولها إلى السوق الجزائرية يدفع المؤسسات الوطنية خاصة أو عامة إلى تحسين خدماتها ومنتجاتها لمواجهة المنافسة المحتملة. وهذا الأمر سيكون في صالح الاقتصاد الجزائري على المدى المتوسط والبعيد، لأنه يؤدي به إلى الانتقال من اقتصاد قائم على الواردات الأجنبية إلى اقتصاد منتج و مصدر للخارج. فهل نحن متفوقون ونحن نستورد مختلف حاجياتنا من الخارج ونقول أننا نحافظ على اقتصادنا لأننا وضعنا قاعدة 49/51%؟.

وعليه تعديل 2009 أدى إلى التخلي على ضمان أساسي من الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب وهو ضمان المساواة وعودته فكرة المشاركة.

أ/2- الانتقال إلى المشاركة بين المستثمر الوطني والأجنبي بعد سن قاعدة 49-51%

تتم طريقة الشراكة عمليا في ظل تطبيق قاعدة 49-51 بتدخل من السلطة المشرفة على القطاعات المعنية، إذ تلجأ إلى البحث عن مستثمرين أجانب يشاركون في هذه المشاريع مثل هذه التعاقدات مقبولة إذا تعلق الأمر بمشاريع كبرى. لكن فيما يخص المشاريع التي تدخل في القطاعات التنافسية، فإن هذا الأمر سيكون عائقا أمام الاستثمارات المنتجة، في حالة عدم توصل الأجنبي إلى إيجاد شركاء جزائريين وهذا يعدّ خسارة للاقتصاد الوطني. كما أنّ تدخل السلطة السياسية و/أو الاقتصادية في إنشاء هذه الاستثمارات في القطاعات غير الاستراتيجية، يخل بالسير العادي لدواليب الاقتصاد ويمكن أن تنتج عنه تجاوزات قد تصل إلى وقوع جرائم فساد عند إبرام التعاقدات مع المستثمرين الأجانب، فقد يتم اختيار الشركاء الأجانب بناءً على معطيات

قد لا تكون اقتصادية بالضرورة، فقد تغلب فيها مصالح شخصية أو سياسية. كما أن أسلوب المشاركة طبق في السبعينيات وثمانينيات القرن الماضي وأظهر محدوديته.

أ/3- تطبيق مبدأ المشاركة أثناء انتماج الجزائر للاقتصاد الاشتراكي

لجأت الدول النامية خلال فترة السبعينيات إلى الشراكة مع المستثمرين الأجانب، وذلك عندما حاولت تحقيق التوازن بين تخطيط المشاريع الاقتصادية وسيطرتها على القطاع العام من جهة، واحتياجها إلى الخبرة الصناعية والتسييرية والتكنولوجيا التي تملكها الدول الصناعية والشركات متعددة الجنسيات⁽¹⁹⁾.

وقد نظم المشرع الجزائري شركات الاقتصاد المختلط بالقانون رقم 13/82 المتعلق بشركات الاقتصاد المختلط، والذي وضع مبدأ المشاركة بين رأس المال الوطني والأجنبي في إطار شركات الاقتصاد المختلط، في إطار شركة لا تقل فيها مساهمة المؤسسة أو المؤسسات الاشتراكية عن 51% وهذا حسب المادة 03 من قانون 13/82⁽²⁰⁾. هذه الشراكة نتجت عن محاولة البلدان النامية ومن بينها الجزائر الحفاظ على السيادة على الثروات الطبيعية والسيطرة على الاقتصاد، والتي كانت مستوحاة من الفكر الاشتراكي السائد آنذاك من جهة، و التعاقد مع الأجانب إن اقتضت الضرورة، ولتحقيق ذلك لا بد لها من أن تحفز الشريك الأجنبي للمجيء وللاستمرار في النشاط. ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا منحت له سلطات حقيقية في تسيير المؤسسة، لهذا يكون للشريك الأجنبي وضع قوي رغم مشاركته بالأقلية في رأس المال.

لو أسقطنا هذا الكلام على الوضع الحالي، وعلى قضية معروفة واهتمت بها الدولة الجزائرية بصفة أساسية وهي قضية جيزي، لوجدنا أنها حلت بهذه الطريقة. فالجزائر حازت على 51% من رأسمال الشركة، في حين الشريك الأجنبي تحصل على حق تسيير الشركة.

وعليه، فقد أحيينا ممارسات تنبع من الفكر الاشتراكي، في حين الجزائر سعت منذ عشرينيتين إلى جعل مدوناتها القانونية تجسد تطبيق اقتصاد السوق وتحرير التجارة والمنافسة. كما أنّ السلطة السياسية الحاكمة تركز دائما على أنّ هذه الشراكة تحفظ سيادة الدولة الجزائرية. لكننا نرى أنّ دول عديدة اتبعت سياسة ليبرالية وحافظت على نظامها السياسي المنغلق مثلا: الصين، الإمارات، ... إلخ. فهي لجأت إلى الانفتاح

الاقتصادي ووضع سياسات تشجيعية للاستثمارات الأجنبية الوافدة إليها، ونتج عن ذلك تطور متسارع لاقتصادياتها، حتى أنها أصبحت تصدر الاستثمارات إلى الدول الأخرى بعدما كانت مستورد لها.

فكرة الشراكة التي انتهجت من طرف الدول النامية في السبعينيات والثمانينيات في غالبيتها لم تحقق الفائدة المرجوة لاقتصادياتها، لأنّ الشركة الأجنبية عندما تقبل الاستثمار في هذا الإطار، فإنّها تكون نتيجة لعلاقات بين البلاد المصنعة والبلاد النامية، ويصرح السياسيون أنّ هذه الشراكة تخضع لمبادئ التضامن والترابط الدولي، لكنها في الواقع شراكة لا تجعل الشريكين متساويين، نظرا لما تتمتع به الشركة الأجنبية من قدرات تقنية وتسعى إلى تحقيق أقصى المكاسب من الدول المستضيفة عند إبرام عقد الشراكة. فلماذا نشترط 51% للشريك الوطني، إذا كان الشريك الأجنبي هو المسيطر على إدارة الشراكة؟ فإذا كان هو المسيطر الفعلي، فلماذا نساهم معه بـ 51% أليس من الأحسن أن نتركه يستثمر أمواله في الجزائر؟ فإذا تركناه يستثمر أمواله في الجزائر فإنّ في ذلك فائدة للاقتصاد الوطني، لأنّه يستفيد من العملة الصعبة المحولة للجزائر، كما أنّ الشريك الأجنبي يكون أكثر حرصا على إنجاح المشروع لأنّه يملك كل أو أغلب رأسمال المستثمر.

في حين، الجزائر تسعى إلى وضع نظام سياسي ديمقراطي وتحرير الاقتصاد، وفي نفس الوقت تسنّ أحكام قانونية لا تتلاءم مع انفتاح الاقتصاد الوطني.

ب/ تأثير قاعدة 49-51% على نسبة تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الجزائر

ترتب على سن قاعدة 49-51% تأثير سلبي على حجم الاستثمارات الوافدة على الجزائر رغم فرص الاستثمار الهائلة التي توجد في كل القطاعات الاقتصادية، كما عطلّ كذلك مسار الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة واندماج الاقتصاد الجزائري في الاقتصاد العالمي.

ب/1- عدم التناسب بين فرص الاستثمار ومناخ الاستثمار في الجزائر

العالم أصبح سوقا واحدة وعند اتخاذ المستثمرين لقراراتهم بالاستثمار يعتمدون على مقارنات بين صيغة الأسواق والاقتصاديات في إطار العولمة، فالسوق الجزائري

واعد وله ميزات عديدة قد يتفوق بها على أسواق دول أخرى عديدة، لكن الخلل يكمن في دواليب سير الاقتصاد الجزائري.

فالجائر محرومة من الاستفادة من الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة، والتي تتم عن طريق توظيف الأموال في الأسواق المالية لكونها لا تملك بورصة نشطة ومندمجة في الاقتصاد العالمي، فبورصة الجزائر تتميز بقلّة عدد المشاريع المسعرة وبطء التعاملات فيها. وكذلك المؤسسات المالية الأخرى لا تتمتع بسوق مالي مرّن. وبالتعدّيات الأخيرة منذ 2009 قلّص مجال تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة .

فدول جنوب شرق آسيا وأمريكا اللاتينية، انتهجت سياسة اقتصادية تقوم على تخفيف القيود على الاستثمارات الأجنبية المباشرة وتحسين مناخ الأعمال، وارتبط ذلك بتطور في تكنولوجيات الاتصالات والنقل والتوزيع. فالبلدان النامية التي أصبحت تسمى "بالأسواق الصاعدة"، انتهجت نهجا يقوم على إدماج الاستثمار الأجنبي المباشر في اقتصادياتها، فمادام المستثمر الأجنبي يجلب العملة الصعبة والتقنية والمهارات الإدارية، وفرت له كل الإمكانيات والتسهيلات ليست على مستوى الضرائب والجمارك فحسب، لكن بصفة أكثر وضوحا فيما يخص تبسيط الإجراءات القانونية المطبقة على العلاقات بين الشركات⁽²¹⁾. ثم انتقلت إلى مرحلة اكتساب المهارات والتقنية في صناعات كثيرة، فأصبحت لا تكتفي بتكاليف العمل المنخفضة لأنها في حاجة إلى الجودة المرتفعة لمواجهة المنافسة. وهذا أصبحت هناك شركات متعددة الجنسيات توجد شركاتها في أراضٍ دول صاعدة مثلا: الصين، الهند، هونغ كونغ، البرازيل، تركيا، ... إلخ⁽²²⁾.

في المقابل نلاحظ أنّ المشرع الجزائري ركز على التحفيزات و الامتيازات المالية جبائية كانت أو جمركية. وما يستخلص من تجارب دول نجحت في جذب الاستثمارات أنّ هذه التحفيزات ليست كافية ولا ضرورية لجذب الاستثمارات الأجنبية⁽²³⁾. فقد أطلق عليها مصطلح - المنوم الجبائي- لكونها تعفي المؤسسات من الضرائب لمدة محدودة، و بعد نهاية هذه المدة تجد المؤسسة نفسها أمام ضرائب ضخمة إما أن تؤدّيها او تنسحب، وهذا ما قد يضر بالخزينة العمومية للدولة⁽²⁴⁾. كما أنّ سير الجهاز المصرفي في الجزائر يبقى غير مرّن، وسوق الصرف تبقى تعتمد بصفة شبه كلية على السوق السوداء⁽²⁵⁾. فوجود نظام بنكي متطور يستجيب لحاجيات المستثمرين الأجانب يعتبر

عاملا محوريا بالنسبة لهم، وهو قد يكون أهم من عامل الأمن وثقل الإجراءات الجمركية والإدارية⁽²⁶⁾.

فهناك أمور كثيرة تؤثر على قرار المستثمر، فهو يبحث عن مناخ استثمار ملائم، تتوفر فيه إدارة رشيدة و تسهيلات في عملية توطين الاستثمارات، ووضوح و استقرار المنظومة القانونية المطبقة على الاستثمارات الأجنبية . فبالنسبة للمستثمر الضمانات أهم من التحفيزات، لهذا فإنّ تركيز المشرع على التحفيزات المالية وزيادة نسبتها في كل قانون مالية، و في نفس الوقت إدراج تعديلات متفرقة لا تتلاءم مع هذا المسلك التحفيزي في قوانين المالية، نتج عنه عدم وضوح موقف المشرع الجزائري من الاستثمارات الأجنبية المباشرة .

لهذا يجب أن لا نركز على مواضيع لا تعتبر محورية، وليس لها تأثير حقيقي على جلب الاستثمار ولا على الحفاظ على الاقتصاد الوطني، لكنها تشكّل عائقا أمام الاستثمارات المباشرة، دون أن توفر مزايا حقيقية للاقتصاد الوطني، لهذا يجب أن نسعى إلى تحسين مناخ الاستثمار لفائدة المستثمرين الجزائريين أو الأجانب، عموميين أو خواص. وكذا وضع مؤسسات محترفة تتولى الترويج لفرص الاستثمار في الجزائر.

ب/2- تأثير قاعدة 49-51% على مساعي الجزائر للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية و حرمانها من فرص الاستثمار المتوفرة في إطارها

سعت الجزائر منذ 1987 للانضمام إلى المنظمة العالمية، فبقاؤها خارج المنظمة يضر كثيرا بالاقتصاد الوطني، إذ يحرمها من الاستفادة من الجزء الأكبر من التجارة الدولية⁽²⁷⁾. فالجزائر اختارت النهج الليبرالي منذ نهاية ثمانينيات القرن الماضي وقامت بعدد كبير من الإصلاحات الاقتصادية، لكي تجعل نظامها القانوني يلائم متطلبات التجارة العالمية، و تم ذلك بوتيرة متسارعة منذ بداية من سنة 2000 إلى 2008، ولقد كان من المحتمل أن تحصل الجزائر على موافقة المنظمة قبل 2010⁽²⁸⁾.

لكن التعديلات التي وردت في قوانين المالية لسنوات 2009، 2010، 2012 أثرت على هذا المسار⁽²⁹⁾، خاصة قاعدة 49-51 لكون الشركاء في المفاوضات مع الجزائر لا يمكن أن يستوعبوا أسس سن هذه القاعدة في بلد يسعى إلى تحرير اقتصاده. ولقد تحجّج واضعو هذه القاعدة أنّها تحمي المؤسسات الوطنية و الانتاج الوطني، و أنّ

الانضمام إلى المنظمة سيؤدي إلى إفلاس القطاع الاقتصادي الوطني العام و الخاص. وهذا القول يجانب الصحة لأنّ الجزائر ستنضم إلى المنظمة بصفتها دولة نامية⁽³⁰⁾ فتستفيد من المزايا الخاصة التي تمنحها المنظمة لهذه الفئة والتي نذكر أهمها⁽³¹⁾:

– الاعفاءات الخاصة بالدول النامية فيما يخص بعض القطاعات كقطاع الفلاحة والصحة.

– تأجيل تطبيق إجراءات الاستثمار المتصل بالتجارة إلى 5 سنوات و قد تمّد إلى 7 سنوات بطلب من البلد المعني .

– حماية الإنتاج الوطني من المنافسة، إذ يسمح لها بأن تبقي على تعريفه جمركية مرتفعة نوعا ما و التحرير التدريجي يمتد على 10 سنوات، و كذا يحق لها مواصلة دعم الصادرات لنفس المدة.

و عليه فكلما انضمت الجزائر أسرع، كلما كان ذلك في صالح الاقتصاد الوطني، الذي سيشهد انطلاقة حقيقية بوضع قواعد واضحة و شفافة لممارسة النشاط الاقتصادي، و لو ترتبت عليه بعض الآثار السلبية في المدى القصير، إلا أنّ النتائج الايجابية ستجسد على المدى المتوسط و البعيد بالقضاء على التبعية للمحروقات.

فالانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة يتيح فرص أفضل لإنعاش الاقتصاد و تطويره، عن طريق زيادة حجم المبادلات التجارية و احتكاك المنتج الوطني بالمنتجات الأجنبية و زيادة الاستثمارات الوافدة⁽³²⁾، كما أنّ الجزائر تلجأ إلى استيراد معظم منتجاتها خارج قواعد المنظمة وهذا ما لا يسمح لها بأن تستفيد من الفرص التي توفرها.

خلاصة القول أنّ قاعدة 49-51 % كان لها أثر معطل لمسار اندماج الاقتصاد الجزائري في الاقتصاد العالمي دون أن تحقق حماية ناجعة للمنتوج و المؤسسات الوطنية .

خاتمة

ترتب على إدراج قاعدة 49-51% آثار سلبية على الاستثمارات الأجنبية الوافدة إلى الجزائر، وغموض في نظرة المشرع للمستثمر الأجنبي المباشر. لهذا نقترح أن يتم التخلي

عن هذه القاعدة في القطاعات التنافسية وإبقائها في القطاعات الاستراتيجية، مع اشتراط أن يكون الشريك الجزائري واحد أو أن يتم تكوين تجمع للشركاء الجزائريين لضمان تحقق السيطرة لمصلحتهم. مع عدم التركيز على الحوافز الجبائية والجمركية لأنها ليست ضرورية، كما أنها لا تعدّ وحدها كافية لجذب الاستثمار الأجنبي. ونقترح أن يتم إصلاح القوانين التي لها علاقة بالاستثمار خاصة القانون التجاري، وكذا إصلاح النظام الجبائي. ونؤكد على إصلاح النظام البنكي والمالي لكونه المحرك الأساسي لأي استثمار وطني أو أجنبي. ويفضّل أن توضع مؤسسات ترويج لفرص الاستثمار في الجزائر وإظهار القطاعات الجاذبة له.

الهوامش:

- (1) المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 64 الصادر في 10-10-1993-ملغى.
- (2) الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 47 الصادر في 22-08-2001 المعدل والمتمم.
- (3) Marc Humbert, Globalisation et tendance de l'invertissent étranger, les investissements direct étranger, édition lamaton, paris, 1997, p76.
- (4) القانون رقم 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المتضمن قانون المالية لسنة 2016. الجريدة الرسمية العدد 72 المؤرخة في 31 ديسمبر 2015.
- (5) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام. الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 2015.
- (6) مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز الشركات المختلطة، BOT وتفويض المرفق العام، بيروت، منشورات حلي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 70.
- (7) مشروع قانون الاستثمار الجديد سيعرض على الحكومة الأربعاء المقبل. متوفر على موقع: تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2015-12-30. WWW.APS.DZ/ARABIC.
- (8) سحب قاعدة 51-49 بالمائة من قانون الاستثمار الجديد دون إلغائها كلياً. متوفر على موقع WWW.APS.DZ/Algerie تم الاطلاع عليه بتاريخ 2016-02-11.
- (9) quand un expert de la banque mondiale pourfend –nos capitalisme de copains- quotidien d'Oran 11 septembre 2012.
- (10) ورد في المادة 58 من القسم الثالث من الأمر رقم 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 "...لا يمكن إنجاز استثمارات أجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية 51 بالمائة على الأقل من رأسمال الاجتماعي، ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدد من الشركاء"
- (11) جيزي ملك للجزائر أخيراً، جريدة أخبار اليوم، 18 أفريل 2014.

(12). affaire sonatrach-saiepem, la justice italienne sur la piste d'un réseau mafieux, elwatan 11 septembre 2013.

(13). Guerid Omar, l'investissement direct étranger, revue économique et managériales, U. Biskra, n°= 3 Jun 2008, p20.

(14). Jean- tues chérot, Droit public économique, Paris, economica, Deuxième édition 2007, p402.

(15). Didier linotte, Raphael Romi, Droit public économique, Paris, litec, P164.

(16). زايدي أمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014، ص 22 وما بعدها .

(17). عيبوط محند واعلي، الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، الجزائر، دار هومة، الطبعة 2، 2014 ص 79.

(18). محمد سارة، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، دراسة حالة أوراسكوم، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2010، ص 35.

(19). د. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 81 وما بعدها.

(20). قانون رقم 82-13 المؤرخ في 28-08-1982 المتعلق بالشركات مختلطة الاقتصاد و سيرها جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 35 المؤرخ في 31-08-1982، المعدل و المتمم بالقانون رقم 86-13 المؤرخ في 25-08-1986 الجريدة الرسمية العدد 35 الصادر في 27-08-1986، ملغى.

(21). Jean Ruffier, efficience productive et investissement direct : observation des cas chinois et argentins in les investissment direct étranger, Paris, 1997, p 111 Ets.

(22). Sanjay cal, les multinationales original du tiers monde, collection de l'institut de développement et de recherche sur les multinationales Genève, 1984, p 19 ets.

(23). محمد سارة، المرجع السابق، ص 25.

(24). Abdenacer quadri, Attractivité et promotion des investissements direct étranger, édition Paris, 1997, p 261 Ets.

(25). Abdelwahab Rezig, Algérie, Brésil, coré de sud trois expérience de développement, o.p.u. Algérie, p 125.
(26). د. مردادي كمال، الاستثمار الأجنبي المباشر وعملية الخصخصة في الدول المتخلفة ملتقى اقتصاديات الخصخصة والدور الجديد للدولة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير -جامعة فرحات عباس -سطيف- 09-03 أكتوبر 2004. ص 254.

(27). أطول مفاوضات للجزائر منذ إيفيان لدخول منظمة التجارة العالمية، الخبر، 8 أوت 2015 .

(28). عياش قويدر، براهيمي عبد الله، آثار انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، العدد 2

(29). سليم سعداوي، الجزائر والمنظمة العالمية للتجارة معوقات الانضمام وأفاقه، الجزائر، دار الخلدونية، طبعة 1، 2008، ص 25.

(30). La loi complémentaire 2010 principale mesures, revue perspectives, n4, nov. 2010, p 16.

(31). د- ناصر دادي عدون، متناوي محمد، الجزائر والمنظمة العالمية للتجارة، أسباب الانضمام و النتائج المرتقبة و معالجتها، الجزائر، دار المحمدية العامة، 2003، ص 188.

(32). د-سيد طه بدوي، دور الشركات العابرة للقوميات في اجتذاب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول النامية -في ظل تطبيق اتفاقية تدابير الاستثمار المتعلقة بالتجارة - القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص 64.

مدى مشروعية قرارات مجلس الأمن بخصوص إنشاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة*

Dr. BEKHOUCHE Hichem
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Souk Ahras.

د. بخوش هشام
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة سوق أهراس.

الملخص:

في عام 1993 قرر مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة إنشاء محكمة جنائية دولية ليوغوسلافيا السابقة ردا على الجرائم التي ترتكب على نطاق واسع في منطقة البلقان، وبعد عام واحد، وبسبب جرائم الإبادة الجماعية في رواندا، أنشأ مجلس الأمن المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، أما بالنسبة للمحكمة الخاصة بلبنان فقد أنشأت بموجب إتفاق بين الأمم المتحدة والجمهورية اللبنانية بناء على طلب من الحكومة اللبنانية، وتسمى هذه المحكمة المدولة أو المختلطة.

الكلمات الدالة:

مجلس الأمن، العدالة الجنائية الدولية، مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/01/05 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2014/09/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

De la légitimité des décisions du Conseil de sécurité portant création des tribunaux spéciaux

Résumé:

En 1993، le Conseil de sécurité des Nations-Unies a décidé de créer le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) en réaction aux crimes de grande ampleur commis dans la région des Balkans, Un an plus tard, à la suite du génocide du Rwanda, le Conseil de sécurité créait le Tribunal pénal international pour le Rwanda TPIR.

Le Tribunal spécial pour le Liban (TSL) a été établi par un Accord entre l'Organisation des Nations-Unies et la République Libanaise à la demande du gouvernement Libanais. Ce tribunal est dit « hybride » ou « mixte ».

Mot clés:

Conseil de sécurité, La justice pénale internationale, Le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États.

The legality of Security Council decisions to establish a special of criminal international courts

Abstract:

In 1993 the United Nations Security Council decided to establish the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in response to large scale crimes committed in the Balkans ، a year later ،following the genocide in Rwanda ،the Security Council established the International Criminal Tribunal for Rwanda ICTR.

The Special Tribunal for Lebanon (STL) was established by an Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic at the request of the Lebanese government. The court said "hybrid" or " mixed" .

Key words:

UN Security Council ،International Criminal Justice ،The principle of non-interference in the internal affairs of States.

مقدمة

شهدت الإنسانية على مر العصور أشد الجرائم وحشية، ترتكب بحق الناس منتهكتا بشكل فظيع حقوق الإنسان، أسفرت عن مآسي وكوارث، شعر من خلالها المجتمع الدولي بأهمية وضرورة إيجاد تنظيم أو هيئات دولية تملك الوسائل والإمكانات للقضاء أو الحد من الإنتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني، وكذا الجرائم ذات الآثار الخطيرة كجرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب.

هذه الإنتهاكات الخطير التي إرتكبت أثناء النزاعات المسلحة في كل من يوغوسلافيا السابقة ورواندا أدى إلى إنشاء محكمتين جنائيتين دوليتين، من قبل مجلس الأمن، ومحكمة خاصة بلبنان بإتفاق بين الأمم المتحدة والحكومة اللبنانية وهذا لغرض تحقيق العدالة، فمن صلاحيات مجلس الأمن حفظ السلم والأمن الدوليين، فهل القرارات التي أصدرها مجلس الأمن تطبيقا للقواعد المنصوص عليها في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة بإنشاء محاكم جنائية دولية خاصة مشروعة؟.

التعرف على مختلف جوانب إنشاء هذه المحاكم الدولية الجنائية الخاصة التي تشكلت بقرارات مجلس الأمن أو بإتفاق بين الأمم المتحدة والحكومة والدولة المعنية هو الهدف الأساسي من هذه الدراسة، بالإضافة إلى تحديد صلاحيات وإختصاصات مجلس الأمن بحيث تكون منسجمة مع نصوص ميثاق الأمم المتحدة وقواعد القانون الدولي العام. وقد اتخذت في هذه الدراسة أسلوب المنهج الاستقرائي القانوني القائم على تحليل نصوص مواد الميثاق وقسم البحث إلى مبحثين، الأول تناولت دور مجلس الأمن في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، أما المبحث الثاني فخصصته لدراسة مركز مجلس الأمن في القضاء الدولي الجنائي المؤقت.

المبحث الأول/ دور مجلس الأمن في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين

يصدر مجلس الأمن قراراته وفقا لشروط أساسية تضي عليها طابع المشروعية، فهو يتصرف وفقا لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ومن جهة أخرى قام بإنشاء محاكم جنائية دولية خاصة و إعتد في قراراته على تقديرات سياسية محكومة بمصالح الدول المؤثرة فيه.⁽¹⁾

المطلب الأول/ مبدأ عدم جواز التدخل ومدى مشروعيته

يمثل مبدأ عدم التدخل حماية لحقوق الأفراد من الممارسات والإنتهاكات التي تمارسها بعض الأنظمة الإستبدادية ولكنه يحمل في بعض جوانبه إعتداء على السيادة الوطنية، غير أن هذه الحماية الدولية قد يكون سببها أهداف سياسية كالتدخل في الشؤون الداخلية والخارجية للدول،⁽²⁾ وعلى ذلك سنتطرق في الفرع الأول إلى تحديد فكرة السيادة ومفهومها، وفي الفرع الثاني مبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

الفرع الأول/تحديد فكرة السيادة ومفهومها

عرف الفقيه جان بودان كلمة السيادة في كتابه عن الجمهورية "إن الدولة إنما هي حق الحكم على الأسر فيها، وحق إدارة شؤونها المشتركة بينها وذلك على أساس السلطان السيد" وبذلك يعتبر السيادة عنصراً من عناصر الدولة يتصل بوجودها، ولا يكون ذلك إلا إذا كانت متمتعة فعلاً بسيادتها، وتتمتع بشخصية اعتبارية تتصل بوجودها وديمومتها.⁽³⁾

عرف الفقيه بودان السيادة "بأنها السلطة العليا على المواطنين والرعايا والتي لا تخضع للقوانين" وعرفتها محكمة العدل الدولية في قضية مضيق "كورفو" سنة 1949 بأن "السيادة بحكم الضرورة هي ولاية الدولة في حدود إقليمها ولاية إنفرادية ومطلقة، وأن إحترام السيادة الإقليمية فيما بين الدول المستقلة يعد أساساً جوهرياً من أسس العلاقات الدولية".⁽⁴⁾

يرتبط مبدأ السيادة بمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ويرتكز على المساواة القانونية والإستقلال السياسي للدول،⁽⁵⁾ كما يرتبط بمبدأ سيادة الدول وحريةها في إختيار نظامها السياسي والإقتصادي والإجتماعي والثقافي، وكذا نظامها القانوني والقضائي، أي أن الإختصاص في النظر في الجرائم يعود للقضاء الوطني، وإذا ما إمتنع على هذا القضاء ممارسة ولايته الجنائية لسبب من الأسباب أو لعدم رغبته في مباشرة اختصاصه، فإن الإختصاص ينعقد للقضاء الدولي بوصفه قضاء مكملًا للقضاء الوطني.⁽⁶⁾

يستند التدخل الدولي المشروع الى قواعد القانون الدولي، المتمثلة في الإتفاقيات الدولية، والتي تحدث نتائج قانونية وتعالج قضايا معينة يتم من خلالها تحديد حقوق والتزامات كل طرف منها، والهدف منها هو المحافظة على أمن المجتمع الدولي وإستقراره وحمايته من الإنتهاكات الخطيرة التي ترتكب ضده، ولكن ذلك لا يتحقق إلا تنازلت الدولة ضمناً عن بعض اختصاصاتها الداخلية والتي لم تعد تنازلاً عن بعض من سيادتها، أي أن السيادة تحولت من مطلقة إلى نسبية كحالة إنشاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة.⁽⁷⁾

الفرع الثاني/مبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول

مبدأ عدم جواز التدخل جزء لا يتجزأ من المبادئ الأساسية في القانون الدولي العام، فهو قاعدة عرفية وإتفاقية تشكل إحدى قواعد النظام العام التي لا يجوز مخالفتها كقرارات الجمعية العامة في هذا الشأن والتي تعتبر ملزمة، وتستمد إلزاميتها في عملية تكوين قواعد القانون الدولي.⁽⁸⁾

لقد أكد المادة 2 فقرة 7 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة على هذا المبدأ حيث لا يجوز لأعضاء الهيئة التدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، إلا إذا توافرت الشروط الموضوعية المحددة في نص المادة 39 التي تسمح لأعضاء الهيئة إتخاذ تدابير القمع الواردة في الفصل السابع وهذا إستثناء،

فالتسلسل المنصوص عليه في المادة 2 فقرة 7 يربط حصانة الاختصاص الداخلي بحق التدخل في نص قانوني واحد يجمع بين مصلحتين، إحداهما مصلحة الدول الأعضاء في احترام سيادتها واختصاصها الداخلي من أي تدخل لا يتفق وأحكام الميثاق، وأخرى مصلحة خاصة بتحقيق السلم والأمن الدولي من خلال الإعتراف بمشروعية التدخل، وفقاً لأحكام الفصل السابع وإعمالاً لنص المادة 1 فقرة 1⁽⁹⁾ فطبيعة الحكم الوارد في نص المادة 2 فقرة 7 حول فكرة الإختصاص الداخلي هو فكرة غير محددة المعالم تتسع وتضيق تبعاً لعناصر غير محددة على إعتبار أن القانون الدولي يتطور من وقت إلى آخر وهو ليس بالقانون الجامد...⁽¹⁰⁾

المطلب الثاني/صلاحيات وإختصاصات مجلس الأمن

لمجلس الأمن مجموعة من الصلاحيات إنقسمت بين الإختصاص بحفظ السلم والأمن الدوليين والذي يشمل تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، وإتخاذ تدابير القمع، وبين إختصاصات ذات طابع إداري كإختصاصات العضوية و إختصاصات بعض الأجهزة الرئيسية الأخرى للأمم المتحدة.

الفرع الأول/الإختصاص بحفظ السلم والأمن الدوليين

صلاحيات مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين تظهر في حل وتسوية المنازعات بالطرق السلمية عن طريق المفاوضة أو الوساطة أو التحكيم أو التسوية القضائية، وفي حالة ما إذا تحقق مجلس الأمن من تهديد فعلي للسلم والأمن الدولي

أجاز له الميثاق إتخاذ تدابير أشد صرامة، لا تتطلب إستخدام القوة، كوقف العلاقات الإقتصادية وقطع العلاقات الدبلوماسية، وفي حالة ما إذا كانت تلك التدابير لا تفي بالغرض جاز له إتخاذ إجراءات عقابية قد تصل إلى إستعمال القوة لرد الخطر الذي يهدد الأمن والسلم الدولي وهذا ما تضمنته نصوص الباب السابع من الميثاق.⁽¹¹⁾

تضمن الفصل السابع من الميثاق تدابير يستطيع مجلس الأمن إتخاذها في حال ما إذا كان هناك تهديد للسلم والأمن الدولي، حسب نص المادة 39 من الميثاق يدعو المتنازعين للأخذ بما يراه ضرورياً أو مستحسناً من تدابير مؤقتة، ولا تخل هذه التدابير المؤقتة بحقوق المتنازعين ومطالبهم أو بمركزهم، مما يعني أن قرارات مجلس الأمن ذات أثر ملزم إلا إذا أفسح عن إرادته في إعتبارها من قبيل التوصيات التي لا تلزم من توجه إليه.⁽¹²⁾

يتمتع مجلس الأمن بمسؤولياته الأساسية في حفظ السلم والأمن الدوليين بسلطات تقديرية واسعة سواء لجهة تكييف النزاع حسب نص المادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة⁽¹³⁾ أو لجهة تحديد الإجراء الواجب إتخاذه حسب ما جاء في نص المادة 41-42 من الميثاق، فقد أتاحت السلطات الواردة في المادة 39 إمكانية التعامل مع حالات أو أوضاع لم تكن ضمن إختصاصه إبتداءً، وعليه فإن قرارات مجلس الأمن المتخذة وفقاً لسلطاته التقديرية لا تستند إلى تقويم قانوني من جانبه وإنما تقوم على فكرة التقويم السياسي للحالة، وبذلك فهو يعمل نيابة عن الدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة بغية تعزيز مقاصد المنظمة التي أنشئت من أجلها الشيء.⁽¹⁴⁾

ويلجأ مجلس الأمن إلى أحكام المادة 41 من الميثاق المتعلقة بالإجراءات غير العسكرية والتي ليست لها أهداف تنفيذية قهرية حيث يقوم المجلس بدعوة الدول إلى تنفيذ ما قرره من إجراءات كقطع العلاقات الإقتصادية والدبلوماسية وغيرها من العقوبات غير العسكرية وينتج عن ذلك أن التدابير الصادرة بنص هذه المادة تنسب إلى الدول الأعضاء عكس تدابير القمع المنصوص عليها في المادة 42 من الميثاق تنسب إلى مجلس الأمن الدولي نفسه⁽¹⁵⁾، أما بالنسبة للقوات التي يستخدمها المجلس لإتخاذ تدابير القمع فتساهم في تكوينها الدول الأعضاء من ضمن قواتها المسلحة ولكنها تبقى تحت سلطة المجلس لضمان الحيادة والعمل على تحقيق الهدف الذي جاءت من أجله

وهو الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وفيما يتعلق بالمواد 43-44-45 من الميثاق فقد نصت على الإتفاقات الخاصة التي تبرمها الدول حول القوات المسلحة والمساعدات والتسهيلات الضرورية لحفظ السلم والأمن الدولي.⁽¹⁶⁾

إن تحقيق السلم والأمن الدولي هو الهدف الرئيسي للأمم المتحدة وفقا لنص المادة 1 فقرة 1 من الميثاق، ومن أجل تحقيق هذا الهدف منح مجلس الأمن صلاحيات واضحة وفقاً لنص المادة 24 فقرة 1 أما المادة 25 فيتعهد من خلالها أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق بالإضافة إلى المواد 39 و 41 و 42، أما فيما يخص سيادة الدولة فنصت عليها المادة 2 فقرة 1 والمادة 55 من الميثاق، وبناء على ذلك يجوز وفقاً للمادتين 2 فقرة 1 و 39 من الميثاق لمجلس الأمن التدخل في الإختصاص الداخلي للدول الأعضاء وفقاً للشروط الموضوعية والقواعد الإجرائية التي تحكم الإختصاص وكذا بفرض قرارات واجبة الإلتزام استناداً إلى نصوص المواد 24 و 39 و 51،⁽¹⁷⁾

بناء على ما تم ذكره يستطيع مجلس الأمن إصدار قرارات معينة دون قيد موضوعي إستناداً إلى سلطته التقديرية وهي نابعة من عناصر معنوية خاصة تحدث آثاراً قانونية واجبة الإلتزام والتطبيق وينتج عن ذلك أن الدول الأعضاء لا يجوز لها دفع التدخل والاحتجاج بالتوسع في الإختصاص الوظيفي لحماية حقوقها المرسخة في الميثاق،⁽¹⁸⁾

الفرع الثاني/إختصاصات مجلس الأمن الدولي ذات الطابع الإداري

ينص ميثاق الأمم المتحدة على مجموعة من الإختصاصات ذات الطابع الإداري، منها الإختصاصات المتعلقة بالعضوية في منظمة الأمم المتحدة، والإختصاصات المتعلقة بنشاط بعض الأجهزة الرئيسية الأخرى للمنظمة، فقد تضمنت المواد من 3 إلى 6 من ميثاق الأمم المتحدة الأحكام الخاصة بالعضوية، فالعضوية في الأمم المتحدة إما أن تكون أصلية كما جاء في المادة الثالثة من الميثاق، وإما بالإنضمام حسب ما نصت عليه المادة الرابعة، ويتطلب ذلك توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية، ونصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الميثاق على توافر خمسة شروط في الدولة طالبة الإنضمام حتى يمكن قبولها عضواً في الأمم المتحدة، وتتمثل هذه الشروط في كون طالب

الإنضمام دولة، وتكون محبة للسلام، وقادرة وقابلة على تنفيذ الإلتزامات الواردة في الميثاق وراغبة في ذلك.⁽¹⁹⁾

أما بالنسبة للإختصاصات المتعلقة بنشاط بعض الأجهزة فقد حدد مجلس الأمن الدولي الشروط التي يجوز بموجبها لسائر الدول الأخرى أن تتقاضى إلى محكمة العدل الدولية، وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في المعاهدات المعمول بها، على أنه لا يجوز بحال وضع تلك الشروط بكيفية تخل بالمساواة بين المتقاضين أمام المحكمة⁽²⁰⁾ وبخصوص مشكلة حق الاعتراض فهو حق سياسي فرضه واقع العلاقات الدولية الذي سمح للدول الكبرى أن يكون لها وضع متميز داخل المنظمة العالمية بسبب إنتصارها في الحرب العالمية الثانية، وهذا ما نصت عليه المادة 23 المتعلقة بالتشكيلة والمادة 27 المتعلقة بالأحكام الخاصة بالتصويت⁽²¹⁾.

المبحث الثاني/مركز مجلس الأمن في القضاء الدولي الجنائي المؤقت

إرتكبت أثناء الحرب العالمية الثانية جرائم خطيرة ماسة بحقوق الإنسان كانت سبب في وضع أسس وقواعد المسؤولية الجنائية وعدم الإفلات من العقاب، أنشأ على إثرها المجتمع الدولي محكمة نورمبورغ ومحكمة طوكيو لمحاكمة مجرمي الحرب الألمان وكذا اليابانيين كأول الخطوات نحو إنشاء قضاء دولي جنائي دائم ومستقل، ولكنها فشلت بسبب الإنتقادات التي وجهت إليهما على أساس أنها محاكمات ذات أثر رجعي لم تكن خلالها الجرائم مجرمة طبقا لقواعد القانون الدولي السارية آنذاك، بالإضافة إلى غلبة الطابع السياسي على الطابع القانوني.

بعدها تعرض المجتمع الدولي إلى مآسي كثيرة أرتكبت على يد الصرب وتصفيات عرقية في رواندا بين التوتسي واليهوتو، كانت سبب تدخل مجلس الأمن الدولي في إنشائه أجهزة قضائية مؤقتة لمسائلة الأشخاص المتهمين بإرتكاب أخطر الجرائم الدولية أين تعتبر هذه الأجهزة ضمانات من الضمانات التي تكفل إحترام حقوق الإنسان جنبا إلى جنب مع التشريعات والقوانين الوطنية ذات الصلة، والملاحظ أن المجتمع الدولي المعاصر سار بخطوات حثيثة لإقامة النظام المذكور وبصفة تدريجية وتحديدًا منذ نهاية الحرب العالمية الأولى.⁽²²⁾

ولكن ما هو الأساس القانوني الذي أخذ به مجلس الأمن الدولي ؟ وهل أن العقوبات الواردة في ميثاق الأمم المتحدة من المادة 39 إلى 42 كانت غير كافية لحل هذه النزاعات؟ وبناء على ذلك سوف نتطرق إلى ظروف إنشاء المحكمتين إضافتا للمحكمة الدولية الجنائية الخاصة في لبنان ومدى إختصاص مجلس الأمن في إنشائها.

المطلب الأول/تشكيل المحكمتين الدوليتين الجنائيتين ليوغوسلافيا ورواندا

كان للجرائم التي ارتكبت في كل من إقليم يوغوسلافيا السابقة وإقليم رواندا الأثر الكبير في إهتمام المجتمع الدولي عموما وهيئة الأمم المتحدة على وجه الخصوص في إنشاء محكمتين ذات طبيعة دولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن هذه الجرائم.

الفرع الأول/ظروف إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا

على إثر تفكك جمهورية يوغوسلافيا الإتحادية الإشتراكية حدثت نزاعات بين مختلف القوميات وصلت إلى حد الحرب الأهلية إرتكب فيها الصرب جرائم وإنتهاكات خطيرة كالتصفية الجسدية والحجز التعسفي وأشد أنواع التعذيب وغيرها من الجرائم الأخرى،⁽²³⁾ وكل هذه الجرائم سواء إرتكبت في نزاعا مسلحا دوليا أو داخليا فإنها تعد إنتهاكات لإتفاقية جنيف، خاصة الإتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب.⁽²⁴⁾

وبتمادي الصرب في أفعاله الإجرامية أصدر مجلس الأمن أول قرار تحت رقم 713 في 25 سبتمبر 1991 حظر بموجبه إرسال الأسلحة أو أية معدات عسكرية إلى غاية أن يقرر المجلس غير ذلك من العقوبات، ولكن القرار بصفته إجراء تحفظي وقائي كان في حاجة إلى إعادة النظر وخاصة بعد فشل المساعي الرامية إلى التسوية السلمية.

وقد حاولت بعض الدول الأوروبية إيجاد تسوية سلمية ولكن جهودها باءت بالفشل ورفض الصرب كل الجهود والمساعي ومضى في خطته وفرض شروطه بقوة السلاح، الشيء الذي أدى بمجلس الأمن إلى إصدار قرار رقم 724 في 15 ديسمبر 1991 أرسل من خلاله قوات دولية مهمتها حماية المناطق الثلاثة ذات الأغلبية الصربية كإجراء وقائي للحيلولة دون إنتشار النزاع ولكنه فشل كذلك في وقف إطلاق النار الشيء الذي أدى إلى إتساع قوة الحماية الدولية وإتساع مهامها إلى مراقبة وقف إطلاق النار ومراقبة الحدود وحماية قوافل الإغاثة كما فرض مجلس الأمن حظر جوي في

جميع أنحاء البوسنة والسماح لحلف شمال الأطلسي باستخدام الضربات الجوية ضد المواقع الصربية. (25)

و 06 أكتوبر 1992 إتخذ مجلس الأمن قرار رقم 780⁽²⁶⁾ يتعلق بإنشاء لجنة خبراء بالتحقيق جمع الأدلة عن المخالفات الجسيمة لإتفاقيات جنيف وكذا الإنتهاكات الواسعة النطاق التي ترتكب بحق القانون الدولي الإنساني وإنتهت في تقريرها إلى إرتكاب العديد من جرائم الإبادة والتطهير العرقي مما أدى بالمجلس في 22-02-1993 إلى إصدار قرار ثاني تحت رقم 808⁽²⁷⁾ وفي 25 ماي 1993 صدر قرار من مجلس الأمن تحت رقم 827⁽²⁸⁾ ينشأ بموجها محكمة دولية مؤقتة القصد الوحيد منها مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الإنتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني.

لقد إمتد إختصاص المحكمة إلى كل من ينتمك أحكام القانون الدولي الإنساني وقد أقرت مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية وأخرجت من إختصاصها مسؤولية الأشخاص الإعتبارية من منظمات إجرامية وغيرها، وفي حالة التنازع مع المحاكم الوطنية تكون الأولوية للمحكمة الدولية، إلا أن حكومتي يوغوسلافيا السابقة، صربيا والجبل الأسود قد رفضتا الإعتراف بإختصاص المحكمة الشيء الذي أدى إلى عرقلة إجراءات المحكمة وعدم قدرتها على إحضار مجرمي الحرب.⁽²⁹⁾

نتج عن إنشاء المحكمة تساؤلات عديدة أهمها هل القصد من إنشائها أن مجلس الأمن منح لنفسه صلاحية إنشاء قواعد قانونية خاصة بالقانون الدولي الجنائي، أو أنه طلب من المحكمة تطبيق قواعد القانون الدولي الجنائي وقواعد القانون الدولي الإنساني،؟ وهل كان السبب في إنشائها عجزه على حل النزاع طبقا لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة؟ على إعتبار أنه كان من الأولى تأسيسها وتحديد إختصاصها ومهامها من طرف الجمعية العامة وأن مهام مجلس الأمن هو حفظ السلم والأمن الدوليين.

إختلف الفقه في تحديد الجهة المكلفة بإنشاء مثل هذه المحاكم، فالبعض أيد إنشائها من قبل مجلس الأمن الدولي على أساس أنه إذا كان له الحق في إستعمال القوة وفق لأحكام الميثاق فمن الطبيعي أن يتخذ إجراءات قانونية لمحكمة المسؤولين عن الجرائم الخطيرة بإنشاء محاكم جنائية دولية خاصة، وهناك من أكد على أنه لا يجوز

للمجلس إنشاء مثل هذه المحاكم لأنه لم يتم الإشارة إلى أية مادة قانونية من الفصل السابع وهذا يعد تحولاً في مجال عمله وخارج نطاق التفويض الممنوح له. وذهب جانب آخر للقول أن إنشاء المحكمة في حقيقته كان لتغيير نظام الحكم لا تحقيق العدالة، كما أن مجلس الأمن يعتبر هيئة ذات صلاحيات تنفيذية لا يملك سلطات قضائية تسمح له بإنشاء مثل هذا النوع من المحاكم⁽³⁰⁾ وفي قضية تاديتش تم التأكيد على عدم قانونية إنشاء المحكمة من طرف مجلس الأمن على إعتبار أنه تجاوز السلطات الممنوحة له بموجب الفصل السابع من الميثاق.⁽³¹⁾

الفرع الثاني/ظروف إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا

إن التركيبة السكانية لدولة رواندا تتميز بالتنوع العرقي، أي أنها تتشكل من ثلاث قبائل رئيسية هي الهوتو والتوتسي وقبائل التوا،⁽³²⁾ و النزاع القبلي بين كل من قبيلة التوتسي والهوتو أدى إلى إرتكاب مجازر بشعة و في أعقاب إغتيال الرئيس الهوتوي جوفينال هابياريمانا في 16 أفريل 1994 إجتاحت رواندا حرب أهلية وإبادة جماعية،⁽³³⁾ وبسبب الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في إقليم رواندا أصدر مجلس الأمن مجموعة من القرارات أولها القرار رقم 846 الصادر بتاريخ 22 جوان 1993 تلالها القرار رقم 872 الصادر بتاريخ 05 أكتوبر 1993 ثم القرار 909 مدد من خلاله ولاية بعثة الأمم المتحدة في رواندا، ثم أصدر القرار 912 يطالب فيه بوقف الأعمال العدائية فوراً بين قوات حكومة رواندا وقوات الجبهة الوطنية، وبعدها القرار رقم 935 المتعلق بإنشاء لجنة خبراء لبحث وتحليل المعلومات المتعلقة بالانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني وبناء على نتائجها أصدر القرار رقم 955 المنشئ للمحكمة الدولية في رواندا من أجل محاكمة الأشخاص المسؤولين عن جريمة الإبادة. تختص المحكمة بالنظر في جرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية وكذا إنتهاكات المادة الثالثة من إتفاقية جنيف لعام 1949 والبروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 المرتكبة على الإقليم الرواندي والدول المجاورة في الفترة الواقعة بين 01/01/1994 و 31/12/1994.⁽³⁴⁾ وفي حالة تعارض إختصاص المحكمة الجنائية الدولية لرواندا مع إختصاص المحاكم الوطنية تكون الأولوية في نظر الدعوى للمحكمة الدولية،⁽³⁵⁾ وقد

تقاسمتا المحكمة الدولية ليوغوسلافيا والمحكمة الدولية الجنائية لرواندا ذات المدعى العام وذات الدائرة الإستئنافية⁽³⁶⁾.

وفي الأخير يمكن القول أن المحكمتين، عبارة عن هيئات مؤقتة ذات غرض ومدة محددة تنتهي مهامها بنهاية الغرض الذي أنشئتا من أجله، وقد أنتقدت لعدة إعتبرات أولها أن مجلس الأمن ليس له سلطة وفق لميثاق الأمم المتحدة بإنشاء مثل هذه المحاكم بإعتبار أن صلاحياته تتمثل في حفظ السلم والأمن الدوليين، كما أن المبادئ القانونية التي ترعى هذه المحاكم غير مستقرة وتتغير بتغير المحاكمة والأشخاص، وإختصاص هذه المحاكم المؤقتة تختلف من محكمة إلى أخرى لذلك كان من الأفضل إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة تتفادى كل الإنتقادات السابقة وتحقق العدالة الجنائية، بالنسبة لكافة الجرائم الدولية وفي مواجهة كل المتهمين بإرتكاب هذه الجرائم دون الإستثناء.⁽³⁷⁾

المطلب الثاني/دواعي إنشاء المحكمة الخاصة بلبنان

أنشأ مجلس الأمن ولأول مرة محكمة أساسها القانوني إتفاقية غير مستوفية الشروط الدستورية لإبرامها، سواء من جانب الجهة التي لها صلاحية التفاوض بشأنها، أو لجهة الموافقة عليها من قبل السلطة التشريعية، ألا وهي المحكمة الخاصة بلبنان⁽³⁸⁾.

الفرع الأول/ظروف إنشاء المحكمة الخاصة بلبنان

في 14 من فبراير 2005 تم إغتيال رئيس الوزراء اللبناني السابق رفيق الحريري وآخرين، مما أدى إلى موجة من المظاهرات الشعبية المناهضة لسوريا تطالب إنسحاب الجيش السوري من لبنان وتشكيل محكمة دولية، وبناء على ذلك أصدر مجلس الأمن مجموعة من القرارات منها القرار 1595 المؤرخ في 07 أبريل 2005، والقرار 1644 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 و القرار رقم 1664 في 29 مارس 2006 المتعلق بالتفاوض على إنشاء محكمة ذات طابع دولي، تستند على أعلى المعايير الدولية في مجال العدالة الجنائية،⁽³⁹⁾

وفي 23 جانفي 2007 و 02 فيفري 2007 قامت الحكومة اللبنانية والأمم المتحدة تباعا بالتوقيع على الإتفاقية المبرمة بينهما بشأن إنشاء المحكمة الخاصة بلبنان،⁽⁴⁰⁾ وبسبب الخلافات الواقعة بين الموالات والمعارضة حول المحكمة ونتيجة عدم إقرارها

وفق للدستور اللبناني، أخذ مجلس الأمن بناء على الفصل السابع في 30 ماي 2005 إصدار قرار رقم 1757 يبدأ سريان الوثيقة المرفقة المتعلقة بإنشاء المحكمة الخاصة بلبنان إعتباراً من 10 جوان 2007⁽⁴¹⁾.

تختص المحكمة بمتابعة الأشخاص المسؤولين عن الجريمة المرتكبة ضد رئيس الوزراء اللبناني، وللمحكمة الخاصة بلبنان إختصاص مشترك مع المحاكم الوطنية، حيث تكون للمحكمة الخاصة أسبقية في حدود إختصاصها بالنسبة للمحكمة الوطنية⁽⁴²⁾. وهي مستقلة عن الجهاز القضائي اللبناني عكس المحاكم الدولية المختلطة⁽⁴³⁾، وبالنسبة للمسؤولية الجنائية الفردية يتحمل الشخص مسؤولية فردية عن الجرائم الداخلة ضمن إختصاص المحكمة الخاصة وفيما يتعلق بالعلاقة بين الرئيس والمرؤوس، فالرئيس يتحمل المسؤولية الجنائية عن الجرائم المنصوص عليها في المادة 2 من هذا النظام الأساسي، حينما يرتكبها مرؤوسون يخضعون لسلطته وسيطرته الفعليتين⁽⁴⁴⁾.

الفرع الثاني/مدى دستورية إنشاء المحكمة الخاصة بلبنان

تعتبر المحكمة الخاصة بلبنان تحدياً لمختلف الجهات الدولية التي كانت سبباً في إنشائها تحت ذرائع ومبررات متنوعة ومتعددة، فهي تختلف عن الكثير من المحاكم التي سبقتها، فقد أسهم القرار الدولي رقم 1757 الصادر بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة في حالة التوتر الداخلي والإنقسام بين اللبنانيين وأصبحت لبنان أمام تدخل واضح للقوى الغربية.

لقد أنشأت المحكمة الخاصة بقرار من مجلس الأمن وبذلك يكون قد أعطى نفسه سلطة الحل محل السلطات الدستورية اللبنانية، ومجلس النواب ورئيس الجمهورية، في ممارسة هذه السلطات لدورها الدستوري، ونصب نفسه مكانها، وأعطى الموافقة على إتفاق المحكمة بدلاً منها وعلى ذلك فليس للمجلس الحق في إنشاء هذه المحكمة لأنه من المفروض أن يتعامل المجلس وفقاً لقواعد القانون الدولي، مع إرادات الدول التي تظهر للعالم الخارجي بشكل قانوني ووفقاً لداستها، وليس وفقاً لرأي طرف سياسي⁽⁴⁵⁾.

أما أصحاب الرأي الثاني فيرون أن الأساس القانوني الذي تستمد المحكمة منه وجدها هو القرار الدولي الصادر من مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويرجع ذلك إلى أن المجلس له صلاحية إنشاء مثل هذه المحاكم الجنائية الدولية في حالة ما إذا كان هناك إخلال بالسلم والأمن الدوليين وهذا ما نصت عليه المادة 39 من الميثاق، وأن هذه المحاكم ذات طابع سياسي لأن إنشائها تم من قبل هيئة سياسية، إعتد في قراراته على تقديرات سياسية متأثر بمصالح الدول ذات النفوذ في مجلس الأمن.

خاتمة

إن واقعة تهديد السلم والأمن هي التي تجعل أحكام الفصل السابع موضوع التطبيق وموضع التدخل القانوني المشروع وتؤسس هذه النتيجة على نص المادة 39، حيث أن القرار الصادر عن مجلس الأمن وجب أن يتصل إتصالاً تاماً بوجود الواقعة الفعلية، ولا يمكن لمجلس الأمن أن يأتي بتصرفات قانونية يخرج بها عن القواعد المرسخة في المادة 39، ورغم ذلك أصدر مجلس الأمن قرار بإنشاء محكمة جنائية دولية ببوغوسلافيا السابقة و محكمة جنائية دولية تنظر في الفضائع التي ترتكب ضد المدنيين في رواندا، و محكمة خاصة بلبنان تنظر في جريمة لا تعتبر وفق للقانون الدولي جريمة دولية.

توصلنا من خلال هذا إلى النتائج التالية:

- 1- نتيجة للتشكيلة الحالية لمجلس الأمن فإن الدول الكبرى دائمة العضوية تستخدم سلطة النقض في أي قرار يصدره مجلس الأمن بما يتماشى مع مصالحها الخاصة، مما يجعل القرارات الصادرة عن هذه الهيئة لها إعتبارات سياسية ومصالحية دون الأخذ بعين الإعتبار المبادئ الأساسية لتحقيق العدالة في الدولة التي صدر لها القرار.
- 2- حدود ونطاق صلاحيات وسلطات مجلس الأمن الممنوحة له بمقتضى الفصل السابع هي حفظ السلم والأمن الدوليين ولكنه تعدى هذه المهمة ليتصرف بوصفه الجهاز التنفيذي العام للمجتمع الدولي.

3- تشكيل المحكمتين ،بوغوسلافيا السابقة، ورواندا، يثير تساؤلات عدة أهمها، هل تدخل مجلس الأمن بإنشاء المحكمة كان بسبب عجزه عن حل النزاع بالوسائل

والصلاحيات التي يمتلكها وفق للفصل السابع من الميثاق وهل السبب في إصدار هذه القرارات كان لإعتبارات سياسية بحتة أم لتمها الدول الكبرى ذات العضوية الدائمة في مجلس الأمن.

4- أنشأ مجلس الامن محكمة خاصة تعد هي الاحداث حتى كتابة هذه الدراسة من أجل النظر في جريمة أرتكبت ضد رئيس الوزراء اللبناني رفيق الحريري، وهي جريمة الإرهاب والتي جعلها مجلس الامن جريمة دولية كان يمكن أن يتعامل معها القضاء اللبناني بإعتبارها جريمة داخلية.

الهوامش:

- (1) أنظر: د خليل حسين، الجرائم والمحاكم في القانون الدولي الجنائي، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 2009، ص 41.
- (2) أنظر : ماجد عمران، السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد 27 - العدد الأول- 2011، ص 465.
- (3) أنظر : الدكتور طلال ياسين العيسى، السيادة بين مفهومها التقليدي والمعاصر، دراسة في مدى تدويل السيادة في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد 26 - العدد الأول- 2010، ص 40.
- (4) أنظر : أحلام نوري ، تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدولية، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع جانفي 2011، ص 26.
- (5) أنظر : الدكتور طلال ياسين العيسى، مرجع سابق، ص 52.
- (6) أنظر : أوسكار سوليرا، الإختصاص القضائي التكميلي والقضاء الجنائي الدولي، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر ، أعداد 2002، ص 164.
- (7) أنظر: موسى سليمان موسى، التدخل الدولي الإنساني ومشروعية التدخل السوري في لبنان، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، كلية القانون والسياسة، الأكاديمية العربية المفتوحة-الدنمارك، 2007، ص 52.
- (8) أنظر: بوكرا إدريس، مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي العام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 269.
- (9) أنظر : د وليد فؤاد المحاميد، القيود الموضوعية المفروضة على مجلس الأمن، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد 21 - العدد الأول- 2005، ص 47-48.
- (10) أنظر : د محمد السعيد الدقاق، التنظيم الدولي، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دون سنة طبع، ص 272-273.
- (11) أنظر : د محمد السعيد الدقاق، مرجع سابق، ص 321-322.
- (12) أنظر : د محمد السعيد الدقاق، المرجع نفسه، ص 328.

- (13) أنظر: د عبد السلام حماني، التحديات الراهنة للمحكمة الجنائية الدولية في ظل هيمنة مجلس الأمن الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012، 171 وما بعدها.
- (14) أنظر: د محمد خليل الموسى، سلطات مجلس الأمن في ضوء نظرية القواعد الدولية الآمرة، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والثلاثون، يناير 2009، ص 26-27.
- (15) أنظر: الدكتور أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، مجلس الأمن في عالم متغير، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 45-46.
- (16) أنظر: الدكتور أحمد عبد الله أبو العلا، مرجع سابق، ص 47-48.
- (17) أنظر: الدكتور وليد فؤاد المحاميد، مرجع سابق، ص 44-45.
- (18) أنظر: الدكتور وليد فؤاد المحاميد، المرجع نفسه، ص 46.
- (19) أنظر: الدكتور، عبد السلام صالح عرفة، المنظمات الدولية والإقليمية، الطبعة الثانية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 1999، ص 152.
- (20) أنظر: المادة 35 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.
- (21) أنظر: ناصر الجهاني، دور مجلس الأمن في تسوية المنازعات، مجلس الثقافة العام، طرابلس-ليبيا، 2008، ص 79.
- (22) أنظر: علي يوسف الشكري، الخصائص المشتركة للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، المختار للعلوم الإنسانية، جامعة عمر المختار، ليبيا، العدد الثالث، 2006، ص 02.
- (23) أنظر: الدكتور على عبد القادر القهوجي، القانون الجنائي الدولي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2001، ص 271.
- (24) أنظر: علي يوسف الشكري، مرجع سابق، ص 12.
- (25) أنظر: الدكتور حسن نافعة، الأمم المتحدة في نصف قرن، دراسة في تطور التنظيم الدولي منذ 1945، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1995، 363 وما بعدها.
- (26) وثيقة رقم S/RES/780 الصادرة بتاريخ 12 أكتوبر 1992.
- (27) وثيقة رقم S/RES/808 الصادرة بتاريخ 22 فيفري 1993
- (28) وثيقة رقم S/RES/827 الصادرة بتاريخ 25 ماي 1993
- (29) أنظر: الدكتور عصام عبد الفتاح مطر، المحكمة الجنائية الدولية، مقدمات إنشائها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 44 وما بعدها.
- (30) أنظر: الدكتور خالد عكاب حسون العبيدي، دور مجلس الأمن في تشكيل المحاكم الجنائية الدولية الخاصة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 08 السنة 02، ص 317.
- (31) أنظر: الدكتور عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، 2009، ص 155.
- (32) أنظر: الدكتور عمر محمود المخزومي، مرجع نفسه، ص 171.
- (33) حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي، من المحاكم المؤقتة إلى المحكمة الدولية الجنائية الدائمة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 131.
- (34) أنظر: الدكتور خالد عكاب حسون العبيدي، مرجع سابق، ص 321.

- (35) أنظر: أوسكار سوليرا، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها .
- (36) أنظر: حيدر عبد الرزاق حميد، مرجع سابق، ص 132.
- (37) أنظر: الدكتور زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2009، ص 136-137.
- (38) أنظر: داود خير الله، هل من أسباب للشك في إستقلال المحكمة الخاصة بلبنان؟، المساواة في تطبيق القانون من أهم مقاييس المحاكمة العادلة، مداخلة قدمت في مؤتمر لاهاي حول المحكمة الدولية بشأن لبنان- 2011/2/2.
- (39) قرار مجلس الأمن S/RES/1664
- (40) أنظر: الدكتور ثقل سعد العجمي، مجلس الأمن والمحكمة الخاصة بجريمة إغتيال رئيس الوزراء اللبناني الأسبق رفيق الحريري، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثاني، السنة الرابعة والثلاثون، يونيو 2010، ص 107.
- (41) Marieke Wierda، Lynn Maalouf، Cecile Aptel and Caitlin Reiger، Handbook on The Special Tribunal For Lebanon، international Centre For Transitional justice Prosecutions program ، 10 April 2008، p 09.
- (42) المادة 04 من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بلبنان S/RES/1757 2007
- (43) أنظر: الدكتور محمد علي مخادمة، المحاكم الجنائية المختلطة، مجلة الحقوق ، الكويت، العدد الثالث، السنة الثانية والثلاثون، سبتمبر 2008، ص 379 وما بعدها.
- (44) Voir Marieke Wierda، Lynn Maalouf، Cecile Aptel and Caitlin Reiger، Op. Cit. p 11.
- (45) أنظر: الدكتور محمد الحموري، قراءة قانونية في قرار مجلس الأمن رقم (1757) الذي أنشأ محكمة خاصة للبنان ، منشور في شبكة فولتير 04 يونيو 2007 ، www.voltairenet.org/article149185.html ،

محدودية دور المنتخبين في تسيير مالية البلدية*

برازة وهيبة، أستاذة مساعدة "أ"

قسم القانون العام،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد

الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

BERAZA Wahiba, M.A «A»

Département de Droit Public,

Faculté de Droit et des Sciences Politiques,

Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

الملخص:

إعترف القانون الجزائري للبلدية بالاستقلالية المالية، وذلك بمقتضى نص المادة الأولى من قانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، وكان لزاما عليه أن يستتبع هذا التنصيب بتكريس مظاهرها، والتي من أهمها تسيير مالية البلدية من قبل المنتخبين. لكن توجه المشرع، جاء خلافا لما هو منتظر، بحكم محدودية دور الجهاز التداولي في تسيير البلدية، والذي يظهر من خلال سحب صلاحية إعداد الميزانية من رئيس المجلس، وإسنادها للأمين العام، وكذا عدم تدخل البلدية في تأسيس وتحصيل الجباية، الذي يعد اختصاصا أصيلا للسلطة المركزية، يضاف إليه محدودية دورها في مجال الإنفاق بسبب التأثير السلبي للنفقات الإجبارية.

الكلمات المفتاحية:

البلدية، الاستقلالية المالية، الضريبة، الحلول، النفقات، الميزانية

The limited role of elected representatives in the financial management of the municipality

Abstract:

Algerian legislator has realized the financial autonomy of the municipality, by the Law No. 11-10 on the common, and must work to applying its practice representations, including of the field of its financial management of municipality.

but went legislator Direction, was coming unexpected, because of the limited role of the deliberative organ in the running of the municipality, which is seen by the withdrawal of the budget from the President of the Council, and attributed to the Secretary-General, as well as the lack of municipal intervention in the establishment and taking collection, which is the jurisdiction of the inherent authority Central, in addition the limited role in spending due to the negative impact of mandatory expenses.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/10/14 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/01/17 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Keywords:

Commune, financial autonomy, tax, alternative power, spending, budget.

Le rôle restreint des élus dans la gestion financière de la commune**Résumé :**

Le législateur algérien, a, dans la loi n° 11-10 relative à la commune, concrétisé l'autonomie financière de la commune, ce qui implique la nécessité de consacrer ses différents aspects, notamment au niveaux de la gestion financière.

Cependant, la tendance du législateur, s'est traduite autrement à cause du rôle restreint de l'appareille délibérant dans la gestion de la commune en matière financière.

Mots clés :

Commune, autonomie financière, impôt, pouvoir de substitution, dépense, budget.

مقدمة

إعترف المشرع الجزائري بالاستقلالية المالية للبلدية، وذلك بمقتضى نص المادة الأولى من قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية التي تنص: " البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة. وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة... "، وحتى يتحقق المبتغى لابد من توافر جملة من الدعائم.

تتمثل الموارد المالية الذاتية أولى هذه المقومات، كونها تؤدي إلى ترجمة الاختصاصات الممنوحة للجماعة الإقليمية فعليا، يضاف إليها تسيير مالية الهيئة المحلية من طرف الأعضاء المنتخبين.

لكن رغم التنصيص القانوني على تمتع البلدية بذمة مالية مستقلة، إلا أنّ المشرع لم يساير هذا التوجه في تعامله مع مظاهر الاستقلالية، بحكم عدم كفاية موارد البلدية واللجوء للتمويل الخارجي الذي له تأثيرات سلبية على الاستقلالية المالية للبلدية، وكذا هامشية دور المنتخبين في تسيير مالية البلدية الذي يعدّ من أهم الإشكالات التي تحول دون تحقيق استقلالية مالية فعلية للبلدية، وذلك بسبب احتكار السلطة المركزية لهذه الصلاحية، وبالتالي فإنّ الإشكالية التي تطرح تتمثل في البحث في مظاهر محدودية دور المنتخبين في تسيير مالية البلدية؟

المحور الأول/هامشية دور المنتخبين في إعداد ميزانية البلدية

تعتبر الميزانية جدول التقديرات الخاص بالإيرادات والنفقات السنوية للجماعة المحلية، فهي بذلك المرآة الحقيقية العاكسة بوضوح لسياسة الهيئة المالية ومشروعاتها خلال سنة مقبلة⁽¹⁾.

وهكذا وحتى نكون أمام استقلالية مالية فعلية، لا بد أن تتمتع الجماعة المحلية بسلطة إعداد الميزانية المحلية، كون أنّ حرية التصرف تستوجب تمتع الوحدة الإقليمية بسلطة القرار في الجانب المالي بطريقة تجعلها تحقق استقلالية في التسيير في مواجهة الدولة⁽²⁾، غير أنّ الوضع في الجزائر ينبىء بعكس ذلك بسبب منح المشرع الجزائري سلطة إعداد الميزانية للأمين العام على مستوى البلدية، وبالتالي اقتصار دور المنتخبين في التصويت عليها، وكذا تشديد وصاية السلطة المركزية. أولاً/سحب اختصاص إعداد الميزانية من رئيس المجلس وإسناده للأمين العام للبلدية

كانت صلاحية إعداد ميزانية البلدية في القوانين القديمة في يد المنتخبين وهو ما يظهر من نص المادة 246 من أمر رقم 24-67⁽³⁾ "يقترح الرئيس ميزانية البلدية ويجري التصويت عليها من قبل المجلس الشعبي البلدي...". بهذا تكرر هذه المادة مظهراً لاستقلالية البلدية مالياً، وهو إعداد الميزانية من طرف الوحدة المحلية، وهو ما نصت عليه كذلك المادة 152 من قانون رقم 08-90⁽⁴⁾ "يصوّت المجلس الشعبي البلدي على ميزانية البلدية باقتراح من رئيسه، وتضبط وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

تراجع موقف المشرع الجزائري لصالح السلطة المركزية وذلك في قانون البلدية الساري المفعول، وهو ما يظهر من نص المادة 180/1: "يتولى الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي إعداد مشروع الميزانية.....".

يظهر لنا من خلال المادة السالفة الذكر أنّ المشرع الجزائري سحب صلاحية إعداد الميزانية من رئيس المجلس الشعبي البلدي، ومنحها للأمين العام للبلدية، واكتفى بالنص

على أن يقوم الأمين العام بإعداد الميزانية تحت سلطة رئيس المجلس، وبالتالي نتساءل عن طبيعة السلطة التي سيمارسها رئيس المجلس الشعبي البلدي على الأمين العام؟
تجدر الإشارة أنّ سحب صلاحية إعداد الميزانية من رئيس المجلس الشعبي البلدي غير منطقي وخصوصاً أنه الأمر بالصرف على مستوى البلدية، وبهذه الصفة يكون⁽⁵⁾:
- المسؤول المباشر على تسيير المصالح المحلية وهو الأدرى بحجم الاحتياجات، وبالتبعية يكون الأكفأ لتحديد طرق تمويلها.

- مسؤول مسؤولية مالية وجنائية على تنفيذ العمليات المالية المحلية، وبالتالي لا يقبل أن يتحمل المسؤولية ويخضع للرقابة المالية على تنفيذ ميزانية لم يقدّم بإعدادها، حيث ستكون مسؤوليته في هذه الحالة مبنية على أسس غير موضوعية.

ثانياً/إضعاف دور المنتخبين في ضبط الميزانية

جعل تشريع البلدية سلطة إعداد الميزانية في يد الأمين العام للبلدية، مهمّشاً بذلك الأعضاء المنتخبة التي يقتصر دورها في مجرد التصويت عليها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ سلطة المجالس في التصويت ليست مطلقة بل خاضعة لرقابة وصائية مشدّدة.

1- إقتصار دور المنتخبين في التصويت على الميزانية

تنص المادة 180/2 من قانون البلدية الساري المفعول⁽⁶⁾ على: " ... يقدم رئيس المجلس الشعبي البلدي مشروع الميزانية أمام المجلس للمصادقة عليه"، وتضيف المادة 181: " يصوّت المجلس الشعبي البلدي على الميزانية وتضبط وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون...".

يظهر من خلال المادتين السالفتين الذكر، أنّ دور المنتخب يقتصر في مجرد التصويت على الميزانية التي لم يشارك في إعدادها، وبهذا فدوره هامشي ولا يشارك في اتخاذ القرار المحلي، وهو ما يفرغ الاستقلالية المالية من أهم مقوم تقوم عليه وهو إعداد الميزانية من طرف المنتخبين، وجعلها في يد أجهزة عدم التركيز لما في ذلك من تجسيد للنزعة المركزية التي تميز النظام اللامركزي في الجزائر.

2-تشديد وصاية السلطة المركزية

لا تعني اللامركزية الإدارية أن تكون الجماعات الإقليمية مستقلة استقلالية مطلقة عن الدولة، بل تكون الأولى دائما تحت نظر الثانية أو بالأحرى تحت نظر ممثلها عن طريق الرقابة، وعلى هذا الأساس فإنّ الاستقلالية المالية يمكن التعبير عنها باستقلالية مالية الجماعات المحلية عن مالية الدولة من جهة، مع ارتباطها بنفس هذه المالية من جهة أخرى⁽⁷⁾.

وهكذا فإنّ الاستقلالية المالية المحلية لا يقصد منها عدم وجود علاقة بين الهيئات المحلية والسلطة المركزية، وإثما درجتها تقاس بطبيعة هذه العلاقة⁽⁸⁾، فيجب ألاّ تصل وصاية السلطة المركزية على ميزانية البلدية إلى درجة تهيمش المنتخب المحلي وإقصائه أثناء اتخاذ القرار المحلي.

قام المشرع الجزائري - بالإضافة إلى إبعاد المنتخبين من إعداد الميزانية-، بإخضاع ميزانية البلدية لرقابة وصائية مشدّدة تمارس على مختلف مراحل الميزانية، وتتلخص الرقابة التي تمارسها السلطة الوصية على الميزانية في مرحلة الإعداد، في المصادقة على الميزانية من طرف الوالي وكذا تمتع هذا الأخير بسلطة الحلول.

أ/تقوية مركز السلطة الوصية من خلال إخضاع الميزانية للمصادقة

يحكم مداوات المجالس الشعبية البلدية مبدأ عام، وهو النفاذ المباشر، الذي مفاده قابلية المداولة للتنفيذ بمجرد مرور 21 يوم من تاريخ إيداعها بالولاية وهو ما نصت عليه المادة 56 قانون البلدية الساري المفعول⁽⁹⁾، غير أنّ هذا المبدأ يرد عليه استثناء، والمتمثل في إلزامية استيفاء إجراء جوهرى حتى تصبح المداولة قابلة للتنفيذ، ويتمثل هذا الإجراء في ضرورة تقديم المداولة للمصادقة من طرف الوالي.

تدخل الميزانية في زمرة النوع الثاني من المداوات وبالتالي لابد من عرضها على الوالي للمصادقة حتى تصبح نافذة، وهو ما نصت عليه المادة 57 من قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية: " لا تنفّذ إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوالي، المداوات المتضمنة ما يأتي:

-الميزانيات والحسابات..."

يظهر لنا جليا أنّ البلدية لا تملك أية سلطة مالية تمكنها من حق التصرف في الميزانية، ذلك أنّه لم تسحب من الأعضاء المنتخبة صلاحية إعداد الميزانية فحسب، بل وحتى بعد تقديم مشروع الميزانية للتداول، فإنّ القرار النهائي فيه يعود للوالي بحكم إلزامية عرضها عليه للمصادقة، الذي يمكن له أن يرفض المصادقة على نفقات معينة على أساس عدم ملاءمتها ونجاعتها المالية، رغم مطابقتها للقوانين والأنظمة المعمول بها⁽¹⁰⁾، وبالتالي فلا فائدة من حث أعضاء المجالس على ذلك مادامت كلمة الفصل في الأمور المالية راجعة لسلطة الوصاية⁽¹¹⁾.

ب/ تقوية مركز السلطة المركزية من خلال سلطة الحلول

إضافة إلى تدخل السلطة الوصية عن طريق المصادقة، فهي تتدخل كذلك عن طريق الحلول وذلك لإعادة التوازن للميزانية وإدراج النفقات الإجبارية، وكذا ضبط الميزانية في حالة عدم تصويت المجلس عليها⁽¹²⁾.

ب/1- الحلول في حالة التصويت على ميزانية غير متوازنة

يجب على المجالس المحلية وهي تصوّت على الميزانية، أن تحدث توازن حقيقي بين الإيرادات والنفقات، وإلاّ فلن تقوم السلطة الوصية بالمصادقة عليها، وقد نصت على ذلك المادة 183 من قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية، التي ألزمت المجلس الشعبي البلدي بالتصويت على ميزانية متوازنة، وإلا سيقوم الوالي بالحلول محله وضبطها تلقائياً، لكن بعد استيفاء الإجراءات التالية:

- إرجاع الميزانية، مرفقة بالملاحظات خلال 15 يوم التي تلي استلامها لرئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يخضعها لمداولة ثانية خلال 10 أيام
- في حالة التصويت دون توازن للمرة الثانية، يقوم الوالي بإعذار المجلس الشعبي البلدي، الذي يجب عليه التصويت على ميزانية متوازنة خلال 08 أيام التي تلي تاريخ الإعذار.

ب/2- الحلول في حالة عدم إدراج النفقات الإجبارية

تعتبر النفقات الإجبارية نفقات تفرض من السلطة المركزية، ويجب على البلدية إدراجها أثناء إعداد الميزانية، وفي حالة عدم فعل ذلك يقوم الوالي باعتباره السلطة الوصية على البلدية بالحلول محل الجماعة الإقليمية ويضبطها تلقائياً، لكن بعد

استيفاء الإجراءات التي ذكرت سابقا بالنسبة للتصويت على ميزانية غير متوازنة، وقد نص قانون البلدية على هذه الحالة في المادة 183 كذلك.

ب/3- الحلول في حالة عدم تصويت المجلس على الميزانية

نص قانون البلدية رقم 10-11 على هذه الحالة في المادة 186⁽¹³⁾، وهي مرتبطة بحالة عدم التصويت على الميزانية إطلاقا بسبب وجود اختلال داخل المجلس الشعبي البلدي، غير أنه يجب على الوالي الاستمرار بالعمل بالإيرادات والنفقات العادية المقيّدة في السنة المالية السابقة إلى غاية المصادقة على الميزانية الجديدة⁽¹⁴⁾. غير أنه ما يؤخذ عليه المشرع هو استعماله عبارة غامضة _ وجود اختلال _، مما يفتح المجال أمام السلطة الوصية بامتلاكها سلطة تقديرية في تكييف هذه الحالة.

يظهر لنا جليا - في الأخير- أنّ الحلول سلطة خطيرة تملكها الجهة الوصية على البلدية، بحكم أنّ الإدارة المركزية تمارس الاختصاص بدل المجالس المنتخبة، ويقوم الوالي بضبط الميزانية تلقائيا، وبهذا تكون الميزانية معدّة بشكل نهائي من السلطة المركزية بما لذلك من تأثير سلبي على استقلالية البلدية باعتبارها قاعدة اللامركزية، فالحلول يؤدي إلى التهميش الكلي للمجالس المنتخبة في المجال المالي، وجعل القرار النهائي في يد السلطة المركزية.

المحور الثاني/محدودية دور البلدية في تحديد الوعاء الجبائي والنفقات المحلية

حتى يكون للجماعة المحلية دور فعال في مجال الميزانية يجب أن تتمتع الجماعة المحلية بحرية فعلية في خلق الإيرادات المحلية، تحديد مجال تطبيقها، وعأؤها، وكذا تحديد قيمة المورد، وأخيرا ضمان التحصيل من طرف الهيئة المحلية⁽¹⁵⁾. يؤدي تمتع الوحدة الإدارية بهذه الاختصاصات في مجال الإيرادات إلى التحكم الكلي في المورد المحلي في جميع مراحلها مما يعطي له صفة المحلية دون جدال⁽¹⁶⁾، وكذا إمكانية القول بالاستقلالية المالية للهيئة، كون أنّ الموارد المحلية هي التي تضمن استقلالية مالية حقيقية⁽¹⁷⁾

يضاف إلى ذلك قدرة الجماعات المحلية في فرض ضرائب إضافية على الضرائب الأصلية في حدود نسبة معينة من الحد الأقصى للضريبة، غير أنه إذا رأت السلطة

المركزية وجود تعارض بين السياسة المالية لإحدى الهيئات المحلية، والسياسة المالية للدولة، أمكن لها توقيف القرار المحلي بقرار معلّل⁽¹⁸⁾.

وباعتبار أنّ الميزانية تحتوي على شقين، الإيرادات والنفقات، فحتى نكون أمام استقلالية مالية فعلية للجماعة المحلية، وجب أن تتمتع هذه الأخيرة بحرية الإنفاق مع احترام الميزانية العامة للدولة، إذ يمكن للهيئات المحلية صرف الأموال لكن في حدود إيراداتها، وذلك إعمالاً لمبدأ "الإيرادات تحدّد النفقات"، فالوحدة المحلية لا بد عليها أن توازن بين حجم نفقاتها والموارد التي قامت بتحصيلها⁽¹⁹⁾، كما يجب ألا تصل النفقات الإجمالية التي تلزم الدولة الجماعة المحلية إيرادها أثناء إعداد الميزانية، من الكم درجة تؤدي إلى إفراغ عنصر إعداد الميزانية من طرف الوحدة الإدارية المحلية من محتواه⁽²⁰⁾.

يظهر أنّ التحكم في الموارد المحلية وكذا في أوجه إنفاقها يعدّ من المظاهر الأساسية للاستقلالية المالية، غير أنّ الوضع في الجزائر ليس بهذا النحو بحكم عدم تمتع البلدية بسلطة في المجال الجبائي ولا حتى في مجال الإنفاق.

أولاً/محدودية دور البلدية في المجال الجبائي

يعتبر احتكار السلطة المركزية للجبائية تنظيمياً وتحصيلاً، من أهم الأسباب المؤدية إلى عجز البلديات⁽²¹⁾، بحكم عدم تمتع البلدية بأية سلطة مالية تمكنها من حق التصرف في الميزانية، كون أنّ النظام الجبائي الجزائري يقوم على مبدأ عدم استقلالية الضريبة، ذلك أنّ فرض الضريبة مسألة وطنية تختص بها الدولة⁽²²⁾، ويظهر ذلك من خلال منح هذا الأختصاص للسلطة التشريعية، وهو ما يظهر من نص المادة 13/122⁽²³⁾ من الدستور، وتتجلى تبعية تلك الإيرادات على مستوى تأسيس الضريبة، وكذا تحصيلها.

1-عدم تدخل البلدية في تأسيس الضريبة

أوكل الدستور الجزائري مسألة إحداث الضريبة والجبائيات والرسوم، وتحديد أساسها ونسبها للسلطة التشريعية، فالضريبة تخضع لقواعد محددة في إطار قانون المالية الذي يؤكد مشروعية الضريبة ثم يأتي دور القوانين العادية، فالبلدية لا يد لها في تأسيس الضريبة وتحديد وعائها، مما يؤدي إلى تبعية الضرائب المحلية للسلطة المركزية والتي تجرّد البلديات من المبادرة المالية⁽²⁴⁾، يقتصر دور المنتخبين بهذا الشكل

في مجرد التصويت على النسب المحددة من طرف الدولة، أي على الناتج الإجمالي المحدد بموجب القانون، فعملية التصويت مقيدة ومؤطرة في نطاق حدود مرسومة قانونا⁽²⁵⁾.

يظهر لنا من خلال ما سبق أنّ البلدية في الجزائر لا تملك أية صلاحية في مجال تأسيس الجباية، رغم أنّ تحقيق الاستقلالية المالية يستوجب إشراك الجماعة المحلية في ذلك، باعتبارها على دراية أفضل بالشؤون المحلية، غير أنّ ذلك لا يعني منحها سلطة إحداث الضريبة وتحديد وعائها ونسبها التي تعدّ من الاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية، وإنّما إعطائها سلطة التصويت على النسب المئوية للضرائب والرسوم المحلية المحددة مسبقا بموجب القانون بغرض تمكينها من تدعيم مواردها المالية⁽²⁶⁾.

تراجع موقف الجزائر في مسألة إشراك البلدية في المجال الضريبي لصالح السلطة المركزية بحكم أنّ هذا الأمر لا يعتبر دخيلا، وإنّما عرفه القانون الجزائري في سنة 1967، وذلك في الأمر رقم 67-24 المتعلق بالبلدية الذي نص في المادة 139 التي نصت على: "يحدد المجلس الشعبي البلدي وفقا للنصوص الجاري بها العمل، الموارد الجبائية والأصناف الأخرى من المدخولات الضرورية لحاجات البلدية ويقرر استعمالها"، كما منحت المواد من 261 إلى 264 للبلدية إمكانية تأسيس بعض الرسوم وذلك على النحو التالي:

تنص المادة 261: "يمكن للبلديات أن تؤسس رسم لمصاريف الزيادة ودمغ اللحوم التي تتولى مراقبتها الصحية

نصت المادة 262: "أما المادة فنصت: "يسوغ للبلديات المصنفة أن تؤسس رسما خصوصا يدعى رسم الإقامة..... وتحدد تعريفة رسم الإقامة من قبل المجلس الشعبي البلدي"

أما المادة 263 فنصت: "يجوز للبلديات أن تفرض على ملاك العقارات المجاورة للطرق العمومية رسوما مخصصة لبناء أو لإصلاح أرصفة..... رسم الطريق الذي يقرر بموجب مداولة مصدقة قانونا للمجلس الشعبي البلدي يجري تحصيله بموجب جدول توزيع يصدره رئيس المجلس الشعبي البلدي"

وأخيرا نصت المادة 264 على "إنّ تعريفات الضرائب المترتبة للبلديات من جراء شغل الأملأك العمومية البلدية..... يحددها المجلس الشعبي البلدي". مما يشكل دعامة أخرى للاستقلالية المالية، وبهذا يكون هذا القانون قد وسّع كثيرا من الاستقلالية المالية للبلدية .

إنّ تمكين البلدية من هذه الصلاحيات، زيادة على الرفع من مواردها المالية، من شأنه تقريب الإدارة الجبائية من دافعي الضريبة والوصول إلى مردودية أفضل في التحصيل، اعتبارا من كونها ستصبح أكثر مسؤولية في تلبية حاجياتها المحلية، إلا أنّ المشرع الجزائري سجّل تراجعا لصالح السلطة المركزية، مما يؤثر سلبا على استقلالية البلدية، وهذا الأمر يصعب تفسيره خاصة وأنّه جاء⁽²⁷⁾ بعد دستور 23 فيفري 1989⁽²⁸⁾، المعروف بالتوجه المنفتح على اقتصاد السوق، بينما الأمر رقم 24-67 جاء في ظل هيمنة الفكر الاشتراكي على الاتجاهات الاقتصادية والسياسية للدولة والمقيدة لاستقلالية الجماعات المحلية بشكل عام، باعتبار أنّ الاستقلال المالي وليد الفكر الليبرالي⁽²⁹⁾.

2- إحتكار تحصيل الجباية من طرف السلطة المركزية

إضافة إلى تبعية تأسيس الضريبة، فإنّ هناك عامل آخر أثر سلبيا على الاستقلالية المالية للبلدية، ويتمثل في تهميش المنتخبين من عملية تحصيل إيرادات البلدية، حيث أوكلت هذه المهمة لأمين خزينة البلدية الذي هو المحاسب العمومي وذلك بمقتضى نص المادتين 205 و206 من قانون رقم 10-11⁽³⁰⁾

يؤدي هذا الأمر إلى إضعاف دور المجالس المنتخبة في المجال الضريبي، بحكم أن المحاسب العمومي موظفا تابعا للدولة وليس للبلدية، وهو ما يظهر من نص المادة 34 من قانون رقم 21-90 مؤرخ في 15 أوت 1990 يتعلق بالمحاسبة العمومية⁽³¹⁾ التي نصت: " يتم تعيين المحاسبين العموميين من قبل الوزير المكلف بالمالية ويخضعون أساسا لسلطته.....".

يظهر لنا جليا من نص المادة السابقة أنّ المحاسب العمومي يخضع للسلطة الرئاسية للوزير المكلف بالمالية، مما يجعله في علاقة خضوع وتبعية وهو ما يؤثر بالسلب على البلدية، كما يتبين لنا أنّ الأعضاء المنتخبين على مستوى البلدية ليس

لديهم أي دخل في مجال تحصيل الضريبة المحلية، وهذا فيه مساس بالاستقلالية المحلية، على اعتبار أنّ الميزانية من مرحلة إعدادها إلى غاية التنفيذ محتكرة من طرف السلطة المركزية.

ثانيا/محدودية تدخل المجالس المنتخبة في تحديد أوجه الإنفاق

إنّ الاستقلالية المالية للجماعات المحلية لا تتوقف عند إشراك الجماعة المحلية في المجال الجبائي، وإتّما يقاس كذلك بدرجة تحكّم الهيئات الإقليمية في توزيع وتخصيص نفقاتها المحلية⁽³²⁾، غير أنّ الوضع في الجزائر ينذر بعدم تحكّم البلدية في نفقاتها بسبب عدم امتلاكها سلطة في تحديد نفقات البلدية وكذا في توزيعها.

1- إكثار المشرع من النفقات الإجبارية

تحتوي ميزانية البلدية على قسمين، قسم التسيير وقسم التجهيز والاستثمار وينقسم كل قسم إلى إيرادات ونفقات متوازنة وجوبا⁽³³⁾، ونصت المادة 1/198¹ على نفقات التسيير وذلك على النحو التالي "يحتوي قسم التسيير في باب النفقات على ما يأتي:

- أجور وأعباء مستخدمي البلدية
- التعويضات والأعباء المرتبطة بالمهام الانتخابية
- المساهمات المقررة على الأملاك ومداخيل البلدية بموجب القوانين
- نفقات صيانة الأملاك المنقولة والعقارية
- نفقات صيانة طرق البلدية
- المساهمات البلدية والأقساط المترتبة عليها
- الاقتطاع من قسم التسيير لفائدة قسم التجهيز والاستثمار
- فوائد القروض
- أعباء التسيير المرتبطة باستغلال تجهيزات جديدة
- مصاريف تسيير المصالح البلدية
- الأعباء السابقة "

أما المادة 198/2 فقد نصت على نفقات التجهيز والاستثمار على النحو التالي:"

يحتوي قسم التجهيز والاستثمار في باب النفقات خصوصا على ما يأتي:

- نفقات التجهيز العمومي

- نفقات المساهمة في رأس المال بعنوان الاستثمار
- تسديد رأسمال القروض
- نفقات إعادة تهيئة المنشآت البلدية....."

لكن ما يلاحظ أنّ اتجاه المشرع سار نحو الإكثار من نفقات التسيير، والتي تعتبر معظمها إجبارية مما يفيد أنّ حرية البلدية في الإنفاق مقيدة، وهو ما يؤثر سلبا على استقلالية البلدية.

2- امتصاص النفقات الإجبارية لمعظم موارد البلدية

يقوم رئيس المجلس الشعبي - كما أسلفنا - بعرض الميزانية على المجلس الشعبي البلدي للتصويت، الذي يتعين عليه مراعاة النفقات الإجبارية وإلا يتعرض لسلطة الحل من طرف الوالي الذي يدرجها تلقائيا.

يؤدي هذا الأمر - كثرة النفقات الإجبارية - إلى امتصاص معظم الموارد المحلية لمواجهةها، لتجد البلدية نفسها في نهاية المطاف غير قادرة على مواجهة النفقات الأخرى لاستنفاد جل مواردها، ليؤدي الأمر إلى ضيق مجال تدخل البلدية في الإنفاق والاكتفاء بالتصدي للنفقات الإجبارية والمتمثلة في نفقات التسيير التي أكثر المشرع منها.

خاتمة

كان على المشرع الجزائري أن يستتبع التنصيص على الاستقلالية المالية للبلدية في المادة الأولى من قانون البلدية الساري المفعول، بتكريس مظاهرها حتى لا يفرغ الاعتراف القانوني من محتواه وتكون استقلالية البلدية شكلية.

يتجلى الالتزام الذي يقع على عاتق المشرع الجزائري في توفير موارد كافية لتمكّن البلدية من مواجهة نفقاتها، وكذا إسناد مهمة تسيير البلدية للمنتخبين.

لكن خيار المشرع جاء خلافا لما كان منتظرا، ويظهر ذلك من سحب صلاحية إعداد الميزانية من رئيس المجلس الشعبي البلدي وإسنادها للأمين العام بالبلدية، يضاف إليها محدودية دور المنتخبين في المجال الجبائي وحتى في الإنفاق، من خلال عدم تمتع البلدية بسلطة تأسيس الجباية بحكم احتكارها من طرف السلطة المركزية، وكذا عدم التدخل في الإنفاق المحلي لكثرة النفقات الإجبارية التي تمتص جل موارد البلدية.

الهوامش:

- (1) عادل بوعمران، البلدية في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.ص. 52، 53.
- (2) Adiouma BA, L'autonomie financière des collectivités locales et la réforme de la décentralisation, R.R.J, N°3, 2004, P.1853.
- (3) والمتمثلة في أمر رقم 24-67، مؤرخ في 18 جانفي 1967، ج.ر.ج.د.ش، عدد 6، الصادرة في 18 جانفي 1967 (ملغى)، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 09-81، مؤرخ في 4 جويلية 1981، ج.ر.ج.د.ش عدد 27، لسنة 1981 (ملغى).
- (4) قانون رقم 08-90، مؤرخ في 7 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 15، الصادرة في 11 أفريل 1990 (ملغى)، متمم بموجب أمر رقم 03-05، مؤرخ في 18 جويلية 2005، ج.ر.ج.د.ش، عدد 35، الصادرة في 19 جويلية 2005، (ملغى).
- (5) مصطفى معمر، إصلاح التنظيم المالي للجماعات المحلية ومجموعاتها، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 108، جانفي-فيفري 2013، ص.13.
- (6) قانون 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق
- (7) صالح بوسطعة، المالية المحلية، ط2، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2009، ص.13.
- (8) محمد محمد إبراهيم رمضان، الوصاية على الهيئات المحلية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1983،، مرجع سابق، ص.495.
- (9) تنص المادة 56 من قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، مرجع سابق: "مع مراعاة أحكام المواد 57 و59 و60 أدناه، تصبح مداوات المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ بقوة القانون لعد واحد وعشرين (21) يوما من تاريخ إيداعها بالولاية".
- (10) عبد الصديق شيخ، الاستقلال المالي للجماعات المحلية، مداه وإمكانية تطوره، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص.75.
- (11) محمد علي أديبا، إشكالية الاستقلال المالي للجماعات المحلية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، وحدة البحث والتكوين، المالية العامة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، المغرب، ص.78.
- (12) هناك حالة أخرى واردة في المادة 184 من قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، مرجع سابق، وهي حالة ظهور عجز في الميزانية عند تنفيذ الميزانية، غير أننا لن نتطرق إليها على أساس أنها تدخل في تأثير السلطة المركزية على مالية البلدية أثناء تنفيذ الميزانية، ونحن بصدد التطرق لتأثير السلطة المركزية على مالية البلدية عند إعداد الميزانية.
- (13) تنص المادة 186 من قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، مرجع سابق: "عندما لا يصوت على ميزانية البلدية بسبب اختلال داخل المجلس الشعبي البلدي، وطبقا للمادة 102 أعلاه، يقوم الوالي باستدعاء المجلس الشعبي البلدي في دورة غير عادية للمصادقة عليها. غير أنه لا تعقد هذه الدورة إلا إذا انقضت الفترة القانونية للمصادقة على الميزانية وبعد تطبيق أحكام المادة 185 أعلاه عندما يتعلق الأمر بالميزانية الأولية. وفي حالة عدم توصل هذه الدورة إلى المصادقة على الميزانية، يضبطها الوالي نهائيا.

⁽¹⁴⁾ أنظر المادة 185 من قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، مرجع سابق

⁽¹⁵⁾ Adiouma BA, L'autonomie financière des collectivités locales et la réforme de la décentralisation, op.cit., P.1853.

⁽¹⁶⁾ Ibid

⁽¹⁷⁾ Jean Bernard AUBY, Jean François AUBY, Noguellou ROZEN, Droit des collectivités locales, 3ème éd P.U. E, 2004, P.61.

⁽¹⁸⁾ محمد محمد إبراهيم رمضان، الوصاية على الهيئات المحلية.....، مرجع سابق، ص. 496.

⁽¹⁹⁾ Fatima ZIDOURI, L'autonomie financière locale..., op.cit., P.104.

⁽²⁰⁾ Adiouma BA, L'autonomie financière des collectivités locales et la réforme de la décentralisation, op.cit., P.1854.

⁽²¹⁾ بسمة عولمي، تشخيص نظام الإدارة المحلية في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 4، جوان 2006، ص.275.

⁽²²⁾ رمضان تسمبال، استقلالية الجماعات المحلية في الجزائر، وهم أم حقيقة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص.ص.109، 110.

⁽²³⁾ تنص المادة 13/122 من دستور 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.د.ش عدد 76، الصادرة في 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم، على: " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

- إحداث الضرائب والرسوم والحقوق المختلفة، وتحديد أساسها ونسبها.

⁽²⁴⁾ بسمة عولمي، تشخيص نظام الإدارة المحلية.....، مرجع سابق، ص.ص.275، 276.

⁽²⁵⁾ رابع غضبان، جباية الجماعات المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2000، ص.ص.69، 70.

⁽²⁶⁾ عبد الصديق شيخ، الاستقلال المالي للجماعات المحلية.....، مرجع سابق، ص.60، نقلا عن:

- Bachiryelles CHAOUICHE, revue idara, 1995, n°1, P.24.

⁽²⁷⁾ وذلك في قانون 08-90، مؤرخ في 7 أفريل 1990، يتعلق بالبلدية، مرجع سابق، الذي لا نجد فيه أي مادة تمنح للبلدية صلاحية في المجال الجبائي.

⁽²⁸⁾ الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18، مؤرخ في 28 فيفري 1989، ج.ر.ج.د.ش عدد 9، الصادرة في 1 مارس 1989.

⁽²⁹⁾ عبد الصديق شيخ، الاستقلال المالي للجماعات المحلية...، مرجع سابق، ص.ص.61، 62.

⁽³⁰⁾ تنص المادة 206 من قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، مرجع سابق: " يتولى أمين خزينة البلدية تحصيل الإيرادات وتصفية نفقات البلدية، وهو مكلف وحده وتحت مسؤوليته بمتابعة تحصيل مداخيل البلدية وكل المبالغ العائدة لها وصرف النفقات المأمور بدفعها.

⁽³¹⁾ ج.ر.ج.د.ش عدد 35، الصادرة في 15 أوت 1990

⁽³²⁾ Nadjib BELAID, autonomie locale et mutations récentes dans les finances municipales, 1999,P.245.

⁽³³⁾ وهو ما نصت عليه المادة 179 من قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 جوان 2011، مرجع سابق.

الوصاية المشدّدة على أعمال الجماعات الإقليمية : المساهمة المركزية في اتخاذ القرار المحلي*

KADRI Nassima, M.A «A»
Département des enseignements de base en droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia –Algérie.

قادري نسيمة، أستاذة مساعدة "أ"
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
عبد الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية.

الملخص:

كان لزاما على المشرّع الجزائري، أن يوازن في تنظيمه الوصاية الإدارية على الجماعات الإقليمية، بين ضرورة منح استقلالية نوعية للمجالس الشعبية المحلية المنتخبة، لتحويلها ممارسة اختصاصاتها، وبين حتمية عدم الخروج عن المبادئ والبرامج المسطرة من قبل الدولة، قصد تحقيق تنمية محلية ووطنية شاملة.

لكن خيار المشرّع الجزائري جاء عكس المفترض، حيث تبني تعدد صور الوصاية الإدارية على الجماعات الإقليمية، سواء على المجلس ككل، على الأعضاء، وعلى الأعمال، هذه الأخيرة التي بالغ المشرّع في تشديد الوصاية عليها، إلى حدّ هيمنة ومساهمة السلطة الوصية في صنع القرار المحلي نيابة عن الأجهزة المنتخبة.

الكلمات المفتاحية :

الجماعات الإقليمية، الوصاية الإدارية، التصديق، الحلول، البطلان.

L'intensité de la tutelle sur les travaux des collectivités territoriales: Contribution de l'administration centrale à la prise de décision locale

Résumé :

Afin d'organiser le contrôle de tutelle, le législateur algérien était dans l'obligation d'équilibrer entre, la nécessité de l'autonomie reconnue aux assemblées locales constituées d'élus, et la fatalité de soumettre ces derniers aux programmes et perspectives envisagés par l'administration centrale.

Pendant, le choix du législateur a eu des répercussions indésirables sur l'autonomie des collectivités territoriales.

Mots clés :

Les collectivités territoriales, tutelle administrative, pouvoir de substitution, nullité.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/10/14 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/01/25 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

The intensity of the supervision over the work of local authorities: Contribution of central government to the local decision making

Abstract:

The Algerian legislature had to make, to balance in administrative custody of the regional groups to organize, between the need to grant the independence of the quality of local people's congresses elected to entrust the exercise of its terms of reference, and the inevitable not to deviate from the principles and programs, the ruler of the state, in order to achieve local development and national comprehensive.

But the option of Algerian legislature was reversed supposed, where the adoption of the multiplicity of administrative custody of the regional groups pictures, whether on the Council as a whole, to members, and the business, the latter of which adult legislator to tighten trusteeship, to the extent the domination and the contribution of power commandment in the local decision-making on behalf of the all elected bodies.

Key words:

Regional groups, administrative supervision, power of substitution, revocation.

مقدمة

يعتبر التنظيم الإداري آلية تمكن الدولة من تنظيم إقليمها و النشاطات القائمة فيها، و يرتكز هذا التنظيم على أساليب فنية تتمثل في النظام الإداري المركزي واللامركزي، هذا الأخير الذي قيلت فيه الكثير من التعاريف الفقهية المختلفة، ليس بسبب عدم تحديدها للمقصود بفكرة اللامركزية الإدارية، وإنما بسبب الاختلاف في تحديد عناصرها، وهذا أكيد يرجع سببه إلى الاختلاف الإيديولوجي والسياسي لكل دولة. نذكر من بين التعاريف الفقهية التي قيلت عن اللامركزية الإدارية أنّها: " توزيع الوظيفة الإدارية ما بين الحكومة وهيئات مستقلة إقليمية، أو مصلحيه مباشر اختصاصاتها في النظام المرسوم لها، تحت رقابة السلطة التنفيذية وإشرافها"⁽¹⁾، يتبين من خلال هذا التعريف أنّ اللامركزية نظام وسط، حيث لا يترتب عليه الخضوع والتبعية للنظام المركزي من جهة، والاستقلال التام والمطلق عن الدولة من جهة أخرى، فلا بدّ من ربط الهيئة المستقلة بالجهاز المركزي، وهذا عن طريق أحد الأركان التي تقوم عليها اللامركزية، ألا وهي الرقابة، التي تتجسد في الوصاية الإدارية التي تهدف إلى الحفاظ على وحدة الدولة وتجسيد مبدأ المشروعية⁽²⁾.

تبنت الجزائر كغيرها من الدول، إلى جانب المركزية الإدارية، النظام الإداري اللامركزي منذ الاستقلال، حيث كرّسته، ولو بصفة محتشمة، عبر دساتيرها

المتعاقبة⁽³⁾، إلى جانب سنّها للعديد من القوانين الخاصة بالإدارة المحلية⁽⁴⁾، آخرها القانون رقم 10-11 المتعلّق بالبلدية، والقانون رقم 07-12 المتعلّق بالولاية، حيث فصلّ فيهما المشرّع في نوعية العلاقة التي تربط الأجهزة المكلفة بتسيير الجماعة الإقليمية بالسلطة المركزية، ونقصد بقولنا هذا صور الرقابة الوصائية التي تمارسها السلطة الوصية المختصة على البلدية و الولاية.

من خلال اطلاعنا على القوانين التي نظّمت الإدارة المحلية في الجزائر إلى غاية يومنا هذا، نستنتج أنّ الجزائر قد أخذت بالنموذج التقليدي الفرنسي في تشديدها لصور الرقابة على الهيئات الإقليمية⁽⁵⁾، سواء على أعضاء المجالس، أو على الهيئة المنتخبة⁽⁶⁾، أو على أعمال هذه الأخيرة، حيث تعدّ الوصاية على الأعمال الأكثر استعمالا و أكثرها تأثيرا من بين صور الوصاية التي كرّسها المشرّع، إلى حد إمكانية المساس بالطابع اللامركزي للجماعة الإقليمية، بسبب تمتع الجهات المركزية الوصية بسلطات تجعل منها شريكا في اتخاذ القرار، أو في مركز سلطة أكثر قوة من المجلس المنتخب بحدّ ذاته.

لذا فإنّ الإشكالية التي نريد أن نثيرها من خلال هذه الدراسة هي عن تأثير شدة الوصاية على الهيئات المنتخبة في ممارسة أعمالها ؟ ومن خلال تحليل نصوص قوانين الإدارة المحلية الجزائرية المتعاقبة، يمكن القول أنّ المشرّع قد أقرّ الوصاية على أعمال المجلس البلدي والولائي سواء كانت ايجابية (المحور الأول) أو سلبية (المحور الثاني). المحور الأول/رقابة السلطة الوصية على الأعمال الايجابية للمجالس المحلية: بين قصور مركز المجالس المنتخبة و هيمنة السلطة الوصية

يقصد بالأعمال الايجابية قيام المجالس الشعبية المحلية بالاختصاصات الموكلة لها بموجب القانون، وهذه الأخيرة تكون محل رقابة السلطة الوصية إمّا عن طريق إجراء التصديق (أولا) أو الإلغاء (ثانيا).

أولا/التصديق: تنفيذ المداورات رهن بإجازة السلطة الوصية

عرّف الأستاذ صالح فؤاد التصديق بأنّه: "إجراء بمقتضاه يجوز لجهة الوصاية أن تقرّر بأنّ عملا معينا صادرا من جهة إدارية لامركزية يمكن أن يوضع موضع التنفيذ"، كما يعرف كذلك بأنّه: "أمر أو قرار يصدر من الإدارة المركزية مضمونه

موافقتها على التصرفات أو القرارات التي تصدر عن المجلس المحلي، حتى تكسبها القوة التنفيذية"، و بمعنى آخر هو "قرار يكشف الصفة التنفيذية لمداولات وأعمال المجلس المحلي"⁽⁷⁾.

نستنتج من خلال ما ورد في تعريف التصديق أنه آلية من آليات التدخل والمساهمة في تنظيم الشؤون المحلية، لأنه من دون هذا الإجراء الشبيه بالرخصة المسبقة من قبل السلطة المركزية لا يمكن للقائمين على الجماعة الإقليمية ترجمة قراراتهم واقعا ، كما يمكن أن نؤكد أنه بموجب التصديق تبقى المجالس المحلية في الجزائر في حالة تبعية للسلطة المركزية.

لكن رغم ذلك هناك اتجاه يزعم أن التصديق لا يحد من استقلالية الجماعات المحلية ، لأنه إجراء قانوني لا يقوم بتعديل قرارات المجالس المحلية لا بالزيادة ولا وبالنقصان فهو مجرد شرط للتنفيذ⁽⁸⁾.

يمارس أعضاء المجالس الشعبية البلدية الاختصاصات المخولة لهم قانونا، بموجب مداولات في دورات عادية، وقد تكون استثنائية متى دعت الضرورة لذلك وتوافرت الشروط القانونية. بعض مواضيع هذه المداولات تكون قابلة للتنفيذ باستيفاء الشروط القانونية لصحة المداولات، وبعضها الآخر أو بالأحرى تلك التي تتصف برأينا، بقدر من الأهمية لتأثيرها المباشر في التسيير المحلي، نجد أن المشرع قد خصها بوجوبية التصديق لصحة نفاذها، وهذا ما يتبين لنا سواء في القوانين القديمة و حتى بعد صدور القوانين الجديدة الخاصة بالإدارة المحلية.

أ/تصديق الهيئة الوصية على مداولات المجالس الشعبية البلدية

تراوح مركز السلطة الوصية بين التشديد و التخفيف، في اختصاص التصديق على مداولات المجالس الشعبية البلدية بموجب الأمر رقم 67-24 والقانون رقم 90-08. حيث نصّ المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 67-24 صراحة على وجوب تصديق عامل العمالة (الوالي) على مجموعة معتبرة من المداولات والتي يكون موضوعها: الميزانيات والحسابات، كل ما يؤسس أو يلغي أو يعدّل من الضرائب والأداء والرسوم، نقل الملكية و الأملاك و المبادلات العقارية والقروض، الموظفين وأجورهم، قبول الهبات والوصايا المقيدة بالتزامات أو شروط أو تخصيصات لفائدة البلدية أو المؤسسات أو المصالح

البلدية، ومحاضر المزايدات والمناقصات. كما منحت المادة 108 عامل العمالة (الوالي) مدة 30 يوما للمصادقة الصريحة، وفي حالة السكوت تعتبر المداولات مصادقا عليها. إلا أنه في حالة رفضه المصادقة فيحق للمجلس الشعبي البلدي اللجوء لوزير الداخلية لطلب التصديق⁽⁹⁾.

بينما تارجح موقف المشرع الجزائري بشأن منحه استقلالية أكثر للمجالس المحلية في تنفيذ مداولاتها دون الحاجة للتصديق، ويظهر هذا للعلن من خلال تقليصه من مواضيع المداولات الخاضعة للتصديق، حيث اكتفى فقط بتلك المتعلقة بالميزانيات والحسابات وإحداث مؤسسات عمومية بلدية، طبقا لنص المادة 42 من القانون رقم 90-08.

لكنه سرعان ما تراجع عن هذا الاتجاه بموجب صدور المرسوم التنفيذي رقم 94-215 الذي يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية و هيكلها، الذي وسع من مواضيع المداولات الخاضعة للتصديق سواء من قبل الوالي أو رئيس الدائرة⁽¹⁰⁾، ليعود الأمر كما كان عليه في الأمر رقم 67-24. إذن بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 94-215 تأكدت نية السلطة المركزية عزمها على المشاركة في اتخاذ القرار المحلي عن طريق إجراء التصديق الذي نشبهه في هذا المقام بحق الفيتو، كما نعيب عليه توسيعه للمداولات الخاضعة للتصديق بموجب مرسوم تنفيذي بعد أن تم حصرها بموجب قانون، وهذا ما يشكل اعتداء على مبدأ تدرج القواعد القانونية.

حافظ المشرع الجزائري على موقفه في القانون رقم 11-10، بإخضاع المداولات التي يكون موضوعها كما هو مبين في نص المادة 57 و المتمثلة في: الميزانيات والحسابات، قبول الهبات والوصايا الأجنبية، اتفاقيات التوأمة، التنازل عن الأملاك العقارية للبلدية، على أن يتخذ الوالي قراره خلال 30 يوما من تاريخ ايداع المداولة، وإلا اعتبر قراره موافقة ضمنية.

استنطاقنا لبعض مواد القانون 11-10 المتعلق بالبلدية، ونخص بالذكر المواد 166، 171، 183 و بعد مقارنتها بمضمون المادة 57 و 58 نستنتج بعض الملاحظات التي يجب الإشارة إليها، حيث وردت المداولات الخاصة بقبول الهبات والوصايا الأجنبية ضمن تلك التي يصادق عليها الوالي بعد أن يتداول بشأنها المجلس الشعبي البلدي طبقا

للمادة 166، علماً أنّ المادة 171 كانت واضحة بنصها على منح اختصاص الموافقة على هذه الهبات والوصايا لوزير الداخلية دون تحديد للمدة الممنوحة له للقبول أو للرفض، خلافاً لما هو وارد في المادة 58، فهنا نتساءل عن جدوى النص على إخضاع المداولات الخاصة بالهبات والوصايا الأجنبية ضمن نص المادة 57⁽¹¹⁾.

يجب أيضاً أن نلفت الانتباه إلى خصوصية الفترة الزمنية التي يستوجبها التصديق على المداولة، التي يكون موضوعها ميزانية البلدية، حيث أنّه إذا اكتفينا بنص المادة 58 من قانون البلدية لفترة إمكانية الرفض تمتد إلى غاية 30 يوماً، لكن هذا يتناقض مع ما ورد في نص المادة 183 من نفس القانون حيث تؤكد هذه الأخيرة على وجوب إبداء الوالي لاعتراضه خلال 15 يوماً الموالية لإيداع المداولة إذا لم ترد فيها النفقات الإجبارية أو أنّها غير متوازنة⁽¹²⁾.

ب/ تصديق السلطة الوصية على مداولات المجالس الولائية

يمكن أن نقول أنّ موقف المشرع تأرجح بين التخفيف والتشديد في تنظيمه إجراء التصديق على مداولات المجلس الشعبي الولائي. حيث وسّع بموجب الأمر رقم 69-38 الرقابة على مداولات المجالس الشعبية الولائية، بإحالاته المداولات التي يكون موضوعها الميزانيات، الحسابات، القروض، المناقلات و شراء العقارات ومبادلاتها للضرورة التصديق عليها من قبل وزير الداخلية خلال شهرين ليصحّ نفاذها. بينما المداولات التي يكون موضوعها الضرائب، الرسوم، أجور موظفي الولاية، إحداث المصالح و المؤسسات أو المقاولات العمومية أو المساهمة في مثل هذه الهيئات، نجدها خاضعة لتصديق وزير الداخلية، الوزير أو الوزراء المعنيون⁽¹³⁾.

في حين أنّه يظهر من خلال الاطلاع على نص المادة 50 من القانون رقم 90-09، أنّ المشرع قد أبدى نيته في منح نسبة أكثر من الاستقلالية للمجالس الشعبية الولائية من خلال تضييقه لمجال تدخل وزير الداخلية في التصديق على مداولاته، حيث حصرها في تلك الخاصة بالميزانيات والحسابات وكذا إحداث مصالح ومؤسسات عمومية ولوائية، مع التأكيد على تنفيذ المداولات الأخرى دون تصديق في أجل أقصاه 15 يوماً من تاريخ إيداعها⁽¹⁴⁾.

ولكن إذا ما قارنا ما ورد في المادة 50 من القانون رقم 90-09 و المادة 57 من الأمر 38-69، نجد أنه لم يعد من اختصاص المجالس الشعبية الولائية التداول فيما يخص الضرائب والرسوم فهي منظمة بموجب قانون المالية، و أجور الموظفين بموجب قوانين الوظيفة العمومية.

وعلى غرار قانون البلدية لم يشترط المشرع في القانون رقم 12-07 إحالة جميع مداوات المجلس الشعبي الولائي للتصديق، بل تلك التي تعدّ في نظرنا، بالغة الأهمية، المذكورة في نصّ المادة 55 و 134 فقرة 03 من القانون نفسه و التي تخص: الميزانيات والحسابات، التنازل على العقار واقتنائه وتبادلته، اتفاقيات التوأمة، الهبات والوصايا الأجنبية على أن يتمّ التصديق في أجل أقصاه شهرين وإلا اعتبرت الموافقة ضمنية⁽¹⁵⁾.

ثانيا/الإلغاء أو الإبطال : إجراء يكرس ازدواجية في المعاملة:

يعرّف الإلغاء بأنه: " إجراء يجب أن يتم في إطار قانوني محدد، يمكن للجهة الوصية بمقتضاه أن تزيل قرارا صادرا عن جهة لامركزية نتيجة مخالفة قاعدة قانونية أو ماسا بمصلحة عامة⁽¹⁶⁾، ويقع هذا الإجراء على المداوات غير الخاضعة للتصديق. نجد أنّ القانون الجزائري قد أخضع المداوات غير القابلة للتصديق إلى رقابة الإلغاء متى توافرت الشروط القانونية لذلك، حيث أقرّ نوعين من الإلغاء إما أن يكون وجوبيا أو نسبيا، لكن الغريب في الأمر أنّه نصّ على الإلغاء القضائي في قانون الولاية دون قانون البلدية.

أ/سلطة تقديرية للوالي في إلغاء مداوات المجلس الشعبي البلدي:

يظهر جليا سمو مركز الوالي في مواجهة المنتخبين المحليين، في إمكانية إلغاء المداوات غير الخاضعة للتصديق، استنادا إلى سلطته التقديرية لإقرار توفر الشروط القانونية للإلغاء، دون اللجوء إلى القضاء.

منح للوالي بموجب المواد من 102 إلى 105 و المادة 131 من الأمر رقم 67-24 السلطة الكاملة في الإبطال الوجوبي بقرار معلّل للمداوات التي يقدر هو بنفسه دون اللجوء إلى القضاء بأنّها مخالفة للقانون، إلى جانب المداوات التي تجري خارج الاجتماعات الشرعية للمجلس المنتخب، كما منح سلطة تقدير الإلغاء النسبي للمداوات التي شارك فيها أعضاء لهم مصلحة في موضوع المداولة، ضف إلى سلطته

في إمكانية إبطال قرار صادر من رئيس المجلس الشعبي البلدي، بشأن تنفيذ مداولة أو إيقاف تنفيذها إذا قدر لوحده بأنها قد تكون مخالفة للقانون أو قد تمسّ بالنظام العام⁽¹⁷⁾.

تمسّك المشرّع الجزائري في القانون رقم 90-08 بموقف مطابق لما هو وارد في الأمر 67-24 بجعل الوالي في مركز قوة في مواجهة المجلس الشعبي البلدي بمنحه، دون اللجوء إلى القضاء، سلطة الإبطال الوجوبي بقرار معلّل للمداولات التي يقدر بأنها تتناول موضوعا خارج اختصاص المجلس، تلك المخالفة للأحكام الدستورية والقوانين والتنظيمات، والمداولات التي تجري خارج الاجتماعات الشرعية للمجلس. إضافة إلى منحه سلطة الإلغاء النسبي للمداولات التي يشارك عضو أو أكثر لهم مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في موضوع المداولة في ظرف 30 يوما من إيداع المداولات⁽¹⁸⁾. ولم يكرّس القانون 90-08 سلطة الوالي في إلغاء المداولات فقط، بل حتى قرارات البلدية قد تكون عرضة للإلغاء أو وقف التنفيذ، إذا ارتأى الوالي أنّها قد تكون مخالفة للقوانين أو قد تمسّ بالنظام العام في البلدية حسب ما تنصّ عليه المادة 80.

تتجسّد قوة مركز سلطة الوصاية في التصدي لمداولات البلدية غير الخاضعة للتصديق، من خلال صلاحياتها في إزالة مفعولها القانوني في صورة الإلغاء الوجوبي فقط، خلافا لما كان عليه الوضع في القانون رقم 90-08، وهذا ما يتّضح لنا من خلال الاطلاع على نصّ المواد 59، 60، 28، و84 من قانون البلدية 11-10، وذلك في حدود 21 يوما من تاريخ إيداعها مقر الولاية⁽¹⁹⁾. حيث بموجب المادة 59 يحق للوالي إصدار قرار البطلان للمداولات التي يقدر بنفسه دون اللجوء إلى القضاء أنّها تخرق أحكام الدستور ولا تطابق القوانين والتنظيمات، التي تمسّ برموز الدولة وشعاراتها، و المداولات غير المحرّرة باللغة العربية.

في حين نرى أنّ المشرّع قد بالغ كثيرا في المادة 60 و 84، حين كرّس ثبوت بطلان المداولات التي يكون فيها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أحد أعضاء المجلس في حالة تعارض مصالحه، سواء بصفة شخصية أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه إلى الدرجة الرابعة، مع مصالح البلدية. كرّس كذلك سمو مركز السلطة الوصية في مواجهة المجلس المحلي، حين نصّ على البطلان الوجوبي للمداولات التي قد يكون فيها لأي عضو

في المجلس الشعبي البلدي مصلحة حول الموضوع المتداول عليه حسب ما تنصّ عليه المادة 28 من القانون رقم 10-11. كان من الأفضل إحالة هذا النوع من الوضعيات إلى الرقابة المباشرة للقضاء منعا للتشكيك في نزاهة المنتخب المحلي ومنعا كذلك لتعسف السلطة الوصية.

ضمانا لعدم تعسف الوالي منح المشرع بموجب القانون رقم 10-11 على غرار القانون رقم 08-90، لرئيس المجلس الشعبي البلدي رفع تظلم إداري أو دعوى قضائية لإبطال قرار الوالي في إلغائه للمداولة.

ب/ تراجع مركز السلطة الوصية في إلغاء مداوات المجلس الشعبي الولائي

على عكس لما هو الوضع عليه في قانون البلدية، نجد أنّ المشرع أخذ بالانتقادات الموجّهة إليه فيما يخصّ إبطال السلطة الوصية للمداوات في ظلّ الأمر رقم 38-69 و القانون رقم 09-90، حيث تراجع عن موقفه بصور القانون رقم 07-12.

منح المشرع بموجب الأمر رقم 38-69 لوزير الداخلية السلطة دون اللجوء إلى القضاء، في الإبطال المطلق بعد إعلامه من طرف الوالي للمداوات التي يقدر بأنها تعالج موضوعا خارجا عن اختصاص المجلس الشعبي الولائي أو التي تخالف قانونا أو مرسوما، كما منحه سلطة الإبطال النسبي خلال 15 يوما من إيداعها مقر الولاية، المداوات التي يشارك فيها أعضاء من المجلس لهم مصلحة ذاتية أو كوكلاء بموضوع المداولة⁽²⁰⁾.

سار المشرع الجزائري في القانون رقم 09-90 على نفس نهج الأمر رقم 38-69، حيث حافظ على سلطة وزير الداخلية في إقرار البطلان المطلق بقرار معلل بعد إعلامه من طرف الوالي بالمداوات التي يكون موضوعها خارج عن صلاحيات المجلس، تلك التي قد تخالف التشريع والمداوات الحاصلة خارج الاجتماعات القانونية للمجلس. في حين تكون قابلة للإبطال كل مداولة يشارك فيها أعضاء لهم مصلحة بموضوع المداوات خلال 15 يوما من تاريخ ايداعها⁽²¹⁾. وكضمانة لعدم تعسف وزير الداخلية منح المشرع بموجب المادة 54 من القانون رقم 09-90، لرئيس المجلس الشعبي الولائي باسم الولاية أن يطعن قضائيا لإبطال قرار وزير الداخلية في إلغائه للمداولة.

تراجع مركز وزير الداخلية والوالي بموجب القانون 07-12 في مواجهة المجلس المحلي، ويتجلى ذلك في سحب اختصاص تكييف و تقرير عدم مشروعية المداولات غير الخاضعة للتصديق من خلال منح هذا الاختصاص للقضاء الإداري، بعد أن يتم إخطاره من قبل الوالي الذي يقوم بذلك من تلقاء نفسه. أو استجابة للمواطن أو دافع الضريبة في حالة توفر مصلحة، وهذا ما يجعلنا نقول أن هذا سيدعم من استقلالية المجالس الشعبية الولائية في أدائها لاختصاصاتها في التسيير المحلي⁽²²⁾.

المحور الثاني/رقابة السلطة الوصية على الأعمال السلبية للمجالس المحلية: اتجاه المشرع نحو ترسيخ المركزية

يقصد بالأعمال السلبية الامتناع، وعدم قيام المجالس الشعبية المحلية بالاختصاصات الموكلة لها بموجب القانون، وهذه الأخيرة تكون محل رقابة السلطة الوصية عن طريق إجراء الحلول.

الحلول هو اختصاص استثنائي للجهة الوصية، يقصد به: "قيام السلطة المركزية الوصية بمقتضى سلطاتها المحددة قانونا بانجاز عمل كان مبدئيا مفروض على السلطة الخاضعة للرقابة أي المجالس المحلية، بسبب امتناع أو تخلف هذه الأخيرة عن أداء واجبها مما يعيق السير العادي للمصالح المحلية"⁽²³⁾، وسنين فيما يلي كيف قد نظم المشرع الجزائري في القوانين المتعلقة بالبلدية (أولا) والولاية (ثانيا) وكيفية ممارسة هذا الاختصاص من قبل السلطة الوصية.

أولا/حلول الوالي محل المجلس الشعبي البلدي

رغم أن الحلول يعدّ من أشدّ أنواع الوصاية، إلا أنّ المشرع قد وسّع في مجالات حلول الوالي محل المجلس الشعبي البلدي سواء فيما يتعلق بالتسيير الإداري أو المالي للبلدية، مما يعمّق من محدودية استقلالية هذه المجالس.

أ/تدخل الوالي في التسيير الإداري للبلدية

بموجب الأمر رقم 67-24، حيث و استنادا إلى المواد 233 و 234 كان يمكن للوالي ودون إنذار سابق الحلول مكان المجلس الشعبي البلدي أو رئيسه اذا تحققت الحالات التالية: إهمال أو رفض القيام بتصرفات مفروضة بنص القانون أو الأنظمة، التهديد الخطير للصحة العمومية و سلامة الأشخاص و الأموال⁽²⁴⁾.

سار المشرع الجزائري في القانون رقم 90-08 على نفس خطى الأمر المذكور أعلاه، بخصوص توسيعه لمجالات حلول الوالي كجهة وصية محل المجلس الشعبي البلدي، حيث كرّس إمكانية الحلول بعد القيام بإجراء الإعذار و بقرار معلل عندما يمتنع رئيس البلدية عن اتخاذ إجراءات حفاظا على النظام العام والسلامة العمومية، و في رأينا استعمال عبارات النظام العام هي حجة قوية تفتح الباب واسعا للسلطة المركزية التدخل متى أرادت نظرا لاتساع مفهومه⁽²⁵⁾.

خصّص المشرع الجزائري مجموعة من المواد في قانون البلدية رقم 11-10 للتفصيل في الحالات التي يتدخل فيها الوالي للحلول محل المجلس الشعبي البلدي أو رئيسه، سواء إذا تعلّق الأمر بالتسيير الإداري أو المالي للبلدية. حيث و في مجال التسيير الإداري، وبموجب المواد 100 و 101 يمكن للوالي أن يتدخل، دون إعداز سابق، لاتخاذ إجراءات للحفاظ على الأمن والسكينة العمومية وديمومة المرفق العام و التكلّف بالعمليات الانتخابية، والخدمة الوطنية والحالة المدنية، عندما لا تقوم البلدية بذلك، كما يحق له الحلول محل رئيس المجلس بعد اعذاره و دون تحديد للمدة الممنوحة له، في اتخاذ القرارات الموكلة له بموجب القوانين والتنظيمات⁽²⁶⁾.

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد وسّع من مجالات الحلول في مجال التسيير الإداري، ثم أنّه استعمل عبارة "عندما لا تقوم"، دون أن يحدد فيما إذا كان بسبب الامتناع أو عدم القدرة على ذلك، فإذا كان الأمر بسبب الحالة الثانية فالأحسن هو تقديم المعونة وليس الحلول.

ب/ هيمنة السلطة الوصية على تسيير مالية البلدية

لكي تتمكن المجالس الشعبية البلدية من الاضطلاع بمسؤولياتها وممارسة جميع الاختصاصات الممنوحة لها، لتلبية المصالح المحلية، لابد لها من توفر موارد مالية لتغطية النفقات من جهة، ومن جهة أخرى أن تكون لها استقلالية التصرف في تسيير ماليتها، و لكن باستقراء النصوص الخاصة بمالية المحلية نجد أنّ المشرع قد حدّد كثيرا من استقلالية البلدية في تسيير ماليتها سواء في مرحلة إعداد الميزانية أو أثناء تنفيذها، ممّا قد يؤدي إلى حلول الجهة الوصية في حال عدم مساندة المجالس المنتخبة رغبة السلطة الوصية.

حيث و بموجب الأمر 67-24، يمكن للوالي أن يقوم محلّ المجلس المنتخب ودون إنذار سابق ، في حال رفض إدراج نفقات إلزامية أو تعديلها في ميزانية البلدية، ضبط الميزانية المصوت عليها دون توازن بعد رفض التصديق وإرجاعها للتصويت مرة ثانية في غضون شهر، مع عدم تدخل المجلس البلدي لإزالة العجز عند تنفيذ الميزانية. في حين نصت المادة 271 على ضرورة قيام الوالي بإعذار رئيس المجلس الشعبي البلدي قبل الحلّ محلّه في حالة تخلفه عن إصدار حوالة صرف النفقات الإجبارية، دون تحديد للمدة الممنوحة لرئيس المجلس بعد تلقيه للإعذار⁽²⁷⁾.

يتدخل الوالي بالحلول دون إعذار، بموجب القانون رقم 90-09 في الحالة المتعلقة بإعداد و مناقشة الميزانية غير المتوازنة، وكذلك أثناء العجز الذي قد يلحق بها خلال التنفيذ، عند تحصيل الإيرادات وصرف النفقات الإجبارية⁽²⁸⁾.

منح المشرّع و بموجب المادة 102 من القانون رقم 11-10، الوالي اختصاص الحلّ فيما يتعلق بتنظيم و تسيير و تنفيذ ميزانية البلدية في حالات محدّدة بالتفصيل في نص المواد 183، 184، 186 من نفس القانون، وما يمكن لنا استنتاجه من خلال هذه المواد هو تفصيل المشرع في الحالات التي يتدخل فيها، إضافة إلى الإجراءات والمواعيد التي يجب عليه التقيّد بها قبل الإقدام على هذه الخطوة.

حيث أنّّه في حالة التصويت على ميزانية غير متوازنة ،يقوم الوالي بإرجاعها إلى الرئيس مرفقة بملاحظاته، إذا كانت غير متوازنة أو خاوية من النفقات الإجبارية، خلال 15 يوما من تاريخ استلامها، هذا الأخير يعرضها لمداولة ثانية خلال 10 أيام. إذا لم يلتزم المجلس المنتخب بملاحظات الوالي للمرة الثانية فإنّه يوجه لهم إعذارا ويكلفهم بإعادة ضبطها خلال 08 أيام تحت طائلة الحلّ⁽²⁹⁾.

بينما في حالة عدم ضبط الميزانية بسبب اختلال داخل المجلس الشعبي البلدي، فإنّ الوالي يستدعي الأعضاء لدورة غير عادية للمصادقة عليها، بعد تطبيق أحكام المادة 185⁽³⁰⁾، و في حالة عدم الاستجابة يتدخّل الوالي لضربها نهائيا. أمّا المادة 184 فقد حوّلت للوالي التدخل بامتصاص العجز لمدة سنتين ماليتين في حالة حدوث عجز في تنفيذ الميزانية من قبل رئيس البلدية، دون أن يتخذ هذا الأخير أو المجلس الشعبي

البلدي الإجراءات الضرورية لامتنع العجز. في حين أكدت المادة 203 على أهلية الوالي إصدار حوالات الأمر بالصرف والتحصيل في حال امتناع رئيس البلدية عن ذلك. نلاحظ من خلال ما سبق، أنه خلافا للقوانين السابقة فصل المشرع في الإجراءات والحالات التي قد تؤدي إلى حلول الوالي محل المجلس الشعبي البلدي، وفي نظرنا إن هذه الخطوة ما هي إلا للتخفيف من وطأة هذا الإجراء الذي تعد إمكانية حدوثه كبيرة جدا، من جهة لأن إعداد الميزانية صار من اختصاص الأمين العام للبلدية⁽³¹⁾، فمن البديهي أن لا يلمّ رئيس المجلس بكل التفاصيل لاتخاذ الإجراءات المناسبة لضبط الميزانية أو تصحيح العجز، ومن جهة أخرى فمخلفات النظام الانتخابي الجزائري ألقت كثيرا بظلالها على نجاعة وفعالية المجالس المنتخبة بسبب تشكيل مجالس غير متجانسة⁽³²⁾. كما نعيب على المشرع في هذه الفترة نصّه على الحلول في حالة عدم اتخاذ إجراءات لإزالة عجز في الميزانية دون الاكتراث للأسباب التي قد تؤدي إلى العجز في التنفيذ، مثلا قد يرجع الأمر لزيادة أعباء مصدرها السلطة.

ثانيا/ حلول وزير الداخلية محل المجلس الشعبي الولائي في التسيير المالي:

يرجع عدم تكريس المشرع لإجراء الحلول في مجال التسيير الإداري في الولاية كون القائم عليها هو الوالي، الذي هو هيئة معينة، يخضع في قراراته لرغبات السلطة المركزية. لهذا في رأينا فقد نص فقط على الحلول بما يخص التسيير المالي للولاية. قلص المشرع في ظل الأمر رقم 69-38 صلاحية المجلس الشعبي الولائي في إعداد ميزانية الولاية، حيث منح هذا الاختصاص للمجلس التنفيذي، فيكون على المجلس الشعبي الولائي التصويت عليها و ضبطها، و لكن بموجب المادة 104 يحق لوزير الداخلية ووزير المالية إضافة وتعديل النفقات التي يراها إلزامية متى عجز المنتخبون عن ذلك، كما منحت المادة 105 السلطة لوزير الداخلية التدخل محل المجلس الشعبي الولائي لامتنع العجز في تنفيذ الميزانية إذا عجز أو امتنع هذا الأخير عن القيام بهذه المهمة⁽³³⁾.

حافظ المشرع الجزائري في ظل القانون رقم 90-09 على الموقف نفسه الذي تبناه في الأمر رقم 69-38، حيث و دون النص على إجراء الإعذار أو التقييد بأي شروط أو

مدة، أكد في المواد 141 و146 منه على إمكانية حلول وزير الداخلية ووزير المالية في ضبط الميزانية وامتصاص العجز الذي قد يلحق بها أثناء التنفيذ⁽³⁴⁾.

خلافًا لما هو وارد في قانون البلدية، الذي كرس تدخل السلطة الوصية بالحلول في المجالين الإداري والمالي، سواء على أعضاء المجلس أو رئيسه، و مسaire لما ورد في قوانين الولاية السابق الإشارة إليها، نجد أنّ القانون 07-12 قد كرس تدخل وزير الداخلية و المالية دون إعدار سابق، محلّ المجلس الولائي المنتخب في مجال التنظيم والتسيير المالي عند عدم التصويت على الميزانية، أو عدم اتخاذ الإجراءات الضرورية لإعادة تصحيح توازنها في حالة ظهور عجز أثناء التنفيذ⁽³⁵⁾.

في حقيقة الأمر نتساءل عن جدوى النصّ على الحلول محل أعضاء المجلس الشعبي الولائي في تسيير مالية الولاية، مع العلم أنّه لا دور لهم في إعداد الميزانية، حيث يقوم الوالي بإعدادها بموافقة وزير الداخلية⁽³⁶⁾، وفي حالة عدم التصويت عليها وضبطها يلجأ الوزير لإعمال سلطته في الحلول.

خاتمة

كان من المفترض على المشرّع الجزائري، أن يوازن في تنظيمه الوصاية الإدارية على الجماعات الإقليمية، بين ضرورة منح استقلالية نوعية للمجالس الشعبية المحلية المنتخبة، لتحويلها ممارسة الاختصاصات المنوطة بها حسب ما تقدّره مناسبا، وبين حتمية عدم الخروج عن المبادئ و البرامج المسطرة من قبل الدولة، قصد تحقيق تنمية محلية ووطنية شاملة.

لكن خيار المشرّع الجزائري جاء عكس المفترض، من خلال استئناسه بالنموذج الفرنسي التقليدي في الوصاية، حيث تبوّى تعدد صور الوصاية الإدارية على الجماعات الإقليمية، سواء على المجلس ككل، على الأعضاء، وعلى الأعمال، هذه الأخيرة التي بالغ المشرّع في تشديد الوصاية عليها، إلى حدّ هيمنة ومساهمة السلطة الوصية في صنع القرار المحلي نيابة عن الأجهزة المنتخبة.

تجلّت لنا شدّة الوصاية على الأعمال عن طريق عدم قدرة المجالس المنتخبة إهمار مداولاتها ذات الأهمية الصيغة التنفيذية إلا بإجازة من السلطة الوصية، أمّا المداولات غير الخاضعة للتصديق قد تكون عرضة للإلغاء الإداري بالنسبة للبلدية، على عكس

مداولات الولائية التي خصّها المشرّع بضمانة الإلغاء القضائي. ضف إلى ذلك إمكانية حلول الجهة الوصية محلّ المجالس المنتخبة في حالة عدم قيام هذه الأخيرة باتخاذ إجراءات للتصدي لوضعيات ناتجة خصوصا عن النشاط المالي، الذي لا تتمتع أصلا المجالس المنتخبة باستقلالية في تسييره.

الهوامش:

(1) انظر في تعريف اللامركزية وتحديد أهداف الوصاية وتحقيق مبدأ المشروعية: محمد محمد إبراهيم رمضان، الوصاية على الهيئات المحلية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1983، ص 25 وما يليها.

(2) PONDAVEN Philippe, Contrôle de Légalité et Collectivités Territoriales, Berger-levrault édition, Paris, 2011.
(3) كرّست الدساتير الجزائرية النظام اللامركزي بصفة جدّ محدّثمة، على عكس الكثير من دساتير الدول التي فصلت في كيفية تطبيق هذا النظام مثل فرنسا، اسبانيا، إيطاليا، المغرب...، حيث لمح إليه بالإشارة فقط في نص المادة 09 من دستور 1963، المؤرخ في 08 سبتمبر 1963، الصادر بموجب الجريدة الرسمية عدد 64 الصادرة في 10 سبتمبر 1963. في حين كان المؤسس الدستوري سنة 1976، حين صياغته لمواد دستور 1976 الصادر بموجب الأمر رقم 97-76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، ج.ج.د.ش عدد 94 الصادرة في 24 نوفمبر 1976، كان أكثر جرأة بأن خصص المواد 34، 35 و36 منه لتكريس مبادئ النظام اللامركزي، مقارنة بدستور 1963.

لم يغير المؤسس الدستوري الجزائري نهجه وأسلوبه في دسترة اللامركزية كخيار للتنظيم الإداري للدولة الجزائرية، حيث خصص لها المواد 14، 15 و16 من دستور 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فيفري 1989، ج.ج.د.ش عدد 09 الصادرة في 01 مارس 1989. ولم يأت بجديد في دستور 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ج.د.ش عدد 76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996 معدّل ومتّم، حيث حافظ على نفس المصطلحات في نفس ترقيم المواد. لمزيد من التفصيل راجع: تيسمبال رمضان، استقلالية الجماعات المحلية في الجزائر، وهم أم حقيقة؟، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 44-50.

(4) نقصد بهذه النصوص كل من : - أمر رقم 67-24، مؤرخ في 18 جانفي 1967 يتضمن القانون البلدي، ج.ج.د.ش عدد 06 لسنة 1967، معدّل ومتّم بموجب القانون رقم 81-09، مؤرخ في 04 جويلية 1981، ج.ج.د.ش عدد 27 لسنة 1981. (ملغى). - أمر رقم 69-38 مؤرخ في 26 ماي 1969، يتضمن قانون الولاية، ج.ج.د.ش عدد 44 لسنة 1969، المعدّل والمتّم بموجب القانون رقم 81-02 المؤرخ في 14 فيفري 1981، ج.ج.د.ش عدد 07 الصادرة في 17 فيفري 1981. (ملغى)

- قانون رقم 90-08 مؤرخ في 07 افريل 1990، يتعلّق بالبلدية، ج.ج.د.ش عدد 15 الصادرة في 11 افريل 1990، المعدّل والمتّم بوجوب الأمر رقم 05-03 المؤرخ في 18 جويلية 2005، ج.ج.د.ش عدد 50 الصادرة في 19 جويلية 2005. (ملغى). - قانون رقم 90-09 مؤرخ في 07 افريل 1990 يتعلّق بالولاية، ج.ج.د.ش عدد 15 الصادرة في 11 افريل 1990، معدّل ومتّم بموجب الأمر رقم 05-04 المؤرخ في 18 جويلية 2005، ج.ج.د.ش عدد 50 الصادرة في 19 جويلية 2005. (ملغى).

- قانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 يوليو 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.د.ش عدد 37، الصادرة في 23 يوليو 2011. - قانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.د.ش عدد 12، الصادرة في 29 فيفري 2012.

(5) حيث أنه قبل سنة 1982 كانت الوصاية الإدارية في فرنسا تتصف ببعض من التّشديد مقارنة لما هو عليه الحال بعد صدور القانون 82-213 الذي خفف من حدّتها و حذف بعض مظاهرها، لمزيد من التوضيح راجع:

-GOHIN Olivier, DEGOFFE Michel et autre, Droit des collectivités territoriales, Edition Cujas, Paris, 2001-2012, pp.177-180. Voir aussi - AUBY Jean-Bernard et autre, Droit des collectivités locales, 05 eme édition, P.U.F, Paris, 2009, pp.335-344.

(6) تتمثل مظاهر الرقابة على أعضاء المجالس المنتخبة إما في تجميد العضوية عن طريق الإيقاف المؤقت، أو إسقاط العضوية عن طريق الإقصاء أو الإقالة. أما مظاهر الرقابة على الهيئة المنتخبة فتتمثل في تجميد نشاطها أو حلّها نهائياً.

(7) عرّف الأستاذ صالح فؤاد التصديق في مؤلفه " مبادئ القانون الإداري "، نقلا عن تيسمبال رمضان، المرجع السابق، ص 86. أنظر أيضا: - محمد علي الخلايلة، الإدارة المحلية و تطبيقاتها في كل من الأردن وبريطانيا و فرنسا ومصر (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 120.

(8) أيمن عودة المعاني، الإدارة المحلية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 175. راجع أيضا، تيسمبال رمضان، المرجع السابق، ص 87.

(9) حيث تنصّ المادة 108 من الأمر 67-24 على ما يلي: "تعتبر المداولة مصادقا علميا عندما ترفع إلى عامل العمالة ولا يصدر قراره فيها خلال 30 يوما من تاريخها. وإذا رفض عامل العمالة المصادقة على مداولة ما، جاز للمجلس الشعبي البلدي أن يطلبها من وزير الداخلية".

(10) راجع المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 94-215 المؤرخ ي 23 يوليو 1994، يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها، ج.ر.ج.د.ش. عدد 48 الصادرة في 27 يوليو 1994.

(11) راجع المواد 166، 171، 183، 57، 58، 52، و54 من القانون 10-11 مرجع سابق.

(12) راجع المواد 58 و183 من القانون 10-11 المرجع نفسه.

(13) راجع المادة 56، 57 و58 من الأمر رقم 69-38، مرجع سابق.

(14) راجع المادة 50 من القانون رقم 90-09، مرجع سابق.

(15) راجع المواد 55 و134 من القانون 07-12، مرجع سابق.

(16) شهوب مسعود، المجموعات المحلية بين الاستقلال و الرقابة، مجلة الفكر البرلماني، العدد 02، 2003، ص 49.

(17) راجع المواد 102، 103، 104، 105 و 131 من الأمر رقم 67-24، مرجع سابق.

(18) راجع المواد 44 و 45 من القانون رقم 90-08، مرجع سابق.

(19) راجع المواد 59، 60، 84، من القانون رقم 10-11، مرجع سابق.

(20) انظر المواد 59، 60، 61 من الأمر رقم 69-38، مرجع سابق.

(21) انظر المواد 52 و53 من القانون رقم 90-09، مرجع سابق.

(22) راجع المادة 54، 53، و 57 من القانون 07-12، مرجع سابق.

(23) حسين مصطفى حسين، الإدارة المحلية المقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، أنظر أيضا: بلجبل عتيقة، فعالية الرقابة الإدارية عن أعمال الإدارة المحلية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 06، ص 196.

(24) أنظر المواد 233، 234، من الأمر رقم 24-67، مرجع سابق.

(25) راجع المواد 81، 82، و 83 من القانون رقم 08-90، مرجع سابق.

(26) راجع المادة 100 و 101 من القانون 10-11، مرجع سابق.

(27) أنظر المواد 249، 250، 251 و 271 من الأمر رقم 24-67، مرجع سابق.

(28) راجع المواد 154، 155 و 156 من القانون رقم 09-90، مرجع سابق.

(29) راجع المادة 183 من القانون رقم 10-11، مرجع سابق.

(30) حيث أنه في حال بداية السنة المالية ولم يتم ضبط الميزانية الجديدة فإنه يتم العمل بالميزانية السابقة وذلك بتحصيل الإيرادات ولكن صرف النفقات يكون في حدود 12/1 من نفقات شهر.

(31) منح المشرع صراحة اختصاص إعداد ميزانية البلدية للأمين العام، بعد أن كان من اختصاص رئيس البلدية، أنظر المادة 180 من القانون رقم 10-11، المرجع السابق.

(32) ينتج عن النظام النسبي لتوزيع المقاعد المتبع في الجزائر بموجب القانون العضوي رقم 01-12، مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر.ج.د.ش عدد 01 الصادرة في 14 فيفري 2012، مجالس فسيفساية، أي مزيج من أعضاء ينتمون إلى تشكيلات سياسية متنوعة، يصعب عليهم التصويت بالأغلبية لتسهيل سير عمل المجالس المحلية.

(33) أنظر المواد 104 و 105 من الأمر رقم 38-69، مرجع سابق.

(34) راجع المواد 141 و 146 من القانون رقم 09-90، مرجع سابق.

(35) أنظر المادة 168 و 169 من القانون رقم 07-12، مرجع سابق.

(36) هذا ما نص عليه المشرع في المادة 160 " يتولى الوالي إعداد مشروع ميزانية الولاية وعرضه على المجلس الشعبي الولائي الذي يصوت ويصادق عليه وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون. ويوافق عليه الوزير المكلف بالداخلية وفقا لأحكام المادة 55 أعلاه".

ضمانات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري *

KERKEDENE Farid, M.A «A»
Département de Droit Privé,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia –Algérie.

كركادن فريد، أستاذ مساعد "أ"
قسم القانون الخاص،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

يعتبر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقدا ذو طبيعة خاصة، لوروده على مال منقول معنوي، حيث أنّ الحيازة لا تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، لذلك حرص المشرع على حماية هذا الأخير من تصرفات المدين الراهن التي يمكن أن تضر بالتأمين المعطى له، حيث لا نجد هذه الضمانات كلها في القانون التجاري وإنما نستشفها من أحكام الرهن الرسمي باعتبار أنّ حيازة المحل التجاري لا تنتقل إلى الدائن المرتهن، ومن أحكام الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، باعتبار أنّ عقد الرهن الحيازي يرد على مال منقول.

الكلمات الدالة:

الرهن الحيازي، الرهن الرسمي، المحل التجاري، المال المنقول المعنوي، العناصر المعنوية، العناصر المادية، البيع بالمزاد العلني.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/02/19 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/03/19 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

The creditor mortgagee's guarantees in the passion's contract of the commercial centre

Abstract:

The mortgaging of passion's contract for the commercial centre is considered as a contract special which includes the financials movable as the passion doesn't move from the mortgaging debtor to the creditor mortgagee, there fore the legislator pays attention to the protection of this latter of the mortgaging debtor which can be harmful for the insurance that was given to him, as we don't find these guarantees in the commercial law but we perceive them from the records of official mortgaging considering that the passion of commercial centre doesn't move to the creditor mortgagee, the records of the mortgaging of passion which included in the movable corporeal considered that the contract of the mortgaging of the passion recover the movable money.

Key words:

Mortgaging passion, official mortgaging, commercial centre, financials corporeal and moral, moral elements, corporeal elements, auction.

Garanties du créancier dans le nantissement du fonds de commerce

Résumé:

Le nantissement du fonds de commerce a un caractère spécifique, du fait de l'objet du nantissement qui est un bien meuble incorporel, et que la possession du bien nanti ne fait pas objet d'un transfert entre le débiteur et le créancier gagiste.

C'est pour cela que le législateur a procédé à la protection du créancier gagiste de tout acte qui peut nuire à la sureté donnée.

Ces garanties ne sont pas toutes réunies dans le code de commerce, mais elles peuvent être déduites des dispositions de l'hypothèque vu que la possession du fonds de commerce n'est pas transférable, et des dispositions du nantissement vu que ce dernier a pour objet un bien meuble corporel.

Mots clés:

Le nantissement, l'hypothèque, le fonds de commerce, un bien meuble incorporel, éléments incorporels, éléments corporels, enchères publiques.

مقدمة

يعرّف المحل التجاري على أنّه مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من مجموعة من العناصر المعنوية (كالانصال بالعملاء والشهرة التجارية، عنوان المحل والاسم التجاري) ومجموعة من العناصر المادية (كالمعدّات والبضائع)، بحيث تتحد هذه العناصر لتكوّن وحدة واحدة مستقلة بذاتها تختلف عن العناصر المكوّنة لها، كما تخضع لنظام قانوني متميز عن كل نظام يخضع له كل عنصر من العناصر المكوّنة له، ولا يشترط المشرع ضرورة توافر كل هذه العناصر متّحدة

لوجود المحل التجاري، وإتّما يشترط فقط ضرورة توافر العناصر الأساسية والمتمثلة في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، فهما عنصران لا يمكن الاستغناء عنهما مهما اختلف النشاط الممارس في المحل التجاري، هذا عكس العناصر الأخرى التي تختلف أهميتها من محل تجاري لآخر حسب طبيعة النشاط التجاري الممارس في ذلك المحل التجاري.

إنّ هذه التركيبة للمحل التجاري جعلت منه مالا ذو طبيعة خاصة، يتجلى ذلك من خلال الأحكام القانونية التي يخضع لها، فهو يخضع كغيره من الأموال الأخرى لمختلف العمليات القانونية سواء كانت ناقلة للملكية كالبيع والهبة، أو غير ناقلة للملكية كالرهن الحيازي وإيجار التسيير، ولا يطبق عليه القانون التجاري فقط وإتّما يطبق عليه أيضا القانون المدني ومختلف القوانين المتعلقة بالعناصر المكونة له كالقانون المتعلق ببراءات الاختراع والعلامات.

يلعب المحل التجاري دورا هاما في الحياة التجارية للتاجر، بحيث يعتبر مالا يستخدمه التاجر في سبيل ممارسة التجارة، وكثيرا ما يحتاج التاجر إلى أموال من أجل تفعيل محله التجاري والعمل على زيادة الأرباح، إذ يلجأ إلى رهن هذا المحل مقابل حصوله على الأموال اللازمة التي تمكنه من الاستمرار في نشاطه وتوسيعه أكثر، إذ يكون المحل التجاري مالا مخصصا للوفاء بدين التاجر.

لقد تناول المشرع الجزائري عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في نص المادة 118 من القانون التجاري التي ينص فيها: (يجوز الرهن الحيازي للمحلات التجارية، دون حاجة للشروط والإجراءات المقررة بموجب الأحكام التالية).

لا يخوّل رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ما له من ديون وتسديدا لها)⁽¹⁾.

فحسب نص هذه المادة فإنّ حيازة المحل التجاري تبقى في يد المدين الراهن ولا تنتقل إلى الدائن المرتهن، وهذا عكس الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي الذي تنتقل فيه الحيازة من يد المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، فهو بهذا الحكم يشبه الرهن الرسمي الوارد على العقار، هذا ما يجعل عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري ذو طبيعة خاصة، وعليه فإنّ الإشكالية المطروحة هي أنّه إذا كان المال المرهون

لا تنتقل حيازته من المدين الرهن إلى الدائن المرتهن، ما هي الضمانات الممنوحة للدائن المرتهن في هذا العقد؟ خاصة إذا علمنا أنّ المال المرهون هو مال منقول معنوي.

للإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بدراسة تحليلية لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بالبحث، مع الاعتماد أيضا على أسلوب القياس بين عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري (باعتباره مال منقول معنوي) وبين الرهن الرسمي والرهن الحيازي الوارد على المال المنقول المادي.

المطلب الأول/حق الأفضلية وحق التتبع الفرع الأول/حق الأفضلية (أو الأولوية)

خوّل المشرع للدائن المرتهن في حالة عدم وفاء المدين الراهن بالتزامه، المطالبة من المحكمة التي يستغل المحل التجاري في دائرة اختصاصها ببيع المحل التجاري المرهون واستيفاء حقه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين من ثمن البيع، وذلك بعد ثلاثين يوما من الإنذار بالدفع المبلّغ للمدين.

أولا/المقصود بحق الأفضلية

يقصد به تقرير الأولوية للدائن المرتهن في استيفاء حقه من ثمن المحل التجاري في حالة بيعه عن باقي الدائنين أصحاب الحقوق المضمونة التاليين له في القيد، وكذا الدائنين العاديين⁽²⁾. يظهر حق الأفضلية في حالة تعدد الدائنين أما إذا وجد دائن واحد فلا يمكن حينئذ الكلام عن حق الأفضلية، لأنّه يستوفي حقه مباشرة دون مزاحمة من أحد.

ثانيا/محل حق الأفضلية

يتمثل محل الأفضلية في المحل التجاري المرهون، وحسب نص المادة 119 من القانون التجاري فإنّنا نستنتج حالتين وهما:

أ_ حالة الاتفاق على العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي: إنّ في حالة اتفاق المدين الراهن والدائن المرتهن على العناصر التي يشملها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فإنّ الدائن المرتهن لا يحق له التنفيذ على العناصر الأخرى غير المشمولة بعقد الرهن الحيازي، وإنّما حقه محصور في تلك العناصر المذكورة في العقد، علما أنّ المتعاقدان لهما الحرية المطلقة في اختيار تلك العناصر بشرط أن يدرجا عنصر الاتصال

بالعملاء والشهرة التجارية، حيث لا يمكن الاستغناء عن هذا العنصر باعتباره جوهر المحل التجاري⁽³⁾.

بـ حالة عدم الاتفاق على العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي: أقرّ المشرع حكماً في حالة عدم اتفاق المدين الراهن والدائن المرتهن على العناصر التي يشملها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، حيث أنّ هذا الأخير لا يكون شاملاً إلاّ العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والزبائن والشهرة التجارية⁽⁴⁾، وعليه فإنّ الدائن المرتهن لا يمكن له التنفيذ على غير هذه العناصر.

تجدر الإشارة هنا إلى أنّ الدائن المرتهن يمارس حقه على ما يقوم مقام المحل التجاري المرهون في حالة هلاكه أو تلفه.

ثالثاً/ معيار الأفضلية

قد يثور التساؤل عن أي واحد من الدائنين المرتهنين يتمتع بحق الأفضلية أو الأولوية على غيره من الدائنين المرتهنين أو الدائنين العاديين، إلاّ أنّ المشرع أعطى لنا الجواب عن ذلك في نص المادة 122 من القانون التجاري، حيث اعتمد على تاريخ قيد الحق كمعيار لترتيب الدائنين، فيتم ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم، ويكون للدائنين المرتهنين المقيّدين في يوم واحد رتبة واحدة متساوية، أما فيما يخص التزام بين الدائن العادي والدائن المرتهن فإنّ الأولوية تكون لهذا الأخير باعتباره صاحب امتياز على الشيء المرهون.

إنّ منح المشرع هذه الأولوية للدائن المرتهن لا يعني أنّه لم يحم الدائن العادي الذي يتعلق موضوع دينه استغلال المحل التجاري، بل بالعكس فقد منح له الحق في المطالبة باستحقاق دينه كلما قام المدين بنقل محله التجاري المرهون أو قام بترتيب رهن حيازي عليه، باعتبار أنّ المالك كلما قام بعمل من شأنه المساس بحق الدائن كلما كانت الديون السابقة المقيدة حالة الأجل (أي مستحقة الأداء)⁽⁵⁾.

إذا كان الدائن المرتهن يتمتع بالأولوية على الدائنين المرتهنين التاليين له في القيد والدائنين العاديين، فإنّه لا يكون كذلك بالنسبة للدائن بائع المحل التجاري صاحب الامتياز المقيد وفقاً للقانون، كون الامتياز ينتج آثاره من تاريخ عقد البيع وليس من تاريخ قيده⁽⁶⁾.

قد يستغل مالك المحل التجاري مجموعة من الآلات والأثاث في نشاطه التجاري وبالتالي تعتبر عنصرا من العناصر المكونة له، وفي نفس الوقت يستغلها في خدمة العقار الذي يملكه وبالتالي تعتبر عقار بالتخصيص، وعليه فإنه يمكن أن يرد عليها نوعان من الرهن: الرهن الحيازي في حالة رهن المحل التجاري حيازيا، الرهن الرسمي (العقاري) في حالة رهن العقار الذي يملكه التاجر ويستغل فيه تجارته، وهي الصورة التي يوجد فيها التزام بين الدائنين المرتهنين رهنا عقاريا والدائنين المرتهنين للمحل التجاري، فالأولوية في هذه الحالة بحسب تاريخ القيد، أما إذا حصل قيد الرهنين في يوم واحد كانت مرتبة الرهن العقاري مقدمة على رهن المحل التجاري⁽⁷⁾، ويشترط لتحقيق هذا التزام بينهما أن يقوم مرتهن المحل التجاري باتباع الإجراءات الخاصة بالرهن العقاري علاوة على القيد بالسجل والشهر طبقا للقانون⁽⁸⁾.

لم يشر المشرع الجزائري إلى هذه الإشكالية لا في القانون التجاري ولا في القانون المدني، هذا عكس المشرع المصري الذي عالج هذه الإشكالية في نص المادة 16 من القانون رقم 11 لسنة 1940 المتعلق ببيع ورهن المحال التجارية والتي تنص على أنه تكون الأولوية في المرتبة بين الدائن المرتهن الحيازي وبين الدائن المرتهن رهنا عقاريا بحسب تاريخ القيد، ومع ذلك تكون مرتبة الرهن العقاري مقدمة على الرهن الحيازي إذا قيما في يوم واحد⁽⁹⁾.

أورد المشرع مجموعة من الامتيازات في القانون المدني واعتبرها ذات أولوية في الاستيفاء قبل الديون الأخرى وحتى وإن كانت ممتازة، ومن بين هذه الامتيازات المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامة⁽¹⁰⁾.

إن مالك المحل التجاري قد يكون مالكا للعقار الذي يستغل فيه المحل التجاري وفي هذه الحالة لا يثار أي إشكال، أما إذا كان مالكا لحق الإيجار ففي هذه الحالة يمكن أن يثار إشكال فيما يخص التزام بين الدائن مؤجر العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري بقيمة الإيجار والدائن المرتهن للمحل التجاري، فحسب نص المادة 995 من القانون المدني فإن الأولوية تكون لامتياز مؤجر المكان الذي به المحل التجاري، بحيث يتقدم على الدائنين المقيدون وعلى أن تكون أولويته في حدود الأجرة المستحقة بحد أقصى سنتين، ولقد حرص المشرع على ألا يجعل امتياز المؤجر وأولويته لمدة تزيد على

سنتين حتى لا يستأثر المؤجر دون باقي الدائنين المرتهنين بنصيب الأسد من قيمة المنقولات الكائنة في العين المؤجرة⁽¹¹⁾، على أنه يلاحظ أنّ هذا التضييق في حق الامتياز لا يؤثر من الناحية العملية على حقوق المؤجر لأنّه لا يقع إلا على الأثاث والمهمات والآلات باعتبارها منقولا، أما البضائع فامتياز المؤجر يبقى عليها كاملا إذ لا يجوز رهنها⁽¹²⁾.

الفرع الثاني/حق التتبع

من بين الآثار المترتبة عن الرهن الحيازي للمحل التجاري بالنسبة للمدين الراهن، بقاء المحل التجاري المرهون في حيازته واستمراره في استغلاله والتصرف فيه، الأمر الذي يمكن أن يهدّد مصالح الدائن المرتهن، ولحماية هذا الأخير أقرله المشرع حق تتبع المحل التجاري المرهون في أي مكان وفي أي يد كان من أجل التنفيذ عليه واستيفاء حقه.

أولا/المقصود بحق التتبع

إنّ امتياز الدائن المرتهن يتبع المحل التجاري في كل يد قد انتقل إليها، والمقصود هنا أنّ بإمكانه التمسك بحقوقه الناجمة عن الرهن إزاء التاجر الراهن، أي المالك الحالي للمتجر أو كذلك إزاء المالك الجديد في حالة انتقال ملكية المتجر عن طريق التنازل أو الإرث⁽¹³⁾ أو قام برهنه مرة أخرى أو قدّمه كحصّة في الشركة، فإنّ للدائن المرتهن أن يتتبع المتجر وينفذ عليه بهدف استيفاء حقه المضمون بالرهن، ولا يكون لأي من هؤلاء أن يحتج في مواجهة الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، وذلك لأنّ المتجر كما قلنا يعدّ منقولا معنويا لا تسري عليه القاعدة التي تخص فقط المنقولات المادية⁽¹⁴⁾.

ثانيا/محل حق التتبع

إذا كان التاجر تصرف في محله التجاري كوحدة واحدة فإنّ الدائن المرتهن يمارس حقه في تتبع هذا المحل التجاري المرهون بكامل العناصر الداخلة في تكوينه⁽¹⁵⁾، أما إذا اقتصر التصرف على بعض العناصر المادية منفردة فإنّه لا يمكن للدائن المرتهن تتبع هذه العناصر والتنفيذ عليها في يد حائزها الحسن النية، لأنّها عناصر مادية يمكن لحائزها التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

أما إذا انصب البيع على أحد العناصر المعنوية التي يشملها الرهن كبراءة اختراع مثلا، فإن المشتري لا يكون له الاحتجاج على الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز لأن هذه القاعدة لا تعمل بالنسبة للمنقولات المعنوية، بحيث يكون للدائن المرتهن أن يمارس حقه في التتبع في مواجهة المشتري المذكور ولو كان حسن النية⁽¹⁶⁾.

إضافة إلى هذا فإن الرهن غير قابل للانقسام حيث تنص 892 من القانون المدني على أنه (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك)، قياسا على نص هذه المادة نستنتج أن كل المحل التجاري المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالمحل التجاري المرهون كله، فحق الدائن المرتهن غير قابل للتجزئة، فهو يرتبط بمجموع العناصر التي تدخل في نطاق الرهن، أي أن عناصر المتجر المرهونة تكون ضامنة للدين كله⁽¹⁷⁾، فإذا قام المدين بالوفاء بجزء من الدين المضمون فلا يخرج من وعاء الرهن أحد عناصر المحل مقابل ما تم دفعه من الدين، وإنما تظل كل العناصر محل الرهن مثقلة به إلى أن يتم سداد كامل الدين⁽¹⁸⁾، فهو متعلق دون تمييز بالثمن الإجمالي للعناصر المعنوية والمهمات محل الرهن⁽¹⁹⁾، فالرهن يرد على المتجر كوحدة واحدة لا تتجزأ فيظل الرهن قائما ما دام الدين المضمون لم يتم استيفاؤه بالكامل⁽²⁰⁾.

إذا كان الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري غير قابل للانقسام، فإنه بالعودة إلى أحكام عقد بيع المحل التجاري نجد أن المشرع أخذ بقاعدة مخالفة لذلك، فجعله قابلا للانقسام وهذا ما نستشفه من نص المادة 2/79 من القانون التجاري حيث يتم تحديد أثمان العناصر المكونة للمحل التجاري المباع مستقلة عن بعضها البعض من عناصر معنوية ومعدات وبضائع كل منها على حدة، ويمارس امتياز البائع الضامن لكل من هذه الأثمان أو ما بقي مستحقا منها بصفة منفصلة على كل أثمان إعادة بيع البضائع والمعدات والعناصر المعنوية للمحل التجاري، كما أن الدفعات الجزئية غير الدفعات النقدية تطرح أولا من ثمن البضائع ثم من ثمن المعدات، وهذا الترتيب يعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته⁽²¹⁾، يفيد هذا أن امتياز البائع يقبل

التجزئة وأن كل جزء من الثمن يحصل عليه البائع يستتبع انقضاء الامتياز بالنسبة لبعض عناصر المحل التجاري التي تقابل جزء من الثمن الذي حصل الوفاء به⁽²²⁾.
المطلب الثاني/حق الدائن المرتهن في حالة فسخ عقد الإيجار أو في حالة نقل المحل التجاري

الفرع الأول/حق الدائن المرتهن في حالة فسخ عقد الإيجار

إذا كان المحل التجاري المرهون يشمل ضمن عناصره عنصر الحق في الإيجار، يجب منح الدائنين الضمانات الكافية لحمايتهم لأنّه قد يترتب على فسخ عقد الإيجار المبرم بين صاحب العقار وصاحب المتجر استحالة مواصلة الاستثمار؛ ولهذا أخضع المشرع الفسخ لإجراءات معينة الغرض منها حماية حقوق الدائنين المرتهنين المقيدين حسب الأصول⁽²³⁾.

وعليه إذا ما رغب مالك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المرهون فسخ عقد الإيجار المبرم بينه وبين مالك المحل التجاري المرهون، فإنّه يقع على عاتقه التزام بضرورة تبليغ الدائنين السابقين المقيدين من قبل بطلب الفسخ وذلك في المحل المختار والمعين في قيد كل واحد منهم، ولا يجوز للمحكمة الفاصلة في النزاع إصدار حكمها قبل شهر من تاريخ هذا التبليغ. أما في حالة فسخ الإيجار بالتراضي لا يصبح الفسخ نهائياً إلا بعد شهر من تاريخ تبليغ الدائنين المقيدين كل في محله المختار⁽²⁴⁾.

وقصد المشرع بذلك مراعاة مصلحة الدائن المرتهن الذي يرغب في دفع قيمة الإيجار لمنع الفسخ، أو يقرر ما إذا كان في الفسخ ضرر عليه يؤدي إلى إضعاف ائتمانه فيطالب بسقوط الأجل واستيفاء الدين⁽²⁵⁾ عن طريق بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني⁽²⁶⁾.

الفرع الثاني/حق الدائن المرتهن في حالة نقل المحل التجاري

سبق ورأينا أنّ المحل التجاري المرهون يبقى في حيازة المدين الراهن الأمر الذي يمكنه من استمراره في استغلاله، غير أنّ المدين الراهن من أجل تفعيل محله وزيادة رقم أعماله قد يقوم بنقل محله التجاري المرهون إلى مكان آخر، إلا أنّ هذا الحق من شأنه المساس بحق الدائن المرتهن لأنّ هذا النقل من شأنه الإضرار بحقه، وعليه منح المشرع لهذا الأخير الحق في المطالبة باستحقاق دينه في حالة عدم إخطاره من قبل

المدين الراهن برغبته في نقل محله التجاري المرهون خلال خمسة عشر يوماً من قبل، أو رفضه عملية النقل بعد إخطاره⁽²⁷⁾.

المطلب الثالث/ حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المحل التجاري المرهون

خوّل المشرع الدائن المرتهن الحق في طلب التنفيذ على المحل التجاري المرهون في حالة عدم قيام المدين الراهن بسداد دينه في الآجال المحددة⁽²⁸⁾، أو في حالة عدم قيام المدين الراهن بالتزاماته المترتبة عن عقد الرهن الحيازي، غير أنّ هذا الحق لا يخوّل له حق تملك المحل التجاري المرهون⁽²⁹⁾، أو بيعه دون اتباع الإجراءات القانونية اللازمة⁽³⁰⁾، وعليه فعلى الدائن المرتهن الراغب في التنفيذ على المحل التجاري المرهون اتباع مجموعة من الإجراءات تتمثل فيما يلي:

أولاً/ الإنذار

على الدائن المرتهن القائم بالملاحقة تبليغ إنذاره إلى المدين الراهن والحائز من الغير إذا كان له محل والباقي دون جدوى بضرورة الوفاء بالدين⁽³¹⁾.

ثانياً/ تقديم طلب إلى المحكمة

في حالة عدم وفاء المدين الراهن أو الحائز من الغير بالدين بعد إنذارهما من طرف الدائن المرتهن القائم بالملاحقة، خوّل المشرع لهذا الأخير تقديم طلب ببيع المحل التجاري المرهون إلى المحكمة التي يستغل المحل التجاري المرهون في دائرة اختصاصها، وذلك بعد ثلاثين يوماً من الإنذار⁽³²⁾، هذا كأصل عام واستثناء خوّل المشرع للبنوك والمؤسسات المالية بعد خمسة عشر يوماً من إنذار مبلغ للمدين بواسطة عقد غير قضائي الحصول عن طريق عريضة بسيطة موجهة إلى رئيس المحكمة على أمر بيع المحل التجاري المرهون لصالحها⁽³³⁾.

ويجب على المحكمة أن تبث في الدعوى خلال شهرين من أول جلسة بموجب حكم غير قابل للمعارضة فيه وقابل للتنفيذ بالرغم من جميع طرق الطعن⁽³⁴⁾.
نفهم من هذا الشرط أنّ عملية البيع تشرف عليها المحكمة وليس الدائن المرتهن، والعبارة في ذلك هي حماية المدين الراهن من إمكانية تعرضه للتعسف.

ثالثا/الإنداز بالاطلاعا

بعء صءور الحكم من المحكمة ببيع المحل التجاري المرهون يقع على عاتق الدائن المرتهن القائم بالملاحقة إنذار مالك المحل التجاري المرهون والدائنين المقيدين قبل صءور الحكم الذي أمر بالبيع، كل في محل إقامته المذكورة في القيد وذلك قبل خمسة عشر يوما على الأقل من البيع، بالاطلاعا على دفتر الشروط وبيان اعتراضاتهم أو ملاحظاتهم وحضورهم مرسى المزاد إذا رغبوا في ذلك⁽³⁵⁾.

رابعا/الإعلان

لا يمكن بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني إلا بعء القيام بإعلان عملية البيع، ويجب أن يتضمن الإعلان بالبيع مجموعة من البيانات تتمثل في اسم الشخص القائم بالملاحقة ومالك المحل التجاري مع بيان مهنة كل واحد منهما ومحل إقامته والحكم الصادر بالبيع ومحل الإقامة المختار بمكان المحكمة التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري ومختلف عناصره التجارية ونوع أعمالها وموقعه والسعر الافتتاحي والمكان واليوم الساعة التي يحصل فيها مرسى المزاد واسم الموظف العمومي المكلف بالبيع والمؤتمن على دفتر الشروط.

كما يجب إلصاق هذا الإعلان بسعي من الموظف العمومي على الباب الرئيسي للبنية ومقر المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي يوجد فيها المحل التجاري والمحكمة التي يستغل في دائرة اختصاصها المحل التجاري ومكتب الموظف العمومي المنتدب، على أن يتم البيع بعء عشرة أيام على الأقل من تاريخ إلصاق هذا الإعلان.

إضافة إلى هذه الأماكن التي يجب الإعلان فيها، يجب نشر هذا الإعلان أيضا في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يوجد فيها المحل التجاري، على أن يتم البيع بعء عشرة أيام من تاريخ النشر، ويثبت هذا النشر بقيد إشارة عنه في محضر البيع.

أما في حالة وجود طعون تتعلق بإجراءات البيع وفي المصاريف، فإنه يجب تقديمها قبل ثمانية أيام على الأقل من مرسى المزاد تحت طائلة البطلان ويصدر الحكم في نفس المهلة⁽³⁶⁾.

خاتمة

توصلنا في الأخير إلى أنّ المشرع قام بحماية الدائن المرتهن من تصرفات المدين الراهن، بحيث أنّه كلما أبرم هذا الأخير عقدا متعلقا بالمحل التجاري المرهون، إلا ومنح بذلك الدائن المرتهن الحق في طلب التنفيذ على محله التجاري المرهون ببيعه بالمزاد العلني، واستيفاء دينه من ثمن البيع بالأولوية على الدائنين المرتهنين التاليين له في القيد والدائنين العاديين، وفي حالة خروج المحل التجاري المرهون من حيازة المدين الراهن إلى الغير مهما كانت طبيعة العقد المبرم، فيحق للدائن المرتهن تتبعه في أي يد كان، ولا يمكن للغير التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز لأنّ هذه القاعدة لا يعمل بها في هذا المجال، باعتبار أنّ عقد الرهن الحيازي يرد على مال منقول معنوي وليس مادي، كما أنّه دائما مقيد بضرورة إخطار الدائن المرتهن برغبته في نقل محله التجاري المرهون، وفي حالة إهماله ذلك يجعل الدين الذي على عاتقه حال الأجل.

غير أنّ هذا لا يمنع من وجود بعض النقاط التي لم يتطرق إليها المشرع نلخصها

فيما يلي:

- لم يبين المشرع لمن تكون الأولوية في حالة التزاحم بين الدائن المرتهن رهنا حيازيا للمحل التجاري والدائن المرتهن رهنا عقاريا، في حالة كون الآلات عنصرا من العناصر المادية المكونة للمحل التجاري والمشمولة بعقد الرهن الحيازي، وفي الحالة كونها عقارا بالتخصيص يشملها عقد الرهن الرسمي.
- لم يبيّن المشرع الحالات التي يجب فيها الرجوع إلى أحكام الرهن الرسمي، والحالات التي يجب فيها الرجوع إلى أحكام الرهن الحيازي، باعتبار أنّ عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري ذو طبيعة خاصة.

الهوامش:

(1) انظر نص المادة 126 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر ع 100، الصادرة في 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

(2) مقدم مبروك، المحل التجاري، الطبعة الرابعة، دارهومة، الجزائر، 2007، ص 79.

(3) عدّدت المادة 1/119 من القانون التجاري الجزائري العناصر التي يمكن للمتعاقدان إدراجها ضمن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري كما يلي: الزبائن (أو الاتصال بالعملاء) والشهرة التجارية، عنوان المحل، الاسم التجاري، الحق في الإيجار، حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة، الرخص، الأثاث التجاري، المعدات والآلات.

- (4) انظر نص المادة 3/119 من القانون التجاري الجزائري.
- (5) انظر نص المادة 123 من القانون التجاري الجزائري.
- يشترط لتطبيق هذا الحكم ضرورة توفر شروط وهي:
- _ أن يكون الدين العادي غير مضمون برهن أو أي ضمان آخر.
- _ أن يكون الدين العادي قد نشأ قبل قيد الرهن وبغض النظر عن تاريخ استحقاقه.
- _ أن يكون الدين متعلقا باستغلال المحل التجاري.
- _ أن يترتب على رهن المحل التجاري ضرر يلحق بالدائن المرتهن. د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، الطبعة الثانية، مقدمة الأعمال التجارية- التاجر- المحل التجاري وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003-2004، ص 408-409. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة النشر، ص 213. أنظر أيضا د/ محمد فريد العربي ود/ جلال وفاء محمدين ود/ محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 458-459.
- (6) انظر مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 79. انظر أيضا د/ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 116.
- (7) د/ علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 311. انظر أيضا د/ محمد فريد العربي ود/ جلال وفاء محمدين، القانون التجاري، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 463-464.
- (8) د/ سميحة القليوبي، المحل التجاري، الطبعة الرابعة، بيع المحل التجاري- رهنه- تأجير استغلاله، دار النهضة العربية، دون بلد النشر، 2000، ص 115-116. انظر أيضا د/ المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2006، ص 255.
- (9) القانون رقم 11 المؤرخ في 07 مارس 1940 المتعلق ببيع المحل التجاري ورهنه، ج ر ع 24.
- (10) انظر نص المادتان 900 و901 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ع 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- (11) د/ محمد فريد العربي ود/ جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 464. أنظر أيضا د/ علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص 312.
- (12) د/ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 116.
- (13) د/ فرحة زواوي صالح، الكامل في القانون التجاري، القسم الأول، ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص 265. أنظر أيضا د/ محمد فريد العربي ود/ جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 465. أنظر أيضا ROGER Houin et RODIERE Rene et LEGAIS Dominique, Droit commercial, Tome 1, 8^{ème} édition, Sirey, Paris, 1988, p96.
- (14) د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 407. أنظر أيضا مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 80.
- (15) تطبيق مضمون نص المادة 119 من القانون التجاري الجزائري.
- (16) د/ علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 314.
- (17) د/ محمد فريد العربي ود/ جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 465.
- (18) د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 406. أنظر أيضا د/ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 117.
- (19) د/ محمد فريد العربي ود/ جلال وفاء محمدين ود/ محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 458.
- (20) د/ المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 255-256.

- (21) انظر نص المادة 96 القانون التجاري الجزائري.
- (22) د/ علي حسن يونس، مرجع سابق، ص315.
- (23) د/ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، القسم الأول، ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص269.
- (24) انظر نص المادة 1/124 و2 من القانون التجاري الجزائري.
- (25) د/ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص116. اظر أيضا د/ علي حسن يونس، مرجع سابق، ص314. أنظر أيضا مقدم مبروك، مرجع سابق، ص82.
- (26) انظر نص المادة 3/124 من القانون التجاري الجزائري.
- (27) انظر نص المادة 123 من القانون التجاري الجزائري. انظر أيضا د/ فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص268-269. أنظر أيضا د/ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص117.
- (28) نص المادة 1/125 من القانون التجاري الجزائري.
- (29) انظر نص المادة 2/118 من القانون التجاري الجزائري.
- (30) انظر نص المادة 960 من القانون المدني الجزائري التي تحيلنا إلى نص المادة 903 من القانون المدني الجزائري حيث جاء في فحوى هذه المادة الأخيرة أنه يقع باطلا كل اتفاق يخول الدائن المرتهن بيع المحل التجاري المرهون دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون.
- (31) انظر نص المادة 126 من القانون التجاري الجزائري.
- (32) انظر نص المادة 126 من القانون التجاري الجزائري.
- (33) انظر نص المادة 1/124 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر ع52، الصادرة في 27 أوت 2003، معدل ومتمم.
- (34) انظر نص المادة 8/125 من القانون التجاري الجزائري.
- (35) انظر نص المادة 1/127 من القانون التجاري الجزائري.
- (36) انظر نص المادة 127 من القانون التجاري الجزائري.

خصوصية ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري*

FARAH Aicha, M.A «A»
Département des enseignements de base en droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia –Algérie.

فـارح عائشة، أستاذة مساعدة "أ"
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

على الرغم من تحويل سلطة الرقابة على نشاط التأمين من الوزير المكلف بالمالية إلى لجنة الإشراف على التأمينات، إلا أنّ الوزير لا يزال يحوز العديد من صلاحيات الرقابة، أي أنّه في نفس القطاع -قطاع التأمين- توجد إدارتا رقابة: إدارة تقليدية تتمثل في الوزير المكلف بالمالية، ولجنة الإشراف على التأمينات التي يفترض فيها أن تكون سلطة إدارية مستقلة. وهو أمر لا نجده سوى في قطاع التأمين.

الكلمات الدالة:

الضبط الإقتصادي، الرقابة، التأمين، لجنة الإشراف على التأمينات، سلطة إدارية مستقلة.

Particularité de régulation du secteur des assurances en droit algérien

Résumé :

Malgré le transfert du pouvoir de contrôle sur les activités des assurances du ministre des finances à la commission de supervision et de contrôle des assurances, le ministre conserve toujours d'importantes compétences de contrôle dans le domaine, ce qui permet d'évoquer le concept de la régulation bicéphale ; l'existence de deux autorités de contrôle, (une autorité traditionnelle, -le ministre des finances- et la commission de supervision et de contrôle des assurances comme autorité administrative indépendante).

Mots clés :

Régulation économique, contrôle, assurances, la commission de supervision et de contrôle des assurances, autorité administrative indépendante.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/03/17 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/05/20 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

The Privacy of the field insurance regulation in the Algerian law

Abstract:

Although the supervisory power for insurance activities transfer of the finance minister to insurance supervisory commission, the minister keeps always an Important supervisory authority in the area, whereby in the same area are two supervisor authorities; a traditional authorities -the finance minister- and an insurance supervisory commission which should be an independent administrative authority, something that is unique in the field of insurance.

Keywords:

Economic regulation, control, insurance, the insurance supervision and control commission, independent administrative authority.

مقدمة

تم تحرير سوق التأمينات في الجزائر سنة 1995 بموجب الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالتأمينات⁽¹⁾، الذي ألغت المادة 278 منه جميع الأحكام المخالفة لمضمونه لاسيما الأمر رقم 66-127، المتضمن إنشاء احتكار الدولة لعمليات التأمين⁽²⁾، ولأن قطاع التأمين من القطاعات الحيوية الحساسة والإستراتيجية في اقتصاد الدولة، فقد تم تخويل الرقابة عليه للوزير المكلف بالمالية الذي كان يمثل آنذاك إدارة الرقابة على نشاط التأمين.

حيث جاء الكتاب الثالث من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات تحت عنوان تنظيم ومراقبة نشاط التأمين ليبيّن طرق وأهداف رقابة الدولة على نشاط التأمين فنص على أنّ مراقبة الدولة لنشاط التأمين تمارس عن طريق إدارة الرقابة المتمثلة في الوزير المكلف بالمالية، الذي يتصرف بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات⁽³⁾، أي أنّ الدولة قد انتهجت سياسة الإدارة التقليدية المتمثلة في السلطة التنفيذية للرقابة على قطاع التأمينات.

لكن الجمع بين مهام الرقابة والتقنين والإسهام في الشركات العمومية، قد أضعف نوعية الرقابة، كيف لا وهيئة الرقابة حكم وطرف في الوقت نفسه⁽⁴⁾، إضافة لما تتميز به هذه الإدارة من حيث عدم سرعتها في اتخاذ القرارات من جهة، وبعد المسافة بينها (السلطة التنفيذية) وبين المتعاملين الإقتصاديين من جهة أخرى، إذ لا بد من وجود

خبراء قريبين من الميدان وذوي تشكيلة تلائم المهام المنوطة بجهاز الرقابة والضبط هذا، وهو ما دفع بالمشرع الجزائري من خلال تعديله لقانون التأمينات سنة 2006، إلى محاولة مواكبة التطورات العالمية في أساليب الإشراف والرقابة، فتم إنشاء لجنة الإشراف والرقابة على التأمينات لتحل محل الوزير المكلف بالمالية في ضبط قطاع التأمين.

يبدو لأول وهلة أنّ المشرع الجزائري قد انتهج سياسة الضبط الإقتصادي عن طريق إنشاء سلطة ضبط تكلف بالرقابة على نشاط التأمين، تماما كما فعل مع باقي النشاطات الإقتصادية في المجال المالي كالقطاع المصرفي، وبورصة القيم المنقولة، إلا أنّه بالتطرق إلى باقي أحكام قانون التأمين المعدل والمتمم، لاسيما تلك المتعلقة برقابة الدولة على النشاط، نجد أنّ ما يميز الضبط في قطاع التأمين الجزائري عن باقي القطاعات المالية، هو إبقاء أغلب صلاحيات الرقابة في يد الوزير المكلف بالمالية، على الرغم من وجود سلطة حصر دورها في الرقابة على القطاع عوضا عن الوزير المكلف بالمالية.

فالملاحظ من خلال الإطلاع على نصوص قانون التأمين المتعلقة بتنظيم الرقابة على القطاع، عدم تقديم المشرع الجزائري لأي تكييف قانوني للجنة الإشراف على التأمينات حيث اكتفى بتحديد وظيفتها في الرقابة على نشاط التأمين، هذه الوظيفة التي يحوز الوزير المكلف بالمالية حصة الأسد فيما يخص السلطات المتعلقة بها، هي ميزة خاصة في ضبط نشاط التأمين فقط، إذ نجد هذا الأمر غائبا بالنسبة لسلطات ضبط باقي القطاعات المالية⁽⁵⁾ فما سبب هذه الخصوصية في ضبط نشاط التأمين؟

للإجابة على هذه الإشكالية لا بد أولا من التطرق إلى تحديد الطبيعة القانونية للجنة الإشراف على التأمينات، في ظل غياب تكييف قانوني صريح لها من قبل المشرع (المبحث الأول)، لنتقل بعدها للبحث في مظاهر احتكار الوزير المكلف بالمالية لأغلب وأهم صلاحيات الرقابة على القطاع (المبحث الثاني) كل هذا قصد محاولة التوصل لتفسير منطقي لهذه الخصوصية.

المبحث الأول/غياب تكييف قانوني صريح للجنة الإشراف على التأمينات

لم يقدم المشرع الجزائري أي تكييف قانوني صريح للجنة الإشراف على التأمينات ضمن القانون المنشئ لها، بل اكتفى بالنص على أنها تتصرف كإدارة رقابة و أنّها تمارس رقابة الدولة على نشاط التأمين وإعادة التأمين، كما أنّ حادثة هذه الأخيرة في المنظومة القانونية الجزائرية، لم تسمح للقضاء الجزائري بالتعرض إلى طبيعتها القانونية، وهذا ما يدفع بنا إلى البحث عن نية المشرع في تكييف هذه اللجنة من خلال النصوص المنظمة لها، حيث سنحاول أولاً تبيان ما إذا كانت اللجنة تمثل سلطة إدارية (المطلب الأول) لنبحث بعدها في مدى استقلاليتها عن الإدارة التقليدية المتمثلة في السلطة التنفيذية (المطلب الثاني).

المطلب الأول/لجنة الإشراف على التأمينات سلطة إدارية

أنشأت لجنة الإشراف على التأمينات بموجب نص المادة 209 من الأمر رقم 95-07 بعد تعديله بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006⁽⁶⁾، ومن خلال تحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بهذه اللجنة نستشف عدة مظاهر تبرز كلا من الطابع السلطوي والطابع الإداري لها.

الفرع الأول/مظاهر الطابع السلطوي للجنة الإشراف على التأمينات

على الرغم من أنّ المشرع لم يطلق لفظ سلطة صراحة على لجنة الإشراف على التأمينات بل اكتفى بإعطائها وصف لجنة، إلا أنّه اعترف لها ضمناً بالطابع السلطوي، من خلال الإقرار لها بسلطة اتخاذ قرارات تتمتع بالطابع التنفيذي وتمس بالمراكز والأوضاع القانونية، أي أنّه خولها ممارسة تصرفات إدارية منفردة تمنح صاحبها صفة سلطة عامة.

فلا يقتصر دور لجنة الإشراف على التأمينات على إبداء الآراء والملاحظات أو تقديم النصائح والإرشادات في مجال التأمين، كما هو الحال بالنسبة للمجلس الوطني للتأمين الذي يعتبر جهازاً استشارياً⁽⁷⁾ بل إنّ لهذه الأخيرة سلطة اتخاذ القرارات. جاءت سلطة اتخاذ القرارات هذه لتمكين لجنة الإشراف على التأمينات من تحقيق الأهداف التي وضعت لأجلها، والمتمثلة في السهر على احترام شركات ووسطاء التأمين المعتمدين للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين،

والقرارات التي تصدرها لجنة الإشراف على التأمينات هي قرارات باتم معنى الكلمة، أي قرارات تجمع بين الصفة التنفيذية والمساس بالمراكز القانونية.

وقد أطلق المشرع صراحة لفظ قرار على ما تصدره اللجنة، حيث نصت الفقرة الخامسة من نص المادة 209 مكرر 02 من قانون التأمين المعدل والمتمم⁽⁸⁾ على أنه " تتخذ اللجنة قراراتها بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، ... وكذا ضمن الفقرة الأخيرة من نص المادة 213 التي تنص على أنه "... تكون قرارات لجنة الإشراف على التأمينات فيما يخص تعيين المتصرف المؤقت قابلة للطعن أمام مجلس الدولة".

فلو كانت لجنة الإشراف على التأمينات مجرد هيئة استشارية لعبر المشرع عن أعمالها بمصطلح غير مصطلح القرار، كأن ينص على إبدائها لأراء أو اقتراحات أو رغبات أو استعلامات أو غيرها من الأعمال، التي تنعدم فيها صفة القرار الإداري، كما فعل مع المجلس الوطني للتأمينات مثلا الذي يعتبر هيئة استشارية في مجال التأمين.

كما يبرز الطابع السلطوي للجنة الإشراف على التأمينات كذلك، في كون القرارات التي تتخذها تندرج في الأصل ضمن صلاحيات ومهام السلطة التنفيذية ممثلة في الوزير المكلف بالمالية.

فبعد أن كان من صلاحيات الوزير المكلف بالمالية، السهر على احترام شركات التأمين ووسطاء التأمين المعتمدين للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين، وكذا التأكد من أنّ هذه الشركات مازالت قادرة على الوفاء بالإلتزامات التي تعاقدت عليها تجاه المؤمن لهم⁽⁹⁾، تم نقل هذه المهام إلى لجنة الإشراف على التأمينات بعد تعديل الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات سنة 2006، والأمر نفسه بالنسبة لصلاحيات التحقق من المعلومات حول مصدر الأموال المستخدمة في إنشاء أو زيادة رأس مال شركة التأمين و/أو إعادة التأمين.

الفرع الثاني/مظاهر الطابع الإداري للجنة الإشراف على التأمينات

يبرز الطابع الإداري للجنة الإشراف على التأمينات، من حيث وظيفتها المتمثلة في السهر على احترام شركات ووسطاء التأمين المعتمدين للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين⁽¹⁰⁾. أي أنّ اللجنة قد وضعت للسهر على تطبيق القانون في مجال الاختصاص المحدد لها، فهي إذن مكلفة بمهام تعود في الأصل إلى

السلطة العامة، وعلى هذا الأساس فهي تتمتع بمجموعة من الامتيازات التي تمنح عادة لأجهزة الإدارة العامة لتمكينها من أداء مهام المرفق العام، ومن أهم مظاهر ممارسة اللجنة لهذه الامتيازات نجد سلطتها في توقيع العقوبات، فامتيازات السلطة العامة هي التي تسمح بتعريف طبيعة النشاطات التي تقوم بها هيئات الضبط المستقلة، فهي نشاطات مرافق عامة، و خدمة المرفق العام هي التي تتطلب اللجوء الى استعمال امتيازات السلطة العامة، ومن هنا يبرز الطابع الإداري للجنة الإشراف على التأمينات.

كما يبرز الطابع الإداري للجنة الإشراف على التأمينات، من خلال خضوع القرارات الصادرة عنها لرقابة القاضي الإداري، حيث تنص الفقرة الأخيرة لنص المادة 213 من قانون التأمين، على أنّ قرارات لجنة الإشراف على التأمينات فيما يخص تعيين المتصرف مؤقتا تكون قابلة للطعن أمام مجلس الدولة.

وقد سبق لمجلس الدولة أن اعتمد معيار قابلية القرارات للطعن بالإلغاء لتكليف اللجنة المصرفية وهذا في قضية يونيون بنك Union bank، حيث توصل ضمن القرار الصادر عنه إلى اعتبار اللجنة المصرفية سلطة إدارية مستقلة على الرغم من غياب نص صريح بذلك ضمن قانون النقد والقرض⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني/استقلالية لجنة الإشراف على التأمينات

تطرح استقلالية لجنة الإشراف على التأمينات إشكالا كبيرا، بالنظر إلى الغاية من انشاء اللجنة كهيئة رقابة في مجال التأمين، بدلا من الوزير المكلف بالمالية، الذي كان يمثل إدارة الرقابة فيما سبق، يبدو للوهلة الأولى أنّ الغاية من إنشاء اللجنة هي وضع سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية، بغرض ضبط القطاع.

حيث تمثل استقلالية سلطة الضبط ضرورة حتمية في إطار الإصلاحات البنوية، التي تجسّد الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق، وهذا نظرا لما تمنحه من ضمانة لتطبيق سياسة ملائمة، بعيدة عن كل المؤثرات السياسية الناجمة عن الفترة الانتقالية التي تعيشها البلاد والتي تتسم بعدم الاستقرار. فحتى تحقق سلطة الضبط الأهداف المنوطة بها، لابد من توفير ضمانات تحميها من المؤثرات والتغيرات السياسية، هذه الضمانات تتمثل في الاستقلالية اتجاه السلطة التنفيذية⁽¹²⁾.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 209 من قانون التأمين، نجد أنها تنص على إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات، التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية، فالمشرع لم يكتف بعدم منح لجنة الإشراف على التأمينات استقلاليتها بموجب نص صريح، كما فعل من بعض سلطات الضبط⁽¹³⁾ بل جعلها تتصرف بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية، مما يفتح المجال للتساؤل عن مدى تكريس ضمانات استقلالية اللجنة في اتخاذها لقراراتها.

صحيح أنّ عدم النص على خضوع اللجنة لا للسلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية، يعني استقلاليتها اتجاه السلطة التنفيذية، لكن هذه الاستقلالية يجب أن تجسّد بنصوص تكرّسها من الناحية العضوية (الفرع الأول) و من الناحية الموضوعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول/استقلالية اللجنة من الناحية العضوية

تم إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات بموجب نص تشريعي على عكس الهيئات التابعة لوزارة المالية، والتي تعود صلاحية انشائها إلى السلطة التنظيمية⁽¹⁴⁾، أي أنّ لجنة الإشراف على التأمينات سلطة مستقلة بذاتها ولا تمثّل أحد المصالح أو الأجهزة التابعة لوزارة المالية، على خلاف المكتب المتخصص في تعريف التأمينات الذي تم احداثه لدى الوزير المكلف بالمالية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-257 المؤرخ في 11 غشت 2009⁽¹⁵⁾، حيث تم تحديد كل من تشكيل المكتب وتنظيمه وسيره عن طريق مرسوم تنفيذي.

كما أنّ لجنة الإشراف على التأمينات تتشكّل من خمسة أعضاء مختلفين في الصفات والمراكز القانونية، فبالإضافة إلى رئيسها تتكون اللجنة من قاضيين تقترحهما المحكمة العليا، ممثل عن الوزير المكلف بالمالية، وخبير في ميدان التأمينات يقترحه الوزير المكلف بالمالية، وهو ما يبيّن الطابع الجماعي للجنة الذي يمثل أحد دعائم الاستقلالية العضوية.

لكن على الرغم من الطابع الجماعي للجنة وتعدد مراكز وصفات هؤلاء الأعضاء، إلا أنّ وجود ممثل عن الوزير المكلف بالمالية يتعارض واستقلالية هذه اللجنة عن السلطة التنفيذية، وكذلك احتكار الوزير المكلف بالمالية لسلطة تعيين هؤلاء الأعضاء،

وعدم النص على عهدة يمارس خلالها رئيس اللجنة وأعضاؤها مهامهم، كلها عوامل تمس بالاستقلالية العضوية للجنة الإشراف على التأمينات.

الفرع الثاني/استقلالية اللجنة من الناحية الموضوعية

لم ينص المشرع على امكانية تدخل السلطة التنفيذية لتعديل القرارات الصادرة عن لجنة الإشراف على التأمينات، كما أنه لم يلزم اللجنة بإعداد تقارير سنوية ترسل إلى الحكومة، وهو ما يعتبر تجسيدا للاستقلالية الوظيفية لها، هذه الاستقلالية التي لم تكتمل، بسبب اعتماد اللجنة في أدائها لمهامها على وسائل بشرية ومادية تابعة للسلطة التنفيذية.

فبالإضافة إلى الاستعانة بالهيكل المكلف بالتأمينات على مستوى وزارة المالية، وبالتحديد مديرية التأمينات التابعة للمديرية العامة للخزينة، تتكفل ميزانية الدولة بمصاريف تسيير لجنة الإشراف على التأمينات، حيث يتم تسجيل الاعتمادات المخصصة لتغطية نفقات تسيير وتجهيز اللجنة والتعويضات المدفوعة لأعضائها، وكل نفقة أخرى ترتبط بنشاط لجنة الإشراف على التأمينات، في ميزانية وزارة المالية⁽¹⁶⁾.

المبحث الثاني/احتكار الوزير المكلف بالمالية لأهم سلطات ضبط القطاع

يتميز الضبط في مجال التأمين بالجمع بين الإدارة التقليدية ممثلة في الوزير المكلف بالمالية ولجنة الإشراف على التأمينات في الرقابة على القطاع، بل وأكثر من ذلك فإن أهم صلاحيات الرقابة مازالت من احتكار الوزير المكلف بالمالية، إذ لم تخول اللجنة سوى الرقابة اللاحقة لدخول السوق، أضف إلى ذلك أنّ سلطة سحب الاعتماد، التي تعتبر من أخطر العقوبات المطبقة في إطار ضبط النشاط لا تزال ضمن صلاحيات الوزير المكلف بالمالية.

يمثل الوزير المكلف بالمالية الجهة الوصية على مؤسسات التأمين وهو بذلك يسهر على تنظيم هذا القطاع والرقابة عليه، ويقوم الوزير بمهامه عن طريق الهيكل المكلف بقطاع التأمينات على مستوى وزارة المالية، المتمثل في مديرية التأمينات التابعة للمديرية العامة للخزينة⁽¹⁷⁾، كما يساعده في القيام بوظيفته مجموعة من

الهيئات الاستشارية المتخصصة في مجال التأمينات، عن طريق تقديم آرائها واقتراحاتها له.

وقد عدّل نص القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006⁽¹⁸⁾، المادة 209 من الأمر رقم 95-07، فأصبحت تمارس رقابة الدولة على نشاط التأمين وإعادة التأمين، من طرف لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة، بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية بدلا من الوزير المكلف بالمالية.

لكن بالرجوع إلى باقي أحكام القانون لاسيما نصوص المواد 204 و 204 مكرر 204 و 204 مكرر 3، نجد أنّ الوزير لا يزال يحوز دورا أساسيا في ضبط هذا القطاع فهو الذي يملك صلاحية منح الاعتماد لممارسة نشاط التأمين (المطلب الأول)، كما أنّ المادة 214 تخوله صلاحية تقرير عقوبات على شركات التأمين و/أو إعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية، في حالة مخالفتها للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة بالنشاط (المطلب الثاني).

المطلب الأول/سلطة منح الإعتماد

الأصل في سلطة منح الإعتماد أن تخوّل إلى السلطة المكلفة بالرقابة على القطاع، وهذا في إطار الرقابة السابقة التي تمارسها على القطاع المعني، وهو ما نجده مكرّسا بالنسبة لأغلب القطاعات الاقتصادية التي تم تحريرها وأوكلت مهمة ضبطها لسلطات ضبط مستقلة، فقانون النقد والقرض⁽¹⁹⁾ أسند سلطة منح الاعتماد في المجال المصرفي لمجلس النقد والقرض، والقانون المتعلق ببورصة القيم المنقولة⁽²⁰⁾ أسند سلطة منح الاعتماد في مجال البورصة إلى لجنة تنظيم عمليات البورصة ومتابعتها، ونفس الأمر بالنسبة لقطاع البريد والمواصلات⁽²¹⁾ الذي أسندت سلطة منح الاعتماد فيه إلى سلطة ضبط البريد والمواصلات، وقطاع الكهرباء⁽²²⁾ الذي أسندت فيه سلطة منح الاعتماد إلى لجنة ضبط الكهرباء والغاز، وقطاع المحروقات الذي أسندت فيه سلطة منح الاعتماد إلى سلطتي الضبط في مجال المحروقات⁽²³⁾.

فكل هذه القطاعات الاستراتيجية تم تخويل سلطة منح الاعتماد لمزاولة النشاط المتعلق بها إلى سلطات الضبط المستقلة، كل في القطاع الخاضع لرقابتها وهذا إما

لأهميتها الاستراتيجية، وإما لارتباطها باستغلال المرافق العامة وإما لاستعمالها كوسيلة لتحقيق أهداف معينة⁽²⁴⁾.

لكن الأمر يختلف بالنسبة لقطاع التأمين، حيث حوّل المشرع الجزائري الوزير المكلف بالمالية سلطة منح الاعتماد للمتعاملين الاقتصاديين قصد الدخول إلى سوق التأمين ومزاولة النشاط، فلا يمكن لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين أن تمارس نشاطها، إلا بعد الحصول على اعتماد من الوزير المكلف بالمالية بناء على الشروط المحددة في القانون⁽²⁵⁾.

كما أنّ فتح فروع لشركات التأمين الأجنبية بالجزائر يخضع إلى الحصول المسبق على رخصة يمنحها الوزير المكلف بالمالية⁽²⁶⁾، ويخضع فتح مكاتب تمثيل شركات التأمين و/أو إعادة التأمين إلى الحصول المسبق على اعتماد يمنحه الوزير المكلف بالمالية⁽²⁷⁾.

وهو ما يدفع بنا إلى التساؤل عن سبب هذه الخصوصية في قطاع التأمين؟ فصحيح أنّ قطاع التأمين قطاع استراتيجي وحساس لكنه ليس أكثر خصوصية واستراتيجية من القطاع المصرفي، فالنشاطات المصرفية هي الأخرى تتمتع بأهمية استراتيجية خاصة، لكن على الرغم من ذلك لم يخول المشرع صلاحية منح الاعتماد لممارسة النشاطات المتعلقة بها للوزير المكلف بالمالية، وإنّما يتم منح الاعتماد لها بمقرر من محافظ بنك الجزائر بعد الحصول على ترخيص مسبق يقدمه مجلس النقد والقرض⁽²⁸⁾.

الإجابة نجدها بالرجوع إلى قانون التأمين الفرنسي الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1989 بمناسبة افتتاح السوق الأوروبية⁽²⁹⁾، فبمجرد الاطلاع على نصوص هذا القانون نجد أنّ توزيع الاختصاص بين لجنة الإشراف على التأمينات والوزير المكلف بالمالية في إطار الرقابة على نشاط التأمين في القانون الجزائري، عبارة عن نقل حرفي لما هو وارد في القانون الفرنسي فيما يخص توزيع الاختصاص بين الوزير ولجنة مراقبة التأمينات، فوزير الاقتصاد والمالية الفرنسي يحتفظ بما يمكن تسميته بسلطات الرقابة السابقة كسلطة منح الاعتماد، في حين يبقى للجنة مراقبة التأمينات فقط ترتيب الآثار الناجمة عن سحب الاعتماد⁽³⁰⁾.

المطلب الثاني/سلطة توقيع العقوبات

يتمتع الوزير المكلف بالمالية- في إطار الصلاحيات المخولة له- بسلطة تقرير أشد العقوبات في حق شركات التأمين و/أو إعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية، والمتمثلة في عقوبتي السحب الكلي أو الجزئي للاعتماد (الفرع الأول)، والتحويل التلقائي لكل أو جزء من محفظة عقود التأمين⁽³¹⁾ (الفرع الثاني).

الفرع الأول/سحب الإعتماد

يعتبر سحب الاعتماد أخطر العقوبات الموقعة في مجال ضبط نشاط التأمين، فهو يمثل طريقة خاصة لتصفية الشركة بشكل يحيي المؤمن لهم من الآثار التي قد تترتب عن إفلاس الشركة⁽³²⁾، وقد حوّل المشرع الجزائري صلاحية سحب الاعتماد للوزير المكلف بالمالية بغض النظر عن سبب تقرير هذه العقوبة. حيث يتم سحب الاعتماد جزئياً أو كلياً بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية، بعد إبداء رأي المجلس الوطني للتأمينات⁽³³⁾.

بالرجوع إلى أحكام المادة 220 من قانون التأمين⁽³⁴⁾، نجد أنّ المشرع الجزائري لم يميز بين الحالات التي يعتبر فيها سحب الاعتماد عقوبة تأديبية، وتلك التي يعتبر فيها عقوبة إدارية، حيث نص على أنّه باستثناء حالة التوقف عن النشاط وحالات الحل والتسوية القضائية والإفلاس، لا يمكن أن يسحب الاعتماد كلياً أو جزئياً إلا لأحد الأسباب الآتية:

- إذا كانت الشركة لا تسير طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما أو لقوانينها الأساسية أو لغياب شرط من الشروط الأساسية للاعتماد،
- إذا اتضح بأنّ الوضعية المالية للشركة غير كافية للوفاء بالتزاماتها،
- إذا كانت الشركة تطبق بصفة متعمدة زيادات أو تخفيضات غير منصوص عليها في التعريفات المبلغة إلى إدارة الرقابة طبقاً للمادة 233 أدناه⁽³⁵⁾،
- في حالة عدم ممارسة الشركة لنشاطها لمدة سنة واحدة (1) ابتداء من تاريخ تبليغ الاعتماد، أو في حالة توقفها عن اكتتاب عقود التأمين لمدة سنة واحدة (01).

في حين أنه كان من المفترض أن يتم التمييز بين سحب الاعتماد، باعتباره إجراء إداري يدخل في سلطة الضبط والبوليس التي يتمتع بها وزير المالية باعتباره ممثلاً عن السلطة التنفيذية، وبين إجراء سحب الاعتماد باعتباره عقوبة تأديبية، توقعها سلطة الضبط في حالة مخالفة المهنيين للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة بنشاط التأمين، وهو ما قام به المشرع الفرنسي.

فباعتبار أنّ العقوبة التأديبية هي كل عقوبة تقرّر في إطار علاقة سابقة بين المهنيين والقطاع المعني، فإنّه إذا تم سحب الاعتماد، بسبب مخالفة الشركة للتشريع والتنظيم المعمول بهما أو مخالفتها لقوانينها الأساسية، أو بسبب تطبيق الشركة بصفة متمعدمة زيادات أو تخفيضات، غير منصوص عليها في التعريفات المبلغة إلى إدارة الرقابة - وهما الحالتان رقم 1 و 3 الواردتان أعلاه ضمن المادة 220- فإنّ إجراء سحب الاعتماد يعتبر عقوبة تأديبية.

أما إذا تم سحب الاعتماد بسبب حالة التوقف عن النشاط وحالات الحل والتسوية القضائية والإفلاس، أو بسبب عدم ممارسة الشركة لنشاطها لمدة سنة واحدة (1) ابتداء من تاريخ تبليغ الاعتماد، أو في حالة توقفها عن اكتتاب عقود التأمين لمدة سنة واحدة (1)، أي في ظل انقطاع العلاقة السابقة بين شركة التأمين وهيئة الرقابة، فإنّ سحب الاعتماد يشكّل عقوبة أو إجراء إداري يدخل في اختصاص الوزير المكلف بالمالية.

وقد كرّس المشرع الفرنسي هذا التمييز بين حالة سحب الاعتماد المخولة للجنة مراقبة التأمينات باعتبارها تقرره كعقوبة تأديبية، وبين سحب الاعتماد باعتباره عقوبة إدارية مخولة للوزير⁽³⁶⁾.

ولقد سبق وأن ثار إشكال حول التمييز بين سحب الاعتماد باعتباره يدخل في الاختصاص القومي الذي تمارسه اللجنة المصرفية، أو اعتباره جزاء بوليسي يمارسه مجلس النقد والقرض، وقد فصل مجلس الدولة الفرنسي في هذا الإشكال، حينما تطرق إلى سلطة العقاب التي تتمتع بها لجنة عمليات البورصة (COB) التي تعتبر سلطة بوليس وقمع في آن واحد، وحول تكييف هذه العقوبات، نجد أنّ سلطة الضبط تسحب الاعتماد كإجراء بوليسي حينما لا تتوفر الشركة على الشروط التي منح على

أساسها الاعتماد، أو أنّ الاعتماد لم يستغل لمدة اثنتا عشر (12) شهرا، أو في حالة التوقف عن النشاط لمدة ستة (06) أشهر، أو حينما تكون متابعة النشاط من شأنه أن يمس بمصالح المستثمرين⁽³⁷⁾، أما الحالات الأخرى لسحب الاعتماد فتدخل في نطاق العقوبات التأديبية.

الفرع الثاني/التحويل التلقائي لكل أو جزء من محفظة عقود التأمين

الأصل في تحويل محفظة عقود التأمين أن يكون اختياريا، أي بناء على طلب شركات التأمين، حيث يمكن لشركات التأمين تحويل محفظة عقودها كليا أو جزئيا مع حقوقها والتزاماتها لشركة أو لعدة شركات تأمين معتمدة⁽³⁸⁾، وبما أنّ تحويل كل أو جزء من محفظة عقود التأمين يجعل مجموع المؤمنين لهم مرتبطين _ في عقودهم المحوّلة _ مع شركة تأمين غير تلك الشركة التي تعاقدوا معها في الأصل⁽³⁹⁾، فقد أخضع المشرع هذا الإجراء للموافقة المسبقة للجنة الإشراف على التأمينات⁽⁴⁰⁾.

لكن يصبح تحويل محفظة عقود التأمين عقوبة، إذا تم فرضه على شركة التأمين من قبل سلطة الرقابة، وهو ما يطلق عليه بالتحويل التلقائي⁽⁴¹⁾، ويتخذ هذا الإجراء في حالة ما إذا تضح أنّ الوضعية المالية للشركة غير كافية للوفاء بالتزاماتها، فلحماية حقوق المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين يتم اللجوء إلى التحويل التلقائي لكل أو جزء من محفظة عقود التأمين حسب الحالة، إلى شركة تأمين أخرى.

و بما أنّ السهر على يسار شركات التأمين يدخل في إطار صلاحيات لجنة الإشراف على التأمينات، بهدف حماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين⁽⁴²⁾، فإنه من المنطقي أن تخول صلاحية تقرير عقوبة التحويل التلقائي لمحفظة العقود، للجنة الإشراف على التأمينات، كما هو وارد في القانون الفرنسي الذي خوّل صلاحية تقرير التحويل التلقائي لكل أو لجزء من محفظة عقود التأمين للجنة مراقبة التأمينات.

لكن بالرجوع إلى قانون التأمين الجزائري، نجد أنّ المشرع قد خوّل للوزير المكلف بالمالية صلاحية تقرير عقوبة التحويل التلقائي لكل أو جزء من محفظة عقود التأمين، فلجنة الإشراف على التأمينات في القانون الجزائري، إذا ما اكتشفت _ في إطار عمليات الرقابة التي تمارسها على يسار شركات التأمين _ أنّ شركة ما أصبحت غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها، تقوم باقتراح التحويل التلقائي لكل أو لجزء من محفظة عقود

التأمين لهذه الشركة على الوزير المكلف بالمالية، الذي له سلطة تقرير هذه العقوبة بعد أخذ رأي المجلس الوطني للتأمينات.

فعلى الرغم من أنّ لجنة الإشراف على التأمينات هي السلطة المكلفة بالرقابة على مدى يسار شركات التأمين بهدف حماية المؤمن لهم والمستفيدين من عقد التأمين، إلا أنّ التدابير العقابية المترتبة عن هذه الرقابة، والمتمثلة في التحويل التلقائي لمحفظه عقود التأمين لا تزال من الصلاحيات المخوّلة للوزير المكلف بالمالية وليس للجنة الإشراف على التأمينات سوى صلاحية اقتراحها عليه.

خاتمة

في نهاية بحثنا هذا نخلص إلى أنّ خصوصية ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، تبرز أولا من خلال إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات كهيئة رقابة على القطاع دون تقديم أي تكييف قانوني لها. كما تبرز كذلك من خلال توزيع الصلاحيات الضبط ما بين الإدارة التقليدية، ممثلة في الوزير المكلف بالمالية ولجنة الإشراف بالتأمينات، توزيعا غير متساوي.

حيث تم تخويل صلاحيات الرقابة السابقة على دخول السوق المتمثلة في سلطة منح الاعتماد، وكذا سلطة توقيع أخطر العقوبات التأديبية، للوزير المكلف بالمالية، في حين لم يتبق للجنة الإشراف على التأمينات سوى ممارسة الرقابة اللاحقة لدخول السوق وكذا صلاحية تقرير بعض العقوبات التأديبية والمالية التي لا ترقى إلى نفس درجة العقوبات المقررة من قبل الوزير.

وإذا كان توزيع سلطة الرقابة على نشاط التأمين بين الوزير ولجنة الإشراف على التأمينات، عن طريق تخويل سلطة الرقابة السابقة للوزير المكلف بالمالية وسلطة الرقابة اللاحقة للجنة الإشراف على التأمينات، يفسر بالنقل لنصوص قانون التأمين الفرنسي الصادر سنة 1989، الذي تم بموجبه إنشاء لجنة رقابة على التأمينات الفرنسية كسلطة للرقابة على نشاط التأمين إلى جانب وزير المالية والاقتصاد.

إلا أنّ توزيع سلطة تقرير العقوبات التأديبية بين هتين السلطتين_ الوزير المكلف بالمالية ولجنة الإشراف على التأمينات_ لا يمكن إعطاؤه نفس التبرير، على أساس أنّ المشرع الفرنسي لم يخول سلطة تقرير العقوبات التأديبية في مجال ضبط قطاع التأمين سوى للجنة الرقابة على التأمينات، أما الوزير المكلف بالمالية فلم تخوّل له صلاحية تقرير أي عقوبة تأديبية في هذا المجال.

إنّ نقل المشرع لبعض أحكام التشريع الفرنسي لتكريسها في القانون الجزائري وتغاضيه عن الأحكام الأخرى، على الرغم من انتمائها لنفس التشريع الذي ينظم نفس المجال، يمثل ظاهرة شائعة في المنظومة القانونية، تدعى ظاهرة النقل الإنتقائي⁽⁴³⁾ لنصوص القانون الفرنسي.

وقد تسبب اعتماد المشرع الجزائري على النقل الإنتقائي لنصوص القانون الفرنسي، في وضعه وتعديله لنصوص القانون الجزائري بصفة عامة ونصوص قانون التأمين بصفة خاصة، في عدم فعالية هذه النصوص في تأطير القطاع المعني، وهو ما يعكس عدم قدرة الدولة على ضبط قطاع التأمين على الرغم من التعديلات المتتالية لقانون التأمين، والتي بلغ عددها منذ سنة 2006 إلى غاية سنة 2014 ستة (06) تعديلات، أي بمعدل أكثر من تعديل واحد كل سنتين، وعلى الرغم من ذلك لا يزال تدهور نشاط التأمين في الجزائر مستمرا، في ظل غياب رقابة فعّالة للدولة عليه.

في حين كان يجب على المشرع عند وضعه للقواعد المنظمة لضبط قطاع التأمين، الاعتماد على معطيات وأسس دقيقة مبنية على واقع سوق التأمينات في الجزائر، وليس الارتكاز على نصوص قانونية لبلدان أخرى يختلف واقع سوق التأمينات فيها عن ما هو عليه واقع سوقنا الوطنية.

الهوامش:

(1) أمر رقم 07-95 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 صادر في 8 مارس سنة 1995.

(معدل ومتمم)

(2) أمر رقم 127-66 مؤرخ في 27 مايو سنة 1966، يتضمن احتكار الدولة لعمليات التأمين، ج ر عدد 43، صادر في

31 مايو سنة 1966. (ملغى)

(3) انظر المادة 209 من الأمر رقم 07-95، المتعلق بالتأمينات.

- (4) دراسة مشروع القانون المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المؤرخ في 15 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية الثامنة، الجلستان العلنيتان المنعقدتان يوم الأربعاء 04 يناير 2006، الجريدة الرسمية للمداولات، عدد 182، صادر في 23 يناير سنة 2006، ص 06.
- (5) في قطاع البورصة تم تحويل لجنة تنظيم ومراقبة أعمال البورصة لصلاحيات هامة في إطار ضبط نشاط البورصة، كذلك الأمر بالنسبة للجنة المصرفية ومجلس النقد والقرض.
- (6) أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 صادر في 8 مارس سنة 1995، معدل ومتمم بموجب: القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، ج ر عدد 15 صادر في 12 مارس 2006، والقانون 06-24 المؤرخ في 26 ديسمبر 2006 المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج ر عدد 85 صادر في 27 ديسمبر 2006 والأمر رقم 08-02 المؤرخ في 24 جويلية 2008 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، ج ر عدد 42 صادر في 27 يوليو 2008، والأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 غشت 2010 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر عدد 49 صادر في 29 غشت 2010، والقانون رقم 11-11 المؤرخ في 18 يوليو 2011 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40 صادر في 20 يوليو 2011، و القانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68 صادر في 31 ديسمبر سنة 2013.
- (7) تنص المادة 274 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم على أنه : "... يحدث جهاز استشاري يدعى المجلس الوطني للتأمينات يرأسه الوزير المكلف بالمالية..."
- (8) أمر رقم 95-07، يتعلق بالتأمينات (معدل ومتمم)، مرجع سابق.
- (9) المادة 210 من الأمر رقم 95-07، نفس المرجع.
- (10) المادة 210، نفس المرجع.
- (11) DIB Saïd, La nature juridique du contrôle juridictionnel des actes de la commission bancaire en Algérie, Revue banque et droit, n°80, Novembre-Décembre 2001. p. 21.
- (12) DECOOPMAN Nicole, Peut-on clarifier le désordre ?, In DECOOPMAN Nicole S/dir, Le désordre des autorités administratives indépendantes : L'exemple du secteur économique et financier, Collection Ceprisca, Paris, 2002, p.32.
- (13) يتعلق الأمر بكل من سلطة ضبط المياه، لجنة ضبط البريد والمواصلات، وكالتي تنظم الأعمال المنجمية، لجنة ضبط الكهرباء والغاز ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها.
- (14) ZOUAIMIA Rachid, Le statut juridique de la commission de supervision des assurances, Revue Idara, volume 16, N°31/2006 p. 12.
- (15) مرسوم تنفيذي رقم 09-257 مؤرخ في 11 غشت 2009، يحدد تشكيل الجهاز المتخصص في مجال تعريفة التأمينات وتنظيمه وسيره، ج ر عدد 47 صادر في 16 غشت 2009.
- (16) انظر المادة 209 مكرر 3 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات.
- (17) مرسوم تنفيذي رقم 07-364 مؤرخ في 28 نوفمبر 2007 يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية، ج ر عدد 75 صادر في 02 ديسمبر 2007.
- (18) قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل ومتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات.
- (19) أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52 صادر في 27 غشت سنة 2003.
- (20) مرسوم تشريعي رقم 93-10 مؤرخ في 23 مايو سنة 1993، يتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج ر عدد 34، صادر في 23 مايو سنة 1993. (معدل ومتمم)

(21) قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 5 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، ج.ر عدد 48، صادر في 06 غشت سنة 2000.

(22) قانون رقم 01-02 مؤرخ في 5 فبراير سنة 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08، صادر في 6 فبراير سنة 2002.

(23) قانون رقم 07-05 مؤرخ في 28 أبريل سنة 2005 يتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، صادر في 19 يوليو سنة 2005. (معدل ومتمم)

(24) أوباية مليكة، اختصاص منح الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة بجاية، قاعة المحاضرات ابودا أيام 23 و24 مايو 2007، ص 198 .

(25) انظر المادة 204 من الأمر رقم 07-95، المتعلق بالتأمينات.

(26) انظر المادة 204 مكرر 2، نفس المرجع.

(27) انظر المادة 204 مكرر 3، نفس المرجع.

(28) المادة 94 من الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض.

(29) Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, J.O.R.F. du 3 janvier 1990.

(30) « Une lecture plus attentive de la loi du 31 décembre 1989 révèle que là ne s'arrêtent pas les pouvoirs de la commission de contrôle.

Trois observations permettent de faire le point :

- en premier lieu, le Ministre de l'économie et des finances ce que l'on peut appeler les pouvoirs de contrôle a priori : transferts de portefeuilles de contrats souscrits en libre prestation de services (articles L.351.10 à 13), délivrance et éventuel retrait des agréments (articles L.321-2-1 et 325-1) ;

- en seconde lieu, la C.C.A. peut seulement tirer les conséquences d'un retrait d'agrément ... »

Voir MOREAU Jacques, Les autorités administratives indépendantes dans le domaine des assurances, R.G.A.T, tome 61/1990 n°1, p.16.

(31) انظر الفقرة الثانية من المادة 241 من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات.

(32) « Le retrait d'agrément est un mode de liquidation spécifique organisé en vue de préserver les assurés contre les conséquences désastreuses d'une faillite de droit commun, sanction très grave pour les salariés de l'entreprise et les assurés » voir : BELLANDO Jean-Louis, La réglementation et le contrôle de l'assurance au niveau mondial, Encyclopédie de l'assurance, ECONOMICA, Paris, p.256.

(33) انظر المادة 221 من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات.

(34) الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات.

(35) المادة 233: في مجال التأمينات الإلزامية، تحدد إدارة الرقابة التعريفية أو المقاييس الخاصة بها باقتراح من الجهاز

المتخصص في ميدان التعريفية بعد إبداء رأي المجلس الوطني للتأمينات.

(36) BIGOT Jean, Traité de droit des assurances, tome 1, entreprises et organismes d'assurances, 2ém édition DELTA, L.G.D.J, Paris, 2000, p.480.

(37) عبديش ليلة. اختصاص منح الإعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون،

فرع تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 28 أكتوبر 2010، ص 50.

(38) انظر الفقرة الأولى من المادة 229 من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات.

(39) STELLA Bakas-Tsirimonaki, Assurances et pouvoirs publics : droit français et perspectives européennes éditions Sirey, Paris, 1983.p. 223.

(40) تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 113-08 المؤرخ في 9 أبريل سنة 2008، الموضح لمهام لجنة الإشراف

على التأمينات، ج ر عدد 20 صادر في 13 أبريل سنة 2008، على أنه: " توافق لجنة الإشراف على التأمينات، بمقرر

من رئيسها، على كل طلب تحويل جزئي أو كلي لمحفضة عقود شركة تأمين أو فرع شركة تأمين أجنبية إلى شركة أو مجموعة شركات تأمين معتمدة بحقوقها والتزاماتها".

⁽⁴¹⁾ O.E.C.D, Aspects fondamentaux des assurances n° 4 : Evaluation de la solvabilité des compagnies d'assurance Publishing, 2003, p. 144.

⁽⁴²⁾ انظر المادة 209 من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات.

⁽⁴³⁾ à propos du mimétisme en matière des A.A.I, voir ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, édition HOUMA, Alger, 2005, p.17.

فعالية الحق في الدفاع ودورها في تكريس المحاكمة العادلة *

BENDAOUH Hocine, M.A «A»
Faculté de Droit et des Sciences Politiques ,
Université de Bordj Bou Arreridj.

بن داود حسين، أستاذ مساعد "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة برج بوعريج.

الملخص:

يعدّ الحق في الدفاع أصلاً من أصول التقاضي، وسمه من سمات القانون الإجرائي، غايته تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية للخصوم أمام القاضي، وأساسه القانوني المباشر يتمثل في مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ حسن سير العدالة، إذ لا يمكن أن تتحقق العدالة دون مراعاة تلك الحقوق وممارستها بصدق وإخلاص أمام قضاء محايد، لذا يرى البعض أنّ هذا الحق يشمل كافة الضمانات الأساسية المكفولة للمتهم لحماية مصالحه، بدءاً برفع الدعوى إلى غاية الحكم فيها. وينقسم هذا الحق إلى حقوق دفاع أساسية (كالحق في الدفع، والحق في الإثبات، والحق في المرافعة)، وحقوق دفاع مساعدة (كالحق في الأجل والحق في الاطلاع، والحق في الحضور والحق في الدفاع الشخصي والاستعانة بمحام).

يبدو مما سبق أنّ هذا الحق يكتسي أهمية كبيرة، باعتباره نواة صلبة للحق في محاكمة عادلة وأداة لضمان حسن سير العدالة. تقتضي بيان مفهومه وإبراز أهميته، وتحديد مضمونه وبيان الحقوق التي تشكّله، ومقتضيات فعاليته لتكريس المحاكمة العادلة. وهو ما تهدف هذه الدراسة لتحقيقه.

الكلمات الدالة:

محاكمة، الحق في المرافعة، الحق في الحضور، الحق في الاستعانة بمحامي.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/12/07 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/10/05 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

L'efficacité du droit de la défense dans l'équité des procès

Résumé:

Préalablement, le droit à la défense constitue l'une des règles juridictionnelles et l'un des aspects de la procédure dont le but est de réaliser l'égalité entre les justiciables devant les juridictions et assurer le bon fonctionnement de la justice.

La justice ne peut se déterminer sans le respect des droits à la défense et leur exercice dans un climat serein allant à la rencontre d'une justice neutre et intègre.

Ces pratiques sont le gage de la garantie accordé au justiciable pour la protection de ses droits dès l'introduction de l'instance judiciaire jusqu'à son activation, en usant d'un arsenal de règles comme les exceptions de procédure, les moyens de preuves, et surtout l'assistance d'un avocat.

Il apparaît ainsi, que le droit à la défense est considéré, aussi bien par les législations algériennes que les législations mondiales comme étant l'élément sacré qui garantit au justiciable une application rigoureuse des lois afin d'aboutir à une bonne administration de la justice.

Le respect des règles de procédures, la garantie des droits à la défense, la protection du justiciable sont les fondements d'une justice impartiale.

Mots clés:

Procès, droit à la plaidoirie, droit de comparaitre, droit de constituer un avocat.

The effectiveness of the right of defense and its effect on fair trials

Abstract:

The right to defense constitutes one of the jurisdictional rules and one of the aspects of the procedure law, the purpose of which is to ensure equality between the parties in front of the courts and ensure the good functioning of justice.

Justice cannot be determined without respect for the rights of defense and their exercise in a calm atmosphere claiming the neutrality and integrity of justice.

The writers say this right must be own all These practices are the guarantee granted to the defendant for the protection of rights from the introduction of the judicial action to its achievement, using a set of rules such as procedural objections, evidence means and especially the assistance of a lawyer.

It thus appears that the right to defense is considered by both Algerian and world legislations against the sacred element that guarantees the litigant with strict application of laws in order to ensure a good administration of justice.

The respect of procedural rules, the guarantee of defense rights, and the protection of the defendant are the foundations of impartial justice.

Key words:

Trial, the right to plead, the right to audience, the right to lawyer assistance.

مقدمة

إنّ الحق في الدفاع هو ضمانة رئيسية لحسن أداء العمل القضائي، وأصل من أصول التقاضي مقرر لصالح كل من المدعي والمدعى عليه سواء بسواء، حيث يتيح لكل

منهما تقديم الأسانيد المثبتة لدعواه أو دفعه، أو التي تدحض أدلة خصمه الموجهة ضده من خلال استعمال حق كل منهما في الدفع والإثبات والمرافعة. فليس هناك من هو أقدر من الخصوم على تزويد القاضي بوسائل اكتشاف حقيقة الدعوى.

كما أنّ الحق في الدفاع، يُعدُّ أئمن الحقوق التي نصّت عليها الدساتير والتشريعات، كونه الضامن والحامي لكافة الحقوق الأخرى المقررة لصالح الإنسان، وإبرازاً لأهمية هذا الحق لم يترك أمره للقوانين العادية لكي تُنظّم أحكامه، وإنّما نصّ عليه الدستور صراحة. ولا شك أنّ إنكار ضمانات الدفاع أو فرض قيود تحدّ منها، إنّما يخل بالقواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة العادلة، والتي تعكس نظاماً متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، من خلال عدالة حقيقية عصرية. فما مدى مساهمة الحق في الدفاع في ضمان تكريس محاكمة عادلة؟

المطلب الأول/ مفهوم الحق في الدفاع

إذا كان حق الدفاع من وجهة نظر القانون شكلاً من الأشكال الإجرائية، فإنّه لا ينبغي النظر إليه كشكل إجرائي محض، لأنّه بحكم سيادته على كل خصومة أمام القضاء يصبح عنصراً من عناصر القانون، وإن لم يتم النص عليه بشكل حرفي نظراً لكونه أمراً لازماً لحسن سير العدالة؛ وسنعرض فيما يلي مفهوم الحق في الدفاع وأساسه القانوني (أولاً)، ثم نتطرق لمضمون حق الدفاع وأهميته (ثانياً).

أولاً/ مفهوم الحق في الدفاع وأساسه القانوني

يرى البعض أنّ الدفاع القضائي يستند إلى معيار موضوعي يقصد به أنّ كلمة "Défense" تعني رد اعتداء فحسب، ومعيار إجرائي ومفاده مواجهة اعتداء، مع الاستعانة بالقضاء أمام شخص ينكر على خصمه أحقيته في الدفاع، ويرى البعض أنّ معيار حق الدفاع هو خشية المساس بمصلحة محمية قانوناً، فعندما تصل تلك الخشية لدرجة الاعتداء الفعلي تثبت حقوق الدفاع لصاحب المصلحة القانونية التي تم الاعتداء عليها.

تحديد مفهوم حق الدفاع مسألة حسّاسة طالما أنّ المفهوم ثري وغامض في الوقت نفسه، فمصطلح "دفاع" يفترض "هجوم" ومصطلح "حقوق" يقترح حماية ضدّ هذا الهجوم، دفاع كل متهم ضد الدولة (المجتمع في الميدان الجنائي) ودفاع المدعى عليه ضد

خصمه في الميدان المدني، ونظرا لعدم اتفاق الفقه القانوني الإجرائي على مضمون الحقوق التي تشكّل حق الدفاع تعددت التعريفات الفقهية له.

1/تعريف حق الدفاع :

تمّ تعريف هذا الحق بأنّه حق طبيعي وذلك انطلاقا من أنّ أيّ شخص لا يمكن أن يدان دون أن تُسمع دعواه، ويتم تنبيهه إلى حقه في الدفاع عن نفسه، ويتجسّد ذلك من خلال الالتزام الذي يقع على عاتق الخصم بتبليغ خصمه سواء تعلّق الأمر بالقضايا المدنية أم الجزائية، وأن يمكّنه من المثلول أمام المحكمة ويتحلّى بالأمانة في تصرفاته، وينبغي لتوضيح مفهوم هذا الحق أن نعرض مفهومه الواسع ومفهومه الضيق:

1/المفهوم الواسع لحقوق الدفاع : إنّ حقوق الدفاع تشمل كافة الضمانات الأساسية المكفولة للمتقاضين لحماية مصالحهم، وتبدأ منذ رفع الدعوى وتستمر حتى الحكم فيها⁽²⁾. فضلا عن ضرورة علنية الجلسات، وفكرة ألا يكون الشخص خصما وحكما، أي أنّ حقوق الدفاع تشمل كافة الحقوق التي تضمن قيام عدالة حقيقية عصرية⁽²⁾.

2/المفهوم الضيق لحقوق الدفاع : يرى بعض ممن انتقدوا المفهوم الواسع لحق الدفاع أنّ هذا الأخير يخلط بين ضمانات الدفاع وحقوق الدفاع⁽³⁾، لذا فإنّ حق الدفاع حسب رأيهم يقتصر على تلك الحقوق التي تمارس أثناء الخصومة، وتنقسم إلى حقوق دفاع أساسية(كالحق في الدفع، والحق في الإثبات، والحق في المرافعة)، وحقوق دفاع مساعدة(كالحق في الأجل والحق في الاطلاع، والحق في الحضور والحق في الدفاع الشخصي والاستعانة بمحام).

من خلال ما سبق يمكن تعريف حق الدفاع بأنّه: "حق يكفل الحماية القانونية للمتقاضين، ويضمن لكل خصم التمتع بجميع الامتيازات، والضمانات القانونية التي تتيح له عرض وجهة نظره وحماية مصالحه بصدق وإخلاص أمام قضاء محايد"⁽⁴⁾.

II /الأساس القانوني للحق في الدفاع :

نصّ على الحق في الدفاع كل من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في مواده من 100 إلى 105، وكذا المادة 351 وبعض المواد المتفرقة منه، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد: 3، 10، 14، 16 و 22 وفي مواد أخرى متفرقة منه؛ وفي الجانب

النظري هناك نظريتان أساسيتان تفسران الأساس القانوني لحق الدفاع في نطاق الإجراءات المدنية والإدارية، وهما:

1/نظرية المبادئ القانونية العامة : إذا كان المشرع هو الذي يفرض التشريع ، فإن القاضي هو الذي يبت الروح في التشريع من خلال تطبيقه له، فإذا وجد القاضي نقصاً في التشريع فإنه يسدّ هذا النقص طبقاً لما تمليه عليه مقتضيات وظيفته، وعندما يطبّق القاضي القانون فإنه يُسبغ عليه بُعداً من ثقافته ودراسته، كي يجعل تطبيقه أكثر ملاءمة لخدمة الإنسان. ومن خلال هذا الدور الذي يقوم به القاضي في سدّ النقص في القانون أو في تطبيقه، يبدأ تولّد ما يسمى بالمبدأ القانوني العام، فالقاضي يركز أساساً في عمله على الوضعية القانونية، إلاّ أنه لا يتردّد في الخروج عن هاته الوضعية ويستمدّ العون من دائرة الدين والفلسفة والأخلاق كلما سنحت له الفرصة من أجل تكملة القانون وتطبيقه بشكل أفضل.

يكون حق الدفاع الذي يهدف إلى تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية بين الخصوم، أحد المبادئ القانونية العامة التي تتقرّر ولولم ينص عليه صراحة، لأنّه مبدأ لا غنى عنه في أيّ نظام تسوده فلسفة سياسية تقوم على العدالة والديمقراطية⁽⁵⁾.

2/نظرية حق الدفاع حق يقرّره القانون الطبيعي: ويبدأ أنصار هذا الاتجاه من نقطة أساسية هامة وهي أنّ حق الدفاع لا يجد أساسه في القانون الوضعي، بل في القانون الطبيعي غير المُدوّن، من خلال المبدأ المعروف " لا يكون الشخص خصماً وحكماً في الوقت نفسه " فالحق في الدفاع ينتهي إلى الشعور الإنساني قبل انتمائه إلى العلوم القانونية⁽⁶⁾.

إنّ مبادئ العدالة في وجدان الإنسان، بحيث يستطيع أن يميّز بفطرته السليمة بين ما هو إنصاف وعدل، وبين ما هو ظلم وجور. فهذا الحق مستقر في ضمير الإنسانية وسابق في وجوده على نشأة العلوم القانونية، حيث يهدف إلى تحقيق العدالة عن طريق المساواة بين المتقاضين. وبالرغم من عراققة حق الدفاع وقدمه إلاّ أنّ الاهتمام به لم يظهر في المجال الإجرائي إلاّ في القرن التاسع عشر، عندما قرّرت محكمة النقض الفرنسية في 1882/5/7 أنّ الدفاع حقّ طبيعي وأنّه لا يجوز الحكم بإدانة أيّ شخص دون الاستماع إلى دفاعه⁽⁷⁾.

فالحق في العدالة سابق على نشأة القوانين التي جاءت مُنظّمة له، لذلك فإنّه يجب احترامه ولو لم يوجد نص قانوني يوجب ذلك، لذلك لا بد من إعادة بعث فكرة القانون الطبيعي الذي يُكَمِّل القانون الوضعي ويعطي الحيوية لقواعده، إذ توجد مبادئ إجرائية تتولّد عنها حقوق إجرائية لا تجد أساسها في قانون وضعي مكتوب بل تجده في القانون الطبيعي، كقاعدة ألا يكون القاضي خصما وحكما.

أما الأساس القانوني المباشر لحق الدفاع فيتمثل في مبدئين أساسيين في النظام القانوني هما:

أ/مبدأ المساواة: ويعدُّ مبدأً دستورياً وعالمياً، والصورة الحاسمة لتطبيق هذا المبدأ لا تظهر إلا أمام القضاء، وبذلك يكون مبدأ المساواة بين الخصوم أساساً لحق الدفاع، بل أنّ الغاية من حقوق الدفاع هي تأكيد المساواة بين المتقاضين.

ب/مبدأ حسن سير العدالة: حقوق الدفاع ذات أهمية عظمى في الإجراءات القضائية، إذ لا يمكن أن تتحقق العدالة دون مراعاة تلك الحقوق، إذ تُعدّ الركيزة الأساسية للتقاضي في كل وقت، ومبدأ حسن سير العدالة يفرض على القاضي أن يستمع إلى رأي الخصمين حتى يتوصّل إلى الحقيقة بالمعيار القضائي⁽⁸⁾.

ثانياً/مضمون حق الدفاع والحقوق التي تشكّله:

إنّ قاعدة احترام حق الدفاع هي قاعدة قانونية بالمعنى الفني الدقيق، وقد استقر القضاء على أنّ مخالفتها يكون سبباً للطعن بالنقض في الحكم لمخالفة القانون. لذلك فالكثير من الدول تعترف بالطابع الدستوري لحقوق الدفاع ومدى اتساعها بالمقارنة مع مبدأ المناقشات القضائية، فالدفاع يمثّل بالنسبة لكل شخص حقاً أساسياً ذا طابع دستوري. واحترام حق الخصم في الدفاع يتمّ من خلال الحقوق التي تشكّل مادة الدفاع والمتمثلة فيما يلي:

1- الحق في الدفع:

لا يتسنى للخصم استخدام حقه في الدفاع إلا من خلال استخدامه لحقه في الردّ على دعوى خصمه، والدفع أهم وسائل الردّ، والتي تمكّن الخصم من التخلّص من الدعوى، فكلمة "دفاع" تعني مجموعة الوسائل الدفاعية والهجومية التي يقدمها الخصوم لتأييد وجهة نظرهم في الخصومة القضائية، وقد تتّصل هذه الوسائل بالواقع

وقد تتّصل بالقانون، وأحياناً أخرى تطلق كلمة دفاع على الوسائل التي يرد بها المدعى عليه على المدعي في الدعوى، ويتم ممارسة حقّ الدفاع من خلال تقديم الدفوع، والدفعة هو: "كل ما يخوله القانون للخصم من وسائل في الخصومة لمناقشة ما يقدمه خصمه من دفاع والمساهمة في تكوين الرأي القضائي وإصدار الحكم لصالحه". وهو الوسيلة التي تحقّق التوازن والمساواة بين المدعي والمدعى عليه، وهو من الحقوق الإيجابية التي يستعملها الخصم للردّ على خصمه⁽⁹⁾.

اعتمد التنظيم الإجرائي للخصومة مجموعة من القواعد التي تمكّن الخصم من استخدامه للحق في الدفع، من أهمها:

- الحق في الاعتراض على ما يتخذه الخصم من إجراءات تتعلّق بشكل الطلب القضائي أو بإجراء من إجراءات الخصومة، كالدفوع الشكلية التي نصّت عليها المادتان 49 و50 من ق.إ.م.إ.⁽¹⁰⁾ أو ما يقدمه من دفوع أو طلبات تتعلّق بالحق المدعى به، كالدفوع الموضوعية التي نصّت عليها المادة 48 من القانون ذاته⁽¹¹⁾. كما يمكنه التمسك بالدفوع المتعلقة بحق الخصم في استعمال الدعوى كالدفع بعدم القبول⁽¹²⁾.

2- الحق في الطلب القضائي:

وهو بالمعنى الواسع عبارة عن إعلان أحد الخصوم رغبته أمام المحكمة بغية الحكم لصالحه، وقد يكون هذا الطلب موضوعياً أو إجرائياً، غير أنّ الطلب القضائي بالمعنى الدقيق عبارة عن طلب حماية قضائية لحق أو مركز قانوني للخصم في مواجهة خصمه. فالنزاع ليس مجرد ادعاء متنازع فيه، ولكنّه في الواقع ادعاءات يقف كل ادعاء في مواجهة الآخر، لذا فإنّ القانون الحديث وحتى يتيسّر للخصم استخدام حقه في الدفاع، يسمح له بالاطلاع على كل ما يقدّم في الخصومة من أوراق ومستندات، كي يتحقّق علمه بها ويتمكّن من الردّ عليها⁽¹³⁾.

3- الحق في الإثبات:

إذا كان الدليل هو وسيلة لإقناع الذهن بحقيقة من الحقائق والتّسليم بأمر من الأمور، فإنّ الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية بالطرق التي حدّدها القانون، وهو سلاح الخصم في تأييد دعواه وإظهار حقه، فالقاضي لا يستطيع الفصل في القضايا المعروضة أمامه إلاّ من خلال خصمين يدعي كل منهما

الحق لنفسه وينفيه عن غيره، من خلال الإثبات الذي يكون سند القاضي في حكمه. والإثبات هو المعيار في التمييز بين الحق والباطل، وهو الحاجز أمام الأقوال الكاذبة والدعاوى الباطلة. والإثبات ذو شقين: الأول هو قيام الخصم المكلف بالإثبات بتقديم الدليل والثاني استنتاج القاضي اقتناعه من هذا الدليل⁽¹⁴⁾. فالإثبات من أهم وسائل الدفاع، وهو حق إجرائي مضمونه نشاط إيجابي يقوم به الخصم (سواء كان مُدعياً أو مُدعىً عليه) أثناء نظر الخصومة قصد الإقناع بصدق الواقعة التي يدعيها، ودونه لا يكون للدفاع قيمة أو فائدة عملية، ولضمان تلك الفعالية فرض القانون على الخصوم كشف الحقيقة خلال ميعاد معين⁽¹⁵⁾.

4- منح فرصة للخصم للاطلاع على الأوراق والمستندات ومناقشة وسائل الدفاع:

يعدُّ الاطلاع وسيلةً لإعلام الخصم، وإعداد دفاعه بما يوجب على القاضي منح فرصة للخصم للاطلاع على كافة المستندات والأوراق التي تُقدّم في القضية، حتى يتمكن من مناقشتها ومقارعة ما جاء فيها إذا دعت الحاجة إلى ذلك، فأية وثيقة أو واقعة يعرضها الخصم أو أي دليل يُقدّمه في الدعوى يجب أن يُعرض على جميع الخصوم لمناقشته، وابداء رأيهم فيه، حتى يستطيع القاضي الأخذ به لتكوين رأيه، واحترام حقوق الدفاع لا يقتضي المناقشة الفعلية، وإنما يكفي لذلك أن يكون الخصم قد سُمح له بذلك. فالحق في الإثبات في جوانبه المرتبطة بالقضايا الجزائية يتطلب منح المهتم الحق في استجواب شهود الإثبات وشهود النفي⁽¹⁶⁾.

5- تعطيل سير الخصومة لعارض يمنع الخصم من الدفاع:

إذا ألمّ بالخصم عارض يؤثر على قدرته في القيام بالإجراءات أو الدفاع فيها، كالوفاة أو فقد الأهلية الإجرائية أو زوال صفة النائب لأحد الخصوم، فإنّ الخصومة يجب أن تتوقف بقوة القانون، حتى يتم معالجة هذا العيب؛ كما أنّ هذا العنصر يقتضي التزام المحكمة بالتأكد من صحّة إعلان الخصم الغائب، وإلاّ فإنّ المحكمة تؤجّل الدعوى لجلسة أخرى قصد التّحقق من إعلانه، وتجنّب جهالته بوجود الخصومة، وغياب الخصم لا يعدّ تسليمًا بطلبات خصمه أو إقرارًا بها، كما أنّ غياب الخصم لا يغيّر من عبء الإثبات بنقله إلى الخصم الغائب⁽¹⁷⁾.

6- مبدأ حصانة الجلسة:

من المبادئ المسلّم بها عالمياً حصانة الجلسة "l'immunité de l'audience"، ويعني هذا المبدأ أنّ المتهم بإمكانه أن يدافع عن نفسه وأن يقول ما يشاء ويذكر ما يشاء دون أن يُتّاع، لكون أقواله وتصريحاته بالجلسة تتعلق بحقوق الدفاع الراسخة والتي لا تتحقّق العدالة دونها، والاستثناء الوحيد الذي يمكن أن يتابع عليه المتهم هو إهانة المحكمة، وهذا المبدأ لا يقبل أي استثناء، وذلك حتى لا يتابع المحامي عن مرافعاته، ووكيل الجمهورية عن طلباته، ورئيس المحكمة عن بعض ملاحظاته⁽¹⁸⁾.

7- استجواب الخصوم:

الإجراءات التي تضمنتها المواد من 100 إلى 105 من ق.ا.م.ا شبيهة إلى حدّ بعيد لما هو معمول به أمام القضاء الجزائي وفقاً لأحكام ق.إ.ج، من حيث سماع الأطراف بصورة فردية أو جماعية مع إمكانية المواجهة ومنح الخصوم والمحامين بعد انتهاء الاستجواب فرصة طرح الأسئلة بواسطة القاضي. إذ تنص المادة 100 على أنّ القاضي يستجوب الخصوم معاً ما لم تتطلب ظروف القضية استجوابهم بصفة انفرادية (كأن تتطلب الظروف استجوابه على الفور)، مع حفظ حق الطرف المتغيّب في الاطلاع على تصريحات الطرف المسموع، ولا يحول غياب أحد الخصوم سماع من حضر منهم، ويمكن المواجهة بينهم إذا طلب أحدهم ذلك. وحسب المادة 101 ق.ا.م.ا، يمكن استجواب الخصوم بحضور خير ومواجهتهم بالشهود بطلب منهم، وتجزئ المادة 104 من القانون نفسه للخصوم والمحامين بعد انتهاء الاستجواب، طرح الأسئلة بواسطة القاضي، وتقضي المادة 102 من ق.ا.م.ا بإلزام الخصوم بالردّ بأنفسهم على الأسئلة المطروحة عليهم دون قراءة لأيّ نص مكتوب قد يكون حُضِر مسبقاً.

المطلب الثاني/مقتضيات فعالية الحق في الدفاع لتكريس المحاكمة العادلة

الحق في الدفاع يُعدّ من أثنى الحقوق التي تمخّضت عن تقدم الحضارة القانونية للبشر ونصّت عليها الدساتير والتشريعات، كونه الضامن والحامي لكافة الحقوق الأخرى المقرّرة لصالح الإنسان، وإبرازاً لأهميّة هذا الحق لم يترك أمره للقوانين العادية لكي تُنظّم أحكامه، وإنّما نصّ عليه الدستور صراحة⁽¹⁹⁾. لا شك أنّ إنكار ضمانات حق الدفاع أو فرض قيود تحدّ منها إنّما يخلّ بالقواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة

العادلة، والتي تعكس نظامًا متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يُخرجها عن أهدافها⁽²⁰⁾. واحترام حقوق الدفاع يمثل إحدى الجوانب الأساسية⁽²¹⁾ للحق في محاكمة عادلة⁽²²⁾.

وأهمية الحق في الدفاع يستمدّها من خصائصه باعتباره:

أ-يعدّ من النظام العام : إذا كانت الدولة ملزمة بإقامة العدالة، فإنّ حقوق الدفاع هي الطريق لتحقيق هذه العدالة، وشرطا لازما لها، لذا فهذه الحقوق تعدّ من النظام العام.

ب-حقوق الدفاع ذات طابع عام: استقرّ الفقه على أنّ حقوق الدفاع ذات طابع عام يستفيد منها كل من له مصلحة فيها من الخصوم، وليس المدعى عليه فقط.

ج- حقوق الدفاع ذات طابع مستقر: فهي أصيلة ومستقرّة تمتد لكافة المحاكم على المستوى الأفقي والعمودي، ولا يقيدّها سوى وجود نص قانوني.

د-حقوق الدفاع ذات قيمة دستورية ودولية: فمعظم دساتير العالم تكفل هذا الحق، كما نصّت عليه الإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية كالمادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة 1/6 من إ.أ.و.ح.!

سندرس في هذه النقطة مقتضيات الحق في الدفاع والحقوق المتعلقة بعرض

مادته (أولا)، ثم نعرض الهدف من الحق في الدفاع وضمنان فعاليته (ثانيا).

أولا/مقتضيات الحق في الدفاع والحقوق المتعلقة بعرض مادته

أ/مقتضيات الحق في الدفاع: إنّ تكريس الحق في الدفاع والقول بضرورة منح الخصم حرية إبداء أوجه دفاعه، يجب ألاّ يُفهم بأن يُترك الخصم يمارس هذه الحرية دون قيد أو شرط، إذ للقاضي دور ايجابي في الخصومة بمقتضاه يُنظّم سيرها حتى لا تتفرّع دون مبرر ويُعطّل الفصل فيها، مع ضرورة الحدّ من إساءة استعمال النية لهذه الحرية، لذلك يجب وضع مقتضيات أو حدود لممارسة حرية الدفاع، وتتمثّل تلك الحدود في ضرورة أن يكون الدفاع جائزا قانونا⁽²³⁾، وأن يكون جوهريا وجديا⁽²⁴⁾ وأن يُراعى الشّكل الواجب قانونا لممارسته⁽²⁵⁾. من مقتضيات الحق في الدفاع بالنسبة للخصوم التزامهم بالإعلام بقيام الخصومة، والاهتمام بشكل خاص بإعلان من لا موطن له في الداخل أو

الخارج، أو له موطن في الخارج، والالتزام بإعطاء الفرصة للخصم للحضور أمام القضاء، والالتزام باحترام حدّ الأمانة أثناء الخصومة باعتباره واجبا أخلاقيا وقانونيا، من خلال نص القانون على إلزام الخصم بتقديم ورقة أو مستند تحت يده، أو النص على إجازة التماس إعادة النظر إذا اكتشف الخصم أوراقا قاطعة كان خصمه قد احتجزها مثلا، فهذه النصوص تُعدّ إجبارًا على الأمانة، فضلا عن أنّ تطور وسائل الإثبات والبحث عن الحقيقة الموضوعية قدر الإمكان هو دعم للالتزام بالأمانة، كما أنّ هناك وجهًا آخرًا للأمانة وهو مقاومة الغش الإجرائي "fraude procédurale" وبناء على ذلك لا يصحّ الحكم بناءً على مستند حصل عليه الخصم بالغش أو الخديعة، أو بناءً على أوراق لم يعلم بها الخصم الآخر إلا بعد قفل باب المرافعة أو أثناء المداولة⁽²⁶⁾.

أما بالنسبة للالتزامات المفروضة على القاضي تمكيننا لاحترام حق الدفاع فمن تطبيقاتها فرض التزامات على عاتق القاضي لاحترام حق الدفاع، وواجبه في عدم مجازاة كل عمل يقوم به الخصم يتضمّن إخلالا بهذا الحق، وكذا التزامه بعدم الانحياز، لأنّ هذا الأخير يؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين مراكز الخصوم الإجرائية، وهي الغاية التي ينشدها حق الدفاع، ومن أجل ذلك ينظّم القانون إجراءات لردّ القضاة تحقيقا للحيداء، ومنع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي حتى لا يكون قد انحاز أو أخلّ بحق الدفاع⁽²⁷⁾.

من الالتزامات المفروضة على القضاة أيضا احترامنا لحق الدفاع، إلزام القاضي بعدم تغيير العناصر الموضوعية للطلب القضائي أي الادعاء محل الطلب، وأساسه أو سببه، لأنّ ميدان الواقع هو مجال متروك لسيادة الخصوم، ومن واجباته أيضا احترام مبدأ المواجهة، إذ لا يقتصر دوره على مراقبة مدى التزام الأطراف بها، بل عليه احترامها بنفسه.

II/ الحقوق المتعلقة بعرض مادة الدفاع

سنتناول فيما يلي الحقوق المتعلقة بعرض مادة الدفاع وهي الحق في المرافعة، والحق في الدفاع الشخصي والاستعانة بمحام.

1- الحق في المرافعة : وهو حق الخصم أو وكيله في أن يقدم شرحا شفويا أو كتابيا للادعاء، وأوجه الدفاع وأسانيدهما القانونية أمام المحكمة، لتأكيد وجهة نظره أو

تفنيدياً لأساس ادعاءات الخصم الآخر وأوجه دفاعه ومناقشتها، ويأخذ هذا الحق صورتين إحداهما صورة خطاب شفوي يُعرض على المحكمة في الجلسة (المرافعة الشفوية)، أما الأخرى فهي صورة المذكرة المكتوبة التي تقدّم إلى المحكمة (المرافعة المكتوبة)، والمرافعة هي فن من فنون الإقناع، تهدف إلى تنوير المحكمة وتمكينها من إصدار حكمها على أساس سليم⁽²⁸⁾.

لا يجوز للمحكمة تعطيل حق الخصم في المرافعة وإلاّ عدّ ذلك إخلالاً بحقه في الدفاع، ولهذا فإنّ التنظيم الإجرائي للخصومة يوجب على المحكمة الاستماع إلى أقوال الخصم حال المرافعة، ولا يجوز مقاطعته إلاّ إذا خرج عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع فيها، ويكون المدعى عليه آخر من يتكلم، كما يتعيّن عليها أن تأذن له بتقديم المذكرات المكتوبة طالما أنّ باب المرافعة مازال مفتوحاً، وعليها ألاّ تبني حكمها إلاّ على العناصر المستمدّة من أوراق الدعوى والتي تمكّن الخصم من مناقشتها، ولا يجوز لها أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلاّ بحضور خصمه⁽²⁹⁾.

2- الحق في الدفاع الشخصي والاستعانة بمحام: وهذا الحق محاط بحماية دستورية، نظراً لأهميته، فالمساواة بين المتقاضين أساس حق الدفاع القضائي، وهي تقتضي بالضرورة حرية الخصوم في الدفاع عن أنفسهم، فحرية الدفاع هي التي تجسّد مبدأ المساواة بين المتقاضين، وتُمكنهم من مناقشة مختلف عناصر الإجراءات، وتُمكن من تقدير الحجج التي تخدم مصالحهم بصورة أكثر نفعاً بشكل متساوٍ، لذلك يعترف القانون الوضعي للخصوم بحق الدفاع الشخصي، على أساس أنّ هذا الحق ما هو إلاّ نوع من حرية التعبير⁽³⁰⁾.

ضرورة الاستعانة بمحام في بعض القضايا كقضايا الأحداث والجنايات، رغم ما له من أهمية في تسهيل عمل السلطة القضائية عن طريق الاستفادة من الكفاءات المتخصصة، وبما له من أهمية في تيسير الحصول على الحقوق من طرف أصحابها؛ إلاّ أنّه باستثناء بعض الجهات القضائية التي يفرض القانون ضرورة الاستعانة بمحام أمامها، كشرط لقبول الدعوى شكلاً كوجوب تمثيل المتقاضين بمحامين أمام المجالس القضائية والمحاكم الإدارية على السواء (م 10 من ق.إ.م.!) يستوجب إعادة النظر في نظام المساعدة القضائية⁽³¹⁾ تفادياً لإرساء نظام قضائي موالٍ للأثرياء، علماً أنّ حق

الدفاع حق دستوري ينبغي على الدولة أن تضمنه بالنسبة لجميع المتقاضين، لأنّ في ذلك ضماناً لمصادقية العمل القضائي وتكريساً لمبدأ المساواة أمام القضاء، وإذا كان ق.إ.ج يسمح للمتهم بالاستعانة بمدافع (وهو ليس بالضرورة محامياً مسجلاً في جدول المحامين)⁽³²⁾، فإنّه بالنسبة للقضايا المدنية لا نجد ما يمنع إمكانية الاستعانة بمدافعين من غير المحامين⁽³³⁾.

ثانياً/الهدف من الحق في الدفاع وضمنان فعاليته:

الهدف الفوري لحق الدفاع هو الإنصاف كتوازن ومساواة بين الأطراف في المحاكمة واحترام الخصم، وله أهمية أخرى تقنية تتمثل في رقابة قانونية وشرعية المحاكمة.

وفي المجال الجنائي يمثّل وسيلة لإعادة بعض التوازن بين المتهم والنيابة العامة، إذ يسمح للمتهم أو لمحاميه بالاطّلاع على الملف ومعرفة طبيعة المتابعات ومحتوى الملف وطلب عقود التحريات، وأثناء مرحلة الحكم، فإنّ الشخص المتابع يستطيع طرح أسئلة على الشهود، وله أو محاميه الكلمة الأخيرة⁽³⁴⁾؛ ورغم أنّ حقوق الدفاع تأخذ أهمية أكبر في المجال الجنائي⁽³⁵⁾، فإنّ أهمية هذا الحق يشمل كل الإجراءات⁽³⁶⁾.

لضمان فعالية الحق في الدفاع، فإنّ الحصول على محام في إطار المساعدة القضائية يجب أن يكون فعلياً⁽³⁷⁾، تعيين محام مباشر لا يكفي وحده لضمان دفاع حقيقي وفعال، وإذا كنا لا نستطيع تحميل الدولة عجز المحامي إذا ثبت أنّ سلوكه كان لا يتلاءم مع الدفاع على مصالح العدالة، وأنّ القاضي المكلف بالملف الشاهد على مثل هذا السلوك لم يتخذ التدابير الخاصة بهذا الغرض⁽³⁸⁾، فالسلطات القضائية عند العجز الواضح للمحامي يجب أن لا تبقى خاملة، إذ ينبغي ألاّ يكون الندب لمجرد استيفاء شكل من الأشكال، وإنّما يجب أن يحقّق الغاية التي توحى الدستور بتحقيقها بأن يحقّق دفاعاً فعالاً عن المتهم، ولا يتحقّق هذا الضمان إلاّ إذا توقّرت مقتضيات ومقوّمات فعاليته التالية:

– يجب أن يتمكّن محامي المتهم من متابعة إجراءات المحاكمة بالجلسة من أولها لآخرها، وبذلك يكون قد سمع الشهود قبل المرافعة.

– أن يشمل الحق في الدفاع كل مستويات المحاكمة ولا يقتصر على المحكمة الابتدائية.

– الأصل أنّ المتهم حر في اختيار محاميه، وأنّ حقّه في ذلك مقدّم على حق المحكمة في تعيينه، فإذا اختار المتهم محامياً، فليس للقاضي أن يتجاهل اختياره ويُعيّن له مدافعاً آخر، إلاّ إذا كان المحامي المختار قد بدا منه ما يدل على أنّه يعمل على تعطيل السير في الدعوى⁽³⁹⁾.

– يجب ضمان عدم التعارض بين المتهمين عند وحدة الدفاع عنهم، فإذا كان في الدعوى أكثر من متهم وتعارضت مصالحهم تعارضاً فعلياً، بحيث كان الدفاع عن أحدهم يستوجب الطعن في الآخر، وجب أن يكون لكل متهم محامٍ خاص، لأنّ تولي محام الدفاع عنهم ينطوي على إخلال بحقوقهم في الدفاع.

– أنّ الخصم في الدعوى هو الخصم الأصيل فيها، أمّا المحامي فمجرد نائب عنه، فحضور محام مع المتهم لا ينفي حق هذا الأخير في أن يتقدّم بما لديه من دفاع أو طلبات، وعلى المحكمة أن تستمع إليه.

– يجب أن يكون المحامي قادراً على تقديم الاستشارة اللازمة وتمثيل موكله بالتوافق مع المعايير المهنية القانونية، والحكم دون أية قيود أو تأثيرات أو ضغوطات، كما أنّ تحديد ما يشكّله الوقت المناسب يتطلّب تقدير الظروف الفردية لكل قضية⁽⁴⁰⁾، كما يجب أن يكون المستشار قادراً بصفة فعلية على الدفاع عن المتهم وبكل احترافية⁽⁴¹⁾.

– يجب أن يكون المحامي قادراً على الدفاع (أي يكون ممن يسمح لهم بالمرافعة أمام محكمة الجنايات، وأن يتم تزويده بالملف والوقت الكافي للاطلاع عليه)، فاشتراط حضور محام مع المتهم في جنائية يجب أن يكون فعلاً، وهو ما لا يتيسّر إلاّ إذا كان المحامي قادراً على الدفاع عن المتهم بأن يكون عارفاً بالقانون الذي يحاكم بموجبه المتهم مثلاً، وألاّ يكون مضيقاً من قِبَل المحكمة.

– من أجل ضمان تمتع فعلي بالحق في محامي من طرف المعني، لا بد من الاعتراف للمتهم بحقه في الاتصال بمحاميه دون عرقلة، إذ يجب أن تُمنح التسهيلات اللازمة والوقت الكافي لضمان التواصل بين المتهم ومحاميه، وفي إطار السرية حتى يكون الدفاع

فعالاً وحقيقياً، والاحتجاج المنفرد يعدّ خرقاً للحق الفعلي في تواصل المتهم مع محاميه، فالحق في مساعدة محامي يفترض قدرة المحامي على الحصول على حق الكلام مع موكله في سرية تامة، والحصول على كل وثيقة تتعلّق بالقضية سواء اعتبرت واضحة أم لا، وسواء أودعت في الملف أم لا، وأن يكون المحامي حاضراً أثناء استجواب موكله أثناء كل مستويات الإجراءات⁽⁴²⁾.

خاتمة

يتضح مما سبق أنّ حق الدفاع يعدّ أصلاً من أصول التقاضي وسمّة من سمات القانون الإجرائي، غايته تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية للخصوم أمام القاضي، إذ يفرض على المحكمة أن تمنح لكل خصم الفرص والمهل اللازمة أو المناسبة لعرض ادعاءاته وما لديه من أدلة وأسانيد، كما أنّ حق الدفاع يعدّ الركيزة الجوهرية للمحاكمة العادلة وجانباً من جوانبها الأساسية، وهو حق لازم لتحقيق التوازن المنشود بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، ويهدف إلى إشباع حاجة الأفراد إلى الحماية القضائية، إذ هو وسيلتهم الأساسية لرد عدوان الغير على الحقوق عبر عدد من الضمانات القضائية؛ واحترامه يعدّ ضماناً أساسياً لحسن أداء العدالة. ولجعل هذا الحق فعّالاً فرضت التشريعات والاتفاقيات الدولية التي تعنى بحقوق الإنسان على الدول المصادقة عليها التزامات بإلغاء كل الحواجز المادية التي تعيقه.

ويجدر بنا أن نشير لمكانة الحق في الدفاع في النظام القضائي الإسلامي، والذي يبدو من خلال إبطال الحكم الصادر دون مراعاة الحق في الدفاع، فمن واجبات القاضي في النظام القضائي الإسلامي إعلان الخصم للحضور، وذلك بأن يدعوه بأرفق الوجوه وأجمل الأقوال، لأنّه يدعوه إلى حكم الله ودينه، فإن امتنع عن الحضور وعن إرسال وكيل إلى المحاكمة من دون أن يكون له عذر شرعي، كأن يكون المدعى عليه مريضاً، أو امرأة مستترة في بيتها، ومصونة عن الامتحان والخروج لقضاء الحوائج، فيحضر إليها جبراً، ويستعين القاضي بالوالي وأفراد الشرطة في إحضار المدعى عليه⁽⁴³⁾. وقد جاء في الحديث الشريف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسيدنا علي: "فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول"، وهذا يدل على أنّ الحاكم ممنوع أن يقضي لأحد الخصمين حتى يسمع كلام الآخر، وإلا كان الحكم باطلاً⁽⁴⁴⁾.

وقد روى عمرو بن عثمان بن عفان قائلًا: "أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه، فقال له عمر: تحضر خصمك، فقال له: يا أمير المؤمنين، أما بك من الغضب إلا ما أرى؟ فقال له عمر: فلعلك قد فقأت عيني خصمك معاً، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً، فقال عمر: "إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء"

الهوامش:

(1) شاملة العلم ببدء الإجراءات، وإعلان التكليف بالحضور، والالتزام بتمكين الخصوم من تقديم المذكرات التي توضح موقف كل خصم وحقوقه، وضرورة كون القاضي محايداً، وتسبب الأحكام وتمكين المتقاضين من الطعن فيها.

(2) فتشمل ممارسة حق التقاضي، وحق الاستعانة بمحامي، وأن يكون القضاء مؤهلاً لإقامة العدالة، كما تتضمن تلك الحقوق تمكين المتقاضين من تقديم وسائل الدفاع وأدلة الإثبات، والحق في مواجهة المتضمن للحق في الاطلاع، والعلم بكافة إجراءات التقاضي.

(3) عيّد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ مواجهة (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 12، 13.

(4) انظر تعاريف أخرى لحق الدفاع، المرجع نفسه ص 48-51: انظر كذلك:

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, Dictionnaire des droits de l'homme, Presses universitaires de France, 2008, p. 204.

(5) عزمي عبد الفتاح عطية، "واجب القاضي في تحقيق مبدأ مواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع"، مجلة المحامي (تصدرها جمعية المحامين الكويتية)، السنة العاشرة، العدد الخاص بشهري جويلية وأوت، 1987، ص 20، 21.

(6) يرى البعض أنّ هذا المبدأ متصل بالتقاليد الأنجلوساكسونية، ويعدّ "Henry Montulsky" أول من أكد على أهمية مبدأ احترام حقوق الدفاع وقيمتها كحق طبيعي، ومحكمة الطعن في إنجلترا منذ 1828 أكدت أنّ الدفاع حقّ طبيعي، وأنّه لا يمكن أن يحكم على أيّ شخص إلا بعد استجوابه وإعطاءه إمكانية الدفاع عن نفسه. في حين أن الشريعة الإسلامية عرفت هذا الحق قبل التشريعات الوضعية الغربية، فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلّم لعلي بن أبي طالب حين بعثه إلى اليمن قاضياً: "إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء". سنن أبي داود الجزء 2 ص 275، الجامع الصحيح للترمذي، الجزء 3 ص 609، نقلاً عن سعيد خالد الشرعي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، دون دار نشر، دون بلد نشر، دون سنة نشر، ص-ص 21-64؛ انظر كذلك:

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et outre, Op.Cit., p. 204; FAVOREU, Louis et GAIA Patrick et GHEVONTIAN, Richard et autres, Droit des libertés fondamentales, 4^{ème} édition, Dalloz, France, 2007, p. 317.

(7) انظر تفصيل الأساس الفلسفي والقانوني لحق الدفاع: سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص-ص 18-27.

(8) بأن تتم الإجراءات بحضور أطراف الخصومة أو من يمثلهم قانوناً، وأن يحاط الخصوم بالعلم، لتتاح لهم فرصة الاستعداد لإعداد دفاعهم، وأن يكفل لكل خصم تقديم وسائل دفاعه المدعّمة بالحجج، ومناقشة الوسائل والحجج التي قدّمها خصمه، وإذا كانت العدالة تصدر عن بشر فإنّ مبدأ حسن إدارة العدالة يقتضي أن يكون القاضي محايداً، ويمارس واجبه بتجرد واستقلال، غير منحاز لأيّ طرف إلا للقانون الذي يحكم الحقوق المتنازع عليها. سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص 25، 26، 27.

(9) والتزام المحكمة بقبول الدفع مشروط بأن يكون هذا الدفع قانونيا ويستهدف تحقيق مصلحة مشروعة يحميها القانون، كما يشترط أن يكون للخصم مصلحة في الدفع. ولما كان الدفع حقاً إجرائياً فإنه يجب عند ممارسته مراعاة المقتضيات الإجرائية، من حيث الوقت الذي يُقدّم فيه أو من حيث الشكل الذي يجب عرضه به من حيث الصراحة والتحديد، أما الدفوع الموضوعية والدفع بعدم القبول فلا يتقيد تقديمهما بترتيب معين، ويجوز التمسك بها في أية حالة تكون عليها الإجراءات (قبل قفل باب المرافعات). ومتى توفرت الشروط والمقتضيات وجب على المحكمة تمكين الخصم من تقديمه، ومناقشة الدفوع التي قدمها خصمه، وفي الوقت المناسب، وإذا حالت بينه وبين تقديمه فإن ذلك يعدّ إخلالاً منها بحق الخصم في الدفاع. سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص 440، 441، وكذا الصفحات من 468 إلى 477؛ إبراهيم أمين النيفاوي، انعكاسات القواعد الاجرائية على أداء العدالة (دراسة في قانون المرافعات لأثر التنظيم الاجرائي على قيام القضاء بوظيفته)، دون دار نشر، القاهرة، 2000، ص 115، 116.

(10) وهي عبارة عن وسيلة وقد تضمنتها المواد من 49 إلى 67 من ق.إ.م.إ، وعرفها المشرع الجزائري في المادة 49 بأنها: "كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها".

(11) وهي تلك التي تمس بأصل الحق، أي أنها تهدف للمنازعة في نشوء الحق المدعى به أو بقاءه، عن طريق إنكاره أو تأكيد واقعة تؤثر في وجوده أو استحقاقه أو مقداره محاولة لرفض طلبات الخصم بشأنه كلياً أو جزئياً، كإنكار وجود الحق تماماً أو سقوطه أو انقضائه، والدفع ببطلان الدّين أو تزويره، والمشرع الجزائري لم يورد هذه الدفوع على سبيل الحصر.

(12) والدفع بعدم القبول يحتلّ مكاناً وسطاً بين الدفوع الإجرائية والموضوعية، وهو يثير مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع وعرفته المادة 67 من ق.إ.م.إ، بأنه: "ذلك الدفع الذي يرمي التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط، وحجّة الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

(13) انظر: سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص-ص 506-519؛ إبراهيم أمين النيفاوي، انعكاسات القواعد الإجرائية ...، المرجع السابق، ص 117، 118، 119.

(14) سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص 540.

(15) للقاضي الفرنسي السلطة تقديرية لتحديد ما إذا كان تبادل المستندات قد تمّ في وقت مفيد أم لا؟ وقد أعطى القانون للقاضي سلطة استبعاد المستندات التي لم يتم الاطلاع عليها في وقت مفيد، والقانون الانجليزي بدوره يفرض على الخصم كشف ما لديه من مستندات تتعلق بالقضية خلال ميعاد معين، فما دام القاضي هو المشرّف على الإثبات في الدعوى فهو غير ملزم بالاستجابة لأيّ طلب من الخصم يتعلّق بالإثبات، متى رأى في ظروف الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفي لتكوين عقيدته، فله أن يرفض طلب اللجوء إلى خبرة، أو إجراء تحقيق ويكتفي بالأدلة التي قُدمت إليه، ولا يُعدّ ذلك إخلالاً بحق الخصم في الدفاع. سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص-ص 533-536؛ إبراهيم أمين النيفاوي، انعكاسات القواعد الإجرائية ...، المرجع السابق، ص 119، 120، 121.

(16) انظر:

FAVOREU, Louis et GAIA Patrick et GHEVONTIAN, Richard et autres, Droit des libertés fondamentales, 4^{ème} édition, Dalloz, France, 2007, p. 468, 469.

(17) إبراهيم أمين النيفاوي، انعكاسات القواعد الإجرائية ...، المرجع السابق، ص 125؛ سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص 374، 378، 379.

(18) المرجع نفسه، ص 108.

⁽¹⁹⁾ فقد نص عليه دستور 1996 في المادتان 33، و45.

⁽²⁰⁾ المرجع نفسه، ص 749، 750، وكذا ص 797.

⁽²¹⁾ انظر:

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et outre, Op., Cit., p. 206.

⁽²²⁾ سناء خليل، علي حمودة، سيد هاشم، "الحق في المحاكمة المنصفة"، المجلة الجنائية القومية، عدد خاص، المجلد أربعون، الأعداد الأول والثاني والثالث، (مارس، جويلية، نوفمبر) 1997، ص 750.

⁽²³⁾ أي أن تتوفر شروط معينة لقبوله، فضلا عن عدم مخالفة محلّه أو موضوعه للقانون، وألا يكون قد سقط حق الخصم في إبدائه، وهذا ما يُعبّر عنه بمشروعية حق الدفاع. انظر: إبراهيم نجيب سعد، قاعدة "لا تحكم دون سماع الخصوم"، أو ضرورة احترام الحرية والمساواة والتقابل في الدفاع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981، ص-ص 33-38.

⁽²⁴⁾ وهذا معناه أنّه على الخصم أن ينازع منازعة جديّة ومثمرة في أحد عناصر الادعاء سواء تعلّق ذلك بموضوع القضية أو إجراءاتها، ويكون الدفاع جوهريا إذا كان يؤدي إلى تغيير وجهة نظر القاضي ورأيه في الدعوى، وهذا هو الدفاع الذي يلتزم القاضي دائما بالردّ عليه في حكمه، وإلا اعتُبر مُخلاً بحقوق دفاع الخصم الذي أبداه. انظر: المرجع نفسه، ص-ص 38-42.

⁽²⁵⁾ وهذا الشرط يُعدّ تطبيقا لقاعدة "قانونية الشكل في الأعمال الإجرائية" بصفة عامة، فإذا كانت القاعدة بالنسبة للتصرف القانوني هي مبدأ حرية الشكل، بمعنى للشخص حرية التعبير عن إرادته على الوجه الذي يختاره، وهذه الإرادة تكفي لترتيب آثار التصرف أيّا كانت الوسيلة التي تتمّ فيها، فإنّ الأمر يختلف بالنسبة للعمل الإجرائي، إذ أنّ القاعدة التي تسود هذه الأعمال هي قانونية الشكل، بمعنى أنّ جميع أوجه النشاط التي تتم في إطار القضية، يجب كقاعدة عامة أن تتم لا تبعا للطريقة التي يختارها الخصم بل تبعا للشكل الذي يحدده القانون. وحيث أنّ وسائل دفاع الخصم في إطار القضية هي أعمال إجرائية، فإنّه يجب على الخصم أن يراعي الإجراءات والمواعيد التي يحددها القانون، ومن مظاهر الشكلية الواجب إتباعها في الدفاع وجوب إتمامه باللغة الرسمية للدولة. انظر في هذا: المرجع نفسه، ص 42، 43، 44.

⁽²⁶⁾ عزمي عبد الفتاح عطية، المرجع السابق، ص 15، 16.

⁽²⁷⁾ المرجع نفسه، ص 16.

⁽²⁸⁾ انظر تفصيل هذا الموضوع وبيان مزايا المرافعة الشفوية والكتابية وعيوبهما: سعيد خالد الشرعي، المرجع السابق، ص-ص 569-581.

⁽²⁹⁾ إبراهيم أمين النيفاوي، انعكاسات القواعد الإجرائية ...، المرجع السابق، ص 114، 115.

⁽³⁰⁾ لضمان فعالية الحق في الدفاع المناسب يجب أن يكون المحامي المختار مؤهلا وحايزا على التكوين الضروري والتجربة المناسبة لطبيعة وخطورة القضية. في قضية "Combidi" (جنوب إفريقيا) حُكِمَ على "Combidi" بالإعدام في جويلية 2003 دون تطبيق معايير المحاكمة العادلة، لكون المتهم تمّ تمثيله وسماعه من طرف محامي غير مختص في عقوبات الإعدام، وقُبل في الدفاع رغم وجود حلول قانونية في صالح المتهم، نظرا لقلّة تجربته وتكوينه للدفاع في مثل هذه القضايا، وأمام هذا الوضع لا يمكن القول بأنّ "Combidi" استفاد من دفاع مؤهّل في كل مراحل المحاكمة، كما ينص على ذلك قانون حقوق الإنسان الدولي. انظر:

CHENWI, lilian, "fair trial rights and their relation to the death penalty in Africa", *Revue internationale et comparative Law Quarterly*, volume 55, part 3 July 2006, p. 12, 13 ; MOLE, Nuala and HARB Y Catharina,

The right to a fair trial (A guide to the implementation of article 6 of the European Convention on Human Rights). Human rights hand books, n°3, 2nd édition, Belgium, 2006, p. 64.

⁽³¹⁾ الحق في المساعدة القانونية في القضايا المدنية لم يعبر عنه علنا في الاتفاقية الأوروبية. لكن المحكمة الأوروبية ترى بأنه يجب أن تكون في المتناول إذا كانت مصالح العدالة تتطلب ذلك؛ وتجدر الإشارة إلى أن أشخاص القانون العام صارت معفية جميعا من التمثيل الوجوبي بمحام، عملا بنص المادة 827ق.إ.م. بعدما كان الإعفاء أمام مجلس الدولة يخص فقط الدولة كشخص اعتباري عام، وقد استقر اجتهاد مجلس الدولة على رفض تقاضي أشخاص القانون العام الأخرى عندما تكون غير ممثلة من طرف محامي معتمد لدى المحكمة العليا. أ. غناي رمضان، المرجع السابق، ص 39، 40: انظر:

Nuala MOLE and Catharina HARBY, Op., Cit., p. 64

⁽³²⁾ وحتى في حالة اختيار الدفاع ذاتيا فإن ذلك يستلزم حق الإطلاع على الملف والوثائق الإجرائية والحق في التمتع بالوقت والتسهيلات الضرورية لتحضير الدفاع. انظر:

SUDRE, Frédéric, Droit Européen et international des droits de l'homme, 9^{ème} édition, presse universitaire de France, France, 2008, p. 431.

⁽³³⁾ كما هو الحال في نص المادة 815 من ق.إ.م. على الدعوى الإدارية ترفع بعريضة موقعة من طرف محام، ربما لأنّ المشرع تفتّن إلى ضرورة رفع مستوى العمل القضائي بتكريس لزومية إعداد أوراق المرافعات من قبيل ذوي الاختصاص.

⁽³⁴⁾ فحق الشخص المتابع أو محاميه في أخذ آخر كلمة يمثل سبب كلاسيكي للطعن وإغفاله يعدّ عيبا شكليا يضرّ بمصالح الدفاع. انظر:

Dominique Noël COMMARET, "Les exigences du procès équitable dans le domaine des droits de la défense", Revue De Science Criminelle & De Droit Public, n°4, 2005, p. 870, p-p. 870-873.

⁽³⁵⁾ انظر:

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et outre, Op., Cit., p. 204, 206.

⁽³⁶⁾ المرجع نفسه، ص 205.

⁽³⁷⁾ في قضية "Artico" في إيطاليا تم تعيين محام في إطار المساعدة القضائية لم يقدّم أي خدمات على الإطلاق، المحكمة الأوروبية رأت أن الحقوق التي تنص عليها الاتفاقية الأوروبية هي حقوق فعلية وتطبيقية، والمتهم في هذه القضية لم يتلقى أية رعاية فعلية رغم أن القضية تتعلق بالاستئناف أين تتطلب مصالح العدالة رعاية أفضل للمتهم عن طريق محامي. انظر:

MAHONEY, Paul, "Right to a fair trial in criminal matters under article 6 E.C.H.R.", [http://jsijournal.ie/pdf\(16/06/2008\), p. 127](http://jsijournal.ie/pdf(16/06/2008), p. 127).

⁽³⁸⁾ انظر:

The Right to a Fair Trial : part II – from trial to final judgement. [http://www.inrc.org.uk/show.php?Id=877\(15-6-08\), p. 272](http://www.inrc.org.uk/show.php?Id=877(15-6-08), p. 272).

⁽³⁹⁾ الحق في الحصول على محامي من اختيار الشخص يتنافى مع فرض مستشار قانوني من إدارة المحكمة، كما حدث في قضية "LopezBurgos" أين أُجبر بقبول الضابط السابق كمستشاره القانوني. انظر:

The Right to a Fair Trial : part II – from trial to final judgement. [http://www.inrc.org.uk/show.php?Id=877\(15-6-08\), p. 272](http://www.inrc.org.uk/show.php?Id=877(15-6-08), p. 272).

⁽⁴⁰⁾ انظر:

7/M. BHATTARAI, Ananda, "The right to fair trial and the role of district judges". [http://supremecourt.gov.np/Judges.doc, \(16/06/2008\), p.09](http://supremecourt.gov.np/Judges.doc, (16/06/2008), p.09).

⁽⁴¹⁾ في قضية "Estrella" (الأوروغواي) لم يكلف المحامي المعين رسمياً نفسه عناء تنظيم لقاء مع المتهم وسؤاله عن براءته، والبحث عن بعض الاعترافات من الأصدقاء، لذا رأت لجنة حقوق الإنسان أن المتهم لم يستفد من الدفاع. انظر:

WEISSBRODT, David, The Right to a fair trial under the Universal déclaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Polical Rights, martinus nijhoff publishers, London, 2001, p. 18.

⁽⁴²⁾ انظر:

University Of Minnesota Human Rights Library, "human rights in the administration of justice, Chapter 6 : the right to a fair trial: Part I—From Investigation to Trial", p. 10, 11; Ananda M. BHATTARAI, Op., Cit., p. 04.

⁽⁴³⁾ انظر تفصيل أكثر بخصوص استدعاء المدعى عليه بما يحفظ آدميته وكرامته: ماهر عبد المجيد عبود، "من ضمانات العدالة في القضاء الإسلامي"، مجلة العدل (المملكة العربية السعودية)، السنة التاسعة، العدد الخامس والثلاثون، 1428 هـ، ص 147، 148، 149.

⁽⁴⁴⁾ ماهر عبد المجيد عبود، "من ضمانات العدالة في القضاء الإسلامي"، مجلة العدل (المملكة العربية السعودية)، السنة التاسعة، العدد الخامس والثلاثون، 1428 هـ، ص 148.

إصلاح المنظومة القانونية من أجل ترشيد الممارسة السياسية في الجزائر - المكاسب والإخفاقات -*

BENLABIDI Moufida, M.A «A»
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université d'Annaba.

بن لعبيدي مفيدة، أستاذة مساعدة "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة عنابة.

الملخص:

تحت ضغوط داخلية وأخرى خارجية تبنت الجزائر سلسلة إصلاحات مست المنظومة القانونية وثيقة الصلة بالعمل السياسي كقانون الانتخابات، قانون الأحزاب السياسية، قانون الجمعيات... بهدف توسيع دائرة صناعة القرار وإتاحة فرص المشاركة لمختلف التشكيلات السياسية الوطنية، ما يفضي بالنهاية إلى ترسيخ دعائم الحكم الراشد وتأسيس ديمقراطية تشاركية، ومن ثم بناء وتوطيد أركان دولة القانون، لذا سنحاول بحث وتحليل النتائج الأولية لإصلاح المنظومة القانونية سالف الذكر ومدى نجاعتها في ترشيد العمل السياسي في الجزائر.

الكلمات المفتاحية:

الإصلاح السياسي، الحكم الراشد، الديمقراطية التشاركية/التقاربية، دولة القانون.

La Réforme du Système Juridique afin de rationaliser la Pratique Politique en Algérie - Gains et Défaillances -

Résumé:

Sous des pressions interne et externe ; l'Algérie à adopté une série de réformes à touché le système juridique étroitement liés à l'action politique comme : la loi électorale, la loi sur les parties politiques, la loi des associations... afin d'élargir le cercle de la prise de décision, et d'offrir des occasions de participation au déferents acteurs, que éventuellement conduire à la consolidation de La Bonne Gouvernance et La Démocratie Participative, et puis construire et maintenir l'Etat de Droit. Nous allons donc essayer de discuter et analyser les résultats préliminaires de la réforme du système juridique précité, et leur efficacité dans la rationalisation de l'action politique en Algérie.

Mots Clés :

La Réforme Politique, La Bonne Gouvernance, La Démocratie Participative / Approximative, L'Etat de Droit.

Reform of the Legal System in order to rationalize The Political Practice in Algeria –Gains and Failures-

Abstract:

Under internal and external pressure, Algeria adopted a series of reforms touched legal system closely related to political work as: electoral law, political parties' law, associative law...in order to expand the decision-making circle, and provide opportunities for participation of various actors, what support the consolidation of Good Governance and Participatory Democracy, and then build the State of Law. So we will try to discus and analyze the preliminary results of the legal system the above mentioned, and their effectiveness in rationalization of political action in Algeria.

Key Words:

Political Reform, Good Governance, Participatory Democracy, State of Law.

مقدمة

إن أبرز مميزات النظام السياسي الجزائري هي تآكل رصيد الشرعية والمشروعية الذي تم بناؤه على أسس نضالية/ثورية لم تعد تتماشى مع متطلبات الشرائح المجتمعية العريضة، التي أصبحت تؤكد ضرورة إعادة هندسة النظام وفق أسس ديمقراطية تشاركية لصالح الأجيال الشابة، ثم إن المتغيرات السياسية التي شهدتها الوطن العربي مؤخرا ألقت بثقلها على النظام السياسي الجزائري، الذي أصبح يعاني أزمة قدرة على صعيد التعاطي مع مطالب المعارضة السياسية بالمزيد من الانفتاح السياسي، بما يفضي إلى إشراك جميع الفواعل في صناعة القرار، ومن ثم صياغة

تصورات جديدة لتسيير الشأن العام بعيدا عن الأساليب التقليدية القائمة على الإقصاء والتمهيش.

لقد أدت المركزية المفرطة وتضييق نطاق المشاركة السياسية إلى فتح الباب أمام تمرد، عصيان الجماعات المهمشة وتصعد الجبهة الداخلية، بفعل افتقار أعمال السلطة لشرعية الإنجاز/الشرعية الديمقراطية بمقوماتها الثلاث: دولة المؤسسات، فاعلية النظام السياسي ومطابقته لمصالح المجتمع، والتداول الفعلي على السلطة⁽¹⁾، ويضاف إلى ما سبق؛ الطابع الهامشي للقوانين واستمرار هيمنة السلطة التنفيذية، كل تلك المؤشرات كانت توحى بتداع وشيك للنظام السياسي الجزائري على غرار ما حدث في دول الربيع العربي، وتفاديا لذلك ومنعا لانتشار عدوى اللااستقرار والعنف؛ جاءت سلسلة الإصلاحات السياسية في الجزائر بمبادرة رئاسية تحمل اعترافا صريحا بضرورة مراجعة قواعد اللعبة السياسية، والاتجاه بها نحو الرشد السياسي من خلال مراجعة واسعة للمنظومة القانونية ذات العلاقة.

الإشكالية

- هل أن الإصلاحات السياسية التي تبنتها الجزائر، بمثابة استمرار في تعزيز الخيار الديمقراطي الذي انتهجته الدولة منذ ثمانينات القرن الماضي، ومن ثم تحقيق المزيد من الرشد السياسي، أم أنها مجرد حلول ظرفية ترقيعية تستهدف امتصاص الغضب الشعبي وتكسب السلطة المزيد من الوقت؟

- ماهي النتائج الأولية للتعديلات التي مست المنظومة القانونية ذات العلاقة بالعمل السياسي، وإلى أي مدى ساهمت في ترسيخ دعائم الحكم الراشد وتعزيز الديمقراطية التشاركية في الجزائر؟

مناهج الدراسة

اعتمد إنجاز هذه الدراسة أساسا على منهج تحليل المضمون؛ الذي وظف فهم وتحليل جميع النصوص القانونية ذات العلاقة بالعمل السياسي.

خطة الدراسة

أولا/الإطار المفاهيمي للدراسة

ثانيا/قراءة تحليلية في محتوى الإصلاحات السياسية في الجزائر

ثالثا/ النتائج الأولية للإصلاح وآفاق تحقيق الرشادة السياسية في الجزائر أولا/ الإطار المفاهيمي للدراسة

1/ الإصلاح السياسي

1/1 الإصلاح

تشير كلمة الإصلاح في المدلول اللغوي إلى التقويم والتحسين للأوضاع، ومن أهم شروطه وجود وضع شاذ يحتاج إلى إصلاح أو علة تحتاج إلى دواء، أما اتجاهه فيكون نحو الأفضل بالمقارنة مع الحالة السابقة⁽²⁾.

2/1 الإصلاح السياسي

يتم عادة في ظروف الأزمة The Context of Crisis التي تمثل خطراً أو تحدياً للنظام القائم لابد من التصدي لها باتخاذ قرارات حاسمة، وقد يكون التهديد خارجياً أو ناتجاً عن عوامل داخلية مثل: تردي الأوضاع الاقتصادية، عدم الاستقرار السياسي أو فقدان الشرعية في نظام الحكم... فيكون الإصلاح السياسي بمثابة الاستجابة العقلانية التي قد تأتي بمبادرة من النخبة الحاكمة Reform from Above بغية توسيع قاعدة المشاركة السياسية، أو من القاعدة Reform from Below⁽³⁾.

لذا يعتبر الإصلاح السياسي مجموع الجهود متعددة المستويات الهادفة إلى إحداث تأثيرات إيجابية في السلوك، النظم والعلاقات تحقيقاً للكفاءة والفعالية في إنجاز الأهداف المسطرة من قبل النظام السياسي حتى يستمر بقاءه⁽⁴⁾.

وهناك منظومة مفاهيمية ثرية تتقاطع مع مفهوم الإصلاح السياسي نذكر منها:

3/1 التغيير السياسي

يعني انتقال المجتمع بإرادته من حالة اجتماعية محددة إلى حالة أخرى، انتقالاً يؤثر على العملية التي تقوم بها البنية موضع التغيير، أو يؤثر على العملية والبنية معاً، ويكون كميّاً أو نوعياً إيجابياً أو سلبياً، والتغيير الشامل العميق يبدأ بتغيير القيادة الدكتاتورية، ثم يمتد ليشمل جميع مناحي النظم الأخرى الاجتماعية، الاقتصادية التشريعية، القضائية والدينية... أما التغيير الجزئي فيتناول مجالاً بعينه كالمجال الدستوري أو العسكري...⁽⁵⁾ وقد خلص "ألان روكي" إلى أنّ التغيير السياسي هو تحول في البنى والسلوكيات والغايات التي تؤثر في توزيع وممارسة السلطة، يأخذ مظاهر كمية

ونوعية تتفاعل مع المتغيرات الاجتماعية والسياسية وترتبط بالزمان والمكان الذي يحدث فيه التغيير⁽⁶⁾.

4/1 التحديث السياسي

يعني عملية محاكاة القيم، الأنظمة، البنى المؤسسية الغربية باعتبارها معياراً للحدثة والعصرنة، ومن أهم مؤشرات التحديث السياسي عند Rustow نذكر:

- أبنية حكومية عالية التخصص محددة الوظائف،
- رشادة ووضوح إجراءات صناعة القرار،
- مشاركة سياسية واسعة وانخراط كبير في الفعاليات السياسية،
- أساليب تنظيمية وقضائية تحتكم للقانون وليست مبنية على اعتبارات شخصية⁽⁷⁾.

5/1 التحول الديمقراطي/الدمقرطة

تعرف الديمقراطية La Démocratisation على أنّها؛ عملية الانتقال من أشكال متخلفة من الحكم الفردي إلى الديمقراطية، إما من خلال ديمقراطية للأنظمة القائمة، أو من خلال تغيير صريح للنظام فيسري الحديث حينئذ عن تحول ديمقراطي، يمثل فترة انتقالية ليس فيها ما يؤكد أنّها ستؤدي في النهاية إلى الديمقراطية⁽⁸⁾، وهناك أربعة أنماط للتحول الديمقراطي للأنظمة التسلطية:

1-5/1 نمط التحول (Transformation): يكون عادة بمبادرة ذاتية من النظام التسلطي مدفوعة باعتبارات شخصية للنخب الحاكمة، مفادها استشعار تهديدات وشيكة حال الاستمرار في النهج التسلطي وينجم عن هذا النمط ديمقراطية محدودة،

2-5/1 نمط التحول الإحلالي (Transplacement): يحدث نتيجة تحالف وتنسيق بين النخب التسلطية والمعارضة المعتدلة بفعل تدهور قدرات الأولى وتحرك الثانية لاستغلالها،

3-5/1 نمط الإحلال (Remplacement): ينتج عن تعبئة جماهيرية واسعة النطاق ضد النظام، بسبب حدوث أزمة وطنية تضطر النخب للتحول فتؤدي في البداية إلى ديمقراطية مستقرة تنعكس لاحقاً،

4-5/1 نمط التدخل الأجنبي (Forein Intervention): إما بتدخل عسكري مباشر والأمثلة كثيرة بناما، هايتي، العراق...من طرف الولايات المتحدة، وإما بطريقة غير

مباشرة تظهر من خلال المشروعية الاقتصادية⁽⁹⁾، بمعنى ديمقراطية مقابل إعانات مادية وفنية.

وتنقسم عملية التحول الديمقراطي إلى مرحلتين أساسيتين:

– مرحلة التحول السياسي: بمعنى الانتقال من نظام إلى آخر،

– مرحلة التعزيز الديمقراطي: بمعنى ضمان تطوير البنى، المؤسسات والسياسات لترسيخ استقرار العملية الديمقراطية، وتكتمل عملية التحول لتتوج بالنجاح عندما تأتي للسلطة حكومة تتبع سياسات شرعية وتلتزم بالقواعد الجديدة للعبة السياسية، يرافقها تحرير لوسائل الإعلام وحرية للمعارضة دون تحفظات في أجواء يطبعها الحوار الحر دون ممارسات عنيفة⁽¹⁰⁾.

2/ الحكم الراشد

شاع استعمال هذا المصطلح نهاية الثمانينات، تزامنا مع تطبيق برامج التعديل الهيكلي في العديد من الدول بمرور وجود أخطاء في تسيير الشؤون العامة وغياب الشفافية في تسيير أمور الدولة. يمثل حكما ديمقراطيا تشاركيا يعيد تعريف أدوار الدولة ويستهدف التقليل من تواجدها المكثف في جميع الميادين Le Moins d'Etat فاسحة بذلك المجال لبقية الفواعل/الشركاء مثل: المجتمع المدني، القطاع الخاص والإدارة المحلية⁽¹¹⁾.

يمثل الحكم الراشد جيلا جديدا من سياسات الدعم والتعاون السياسي للتنمية التي ظهرت مع فجر الألفية الجديدة، لتعكس جهود المجتمع الدولي لترقية الديمقراطية وبناء دولة القانون، حتى أصبح رهانا أساسيا ضمن الدينامية الإصلاحية التي تستهدف إعادة هندسة سياسية وطنية وعالمية شمولية كعنصر فاعل ضمن الآلية الليبرالية⁽¹²⁾.

يرجع الظهور القانوني للمصطلح إلى سنوات 1989، حيث يعود السبق في ذلك إلى البنك الدولي الذي كان أول مستخدم للعبارة الانجليزية (Good Governance) والتي ترجمت إلى عدة مصطلحات منها "الحكم الصالح"، "الحكومة"، "الحاكمية"، "الحكمانية"، "الحكم الشراكي"، "الحكم الديمقراطي"، "الحكم الفعال"... لينتقل إلى المجال الأكاديمي المهتم بقضايا التنمية، حين أقرت المؤسسات المالية عدم كفاية أدوات

الاقتصاد الكلي في تجسيد الإصلاحات، فظهرت المقاربة الكيفية ومفادها ضرورة وجود دولة قوية ومؤسسات راسخة، مؤكدة على المفاهيم التالية: المشاركة، اللامركزية والتمكين⁽¹³⁾.

وفي تقرير للبنك الدولي سنة 1992 تحت عنوان "الحكم والتنمية" عرف الحكم الراشد على أنه؛ تلك العملية التي تمارس عبرها السلطة في تسيير الموارد الاقتصادية والاجتماعية من أجل التنمية، إضافة إلى قدرات الحكام على بلورة سياسات مسؤولة من مراحل التخطيط إلى التنفيذ، كما حدد ثلاثة مؤشرات لهذا الحكم تمثلت في:

- شكل نظام الحكم،

- طريقة ممارسة السلطة لتسيير الموارد الاقتصادية الوطنية بهدف التنمية،

- قدرة الحكومة على تشكيل ورسم سياسات والقيام بالأنشطة المرتبطة بوظائفها⁽¹⁴⁾.

أما برنامج الأمم المتحدة الإنمائي PNUD، فقد تطرق إلى أبعاد الحكم الراشد في تقرير له سنة 1997 تحت عنوان "الحكم لصالح التنمية البشرية المستدامة"، على النحو التالي:

- بعد اقتصادي: يعني عملية اتخاذ القرارات المؤثرة في الأنشطة الاقتصادية،

- بعد سياسي: يرتبط بطبيعة السلطة السياسية وشرعية تمثيلها، أي ضرورة تفعيل الديمقراطية التي تعتبر شرطا في تجسيد الحكم الراشد، من خلال تنظيم انتخابات حرة، نزيهة ومفتوحة لكل المواطنين، مع وجود سلطة مستقلة قادرة على تطبيق القانون، هيئة برلمانية مسؤولة ونظام إعلامي في اتصال مستمر مع المواطن.

- بعد تقني: يرتبط بعمل الإدارة العامة ومدى كفاءتها، ما يقتضي أن تكون الإدارة مستقلة عن السلطة السياسية أي حياد وظيفي، واختيار وفقا لمعيار الكفاءة⁽¹⁵⁾.

إذن يشير الحكم الراشد إلى مجموع الآليات والمؤسسات المعبرة عن تطلعات الأفراد التي تتيح لهم فرص إدارة شؤونهم، ومن أهم الخصائص التي يتأسس عليها: مشروعية السياسات والمحاسبة، حرية الحركة الجموعية والمشاركة، نظام قضائي مستقل، بيروقراطية مسؤولة، حرية الإعلام، تسيير فعال وكفاء للقطاع العام، اللامركزية، الحكم المحلي والشراكة⁽¹⁶⁾.

3/ الديمقراطية التشاركية

تسمى أيضا الديمقراطية التقاربية، التساهمية أو الجوارية، تعتمد أساسا على الجهود التشاركية لجميع الفواعل المعنيين، وتقتضي انخراط الفرد في تشاور حقيقي، وهنا يتعين على جميع التشكيلات السياسية التوصل إلى اتفاق جماعي، وتمثل المشاركة عند أنصار الديمقراطية التشاورية عملية تحويلية في العملية السياسية، يكتسب الأفراد عبرها تعددية فكرية، معلومات وخبرات جديدة.

إنّ طرح الديمقراطية التشاركية أفرزه النضج الديمقراطي بغية الوصول إلى ترسيخ مبدأ ديمقراطية الزبون: بالحديث عن أدوار جديدة للحكام/خادم للشعب، والمحكومين/مواطنين لا رعايا بل كشركاء أجراء، بما يدعم سيادة ومشاركة الشعب وحقه في المساءلة. وأنّ على النخب الحاكمة تكييف نفسها حسب متطلبات المواطن/الزبون. وعليه، تعد آلية لإدارة الصراع وتنظيمه في سياق ديمقراطي؛ أي هندسة التغيير بطرق شرعية عبر مشاركة جميع الأطراف في التفكير، التخطيط وصناعة القرارات وفق مبادئ العقلانية، المعرفة والحياد⁽¹⁷⁾.

ظهر المفهوم لأول مرة في الدول الأنجلوساكسونية في ستينيات القرن الماضي، في محاولة لإيجاد طريقة فعالة لضمان تمثيل المصالح السياسية للجماعات في مواجهة ضعف التنظيمات التقليدية التي تمثلهم (الأحزاب السياسية، النقابات..⁽¹⁸⁾)، ولعل أهم مزايا هذا النوع من الديمقراطية هو:

- ضبط الصراع السياسي والاجتماعي بأساليب رشيدة،
- الحصول على توافق عقلائي بخصوص القضايا العامة،
- إقرار العدالة الاجتماعية وتشجيع الحوار العام،
- إثراء المعرفة السياسية، زيادة الخبرة وتطوير الثقافة المدنية⁽¹⁹⁾،
- حل أزمة الديمقراطية التمثيلية وإعادة بناء المشروعية،
- إقامة الرابط بين الحقل السياسي والمجتمع المدني على أسس جديدة⁽²⁰⁾.

ثانيا/قراءة تحليلية في محتوى الإصلاحات السياسية في الجزائر 1/المبادرة الرئاسية للإصلاح السياسي

أعلن عن الإصلاح السياسي بمبادرة رئاسية سنة 2011، حين شهدت الجزائر غضبا شعبيا وغلينا في أوساط المعارضة السياسية تزامن مع تصاعد مد الاحتجاجات في عدد من الدول العربية أمثال: تونس، ليبيا، مصر، البحرين، سوريا... مطالبين بإحداث تغيير داخلي يتماشى مع المستجدات الإقليمية والدولية ويؤدي إلى مزيد من الرشادة السياسية.

فكانت استجابة رئيس الجمهورية سريعة، وجاء خطابه بمثابة اعتراف رسمي بضرورة إحداث التغيير الذي يفضي إلى بناء مؤسسات دستورية تمثيلية حقة، تعيد دفع مسار الديمقراطية المتعثر في الجزائر⁽²¹⁾، وقد سبق الشروع في مسار الإصلاحات السياسية؛ قيام الرئيس بتعديل الدستور حيث مست التعديلات: -تجديد العهدة الرئاسية بطريقة غير مشروطة بنص الفقرة الثانية من المادة 74 وقد كانت قابلة للتجديد مرة واحدة،

- إلغاء منصب رئيس الحكومة وتعويضه بالوزير الأول بنص الفقرة الخامسة من المادة 77،

- إلغاء اختيار رئيس الحكومة للوزراء قبل أن يعينهم رئيس الجمهورية حيث أشارت المادة 79 إلى تعيين رئيس الجمهورية أعضاء الحكومة، بعد استشارة الوزير الأول، كما أصبح الأخير مجرد منفذ لبرنامج رئيس الجمهورية دستوريا،

- أصبحت ممارسة الوزير الأول للسلطة التنظيمية في ما يخص توقيع المراسيم التنفيذية مشروطة بموافقة قبلية لرئيس الجمهورية بنص المادة 85 وكذا التعيين في وظائف الدولة⁽²²⁾.

1/1 إلغاء حالة الطوارئ

بدعوة من رئيس الجمهورية تم إلغاء حالة الطوارئ -التي كانت قائمة لأكثر من عشرية بدواعي أمنية- وتعويضها بقانون لمكافحة الإرهاب⁽²³⁾، بهدف تخفيف التضييق على ممارسة الحقوق والحريات العامة من قبيل التجمع، التظاهر...سواء للمواطنين أو

التشكيلات الحزبية حتى تتمكن من المشاركة في الحياة السياسية والتعبير عن آرائها بحرية تامة دونما إقصاء.

2/1 تكريس استقلالية السلطة القضائية

لتكريس مبدأ استقلالية القضاء تم تأكيد أحكام المادة 152 من الدستور بإصدار قانونين عضويين؛ أحدهما يتعلق بالمحكمة العليا وهو القانون 11-12 أعاد تنظيم المحكمة خاصة في مجال مراقبة نشاط الهيئات القضائية ذات الصلة بالتطبيق السليم للقانون واحترام القواعد الاجرائية، ثم القانون العضوي 11-13 المتعلق بصلاحيات مجلس الدولة⁽²⁴⁾.

3/1 تعديل قانون الانتخابات

يمثل النظام الانتخابي مجموعة القواعد القانونية الضابطة والمنظمة لآليات اختيار المرشحين، والتدابير القانونية والتنظيمية لإجراء عملية الانتخاب وترجمة إرادة الشعب إلى نتائج ملموسة⁽²⁵⁾، وكونه يعدّ انعكاساً للنظام السياسي القائم، فقد تم إصدار القانون العضوي 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات بغية إسباغ النزاهة والشفافية على العملية الانتخابية، حافظ القانون الجديد على نظام التمثيل النسبي على أساس أنّه الأفضل لتمثيل مختلف التشكيلات السياسية، إلا أنّه استحدث مجموعة من الضمانات نوجزها في:

- أحقية الناخبين وممثلي الأحزاب في الاطلاع على القوائم الانتخابية والاحتجاج حول تسجيل أو شطب شخص بغير وجه حق،
- تحديد شروط الحملة الانتخابية وحظر جميع الطرق الإشهارية أو التجارية لغرض الدعاية الانتخابية أو شراء أصوات الناخبين،
- علنية الفرز تحت رقابة أعضاء مكتب التصويت وبحضور ممثلي الأحزاب والأحرار، مع تدوينه في محضر للفرز في ثلاث نسخ وبحبر لايمحى،
- تطبيق قاعدة الباقي الأقوى عند توزيع المقاعد بين القوائم، مع إقصاء القوائم التي لم تحصل على نسبة 7% في المحليات و5% في التشريعيات من الأصوات الحقيقية المعبر عنها عند احتساب المعامل الانتخابي⁽²⁶⁾،

- خفض سن الترشح لعضوية المجالس المنتخبة تعزيزا لخيار التشاركية وإدماج الشباب في إدارة الشؤون العامة،

- استحداث آليات مؤسسية جديدة للرقابة هي اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات واللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات⁽²⁷⁾.

4/1 إقرار القانون 02-12 يتعلق بحالات التنافي مع العهدة البرلمانية

ضمانا لحسن تمثيل المواطنين، ومنعا لكافة مظاهر الإهمال واللامسؤولية في الوفاء بالتزامات المنصب المشغول عدد القانون الحالات التي تتنافى مع العهدة البرلمانية⁽²⁸⁾.

5/1 استحداث نظام الكوتا/الحصص

أقر المشرع الجزائري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 وبنص المادة 31 مكرر، على توسيع المشاركة السياسية للمرأة الجزائرية بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة، فتم إصدار قانون 03-12 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ مشاركة المرأة الجزائرية على مستوى المجالس المنتخبة، فألزم القانون إرفاق ملف الترشح ببيان جنس المترشح، كما أقر استفادة مالية للأحزاب السياسية التي تدرج العنصر النسوي ضمن قوائمها مع رفض الترشيحات التي تخالف النسب الآتي ذكرها⁽²⁹⁾:

● المجلس الشعبي الوطني

- 20% عندما يكون عدد المقاعد يساوي 4،
- 30% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق 5،
- 35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق 14،
- 40% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق 32،
- 50% لمقاعد الجالية الوطنية بالخارج.

● المجالس الشعبية الولائية

- 30% عندما يكون عدد المقاعد يساوي 35، 39، 43، 47.
- 35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي 51، 55.

● المجالس الشعبية البلدية

-30% بالنسبة للمجالس الموجودة بمقرات الدوائر والبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 20.000 نسمة.

6/1 تعديل قانون الأحزاب السياسية

تضمن برنامج الإصلاح السياسي في الجزائر مراجعة لأبجديات الممارسة الحزبية، فصدر القانون العضوي 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية بهدف زيادة فعالية العمل الحزبي، ويمكن تعداد أهم الإصلاحات التي جاء بها القانون في النقاط التالية:

- تساوي الأحزاب في استعمال وسائل الإعلام العمومية للتعريف ببرامجها وكذا جعلها حيز التطبيق،

- إمكانية ربط علاقات مع أحزاب سياسية أجنبية شريطة عدم معارضة أحكام الدستور،

- إمكانية استفادة الحزب من مساعدة مالية محتملة من الدولة على أساس الإنصاف،
- حدد سقف تلقي الهبات من أشخاص طبيعيين أو معنويين، واشترط إيداعها في الحساب المصرفي للحزب مع منع أي دعم مالي أو مادي أجنبي⁽³⁰⁾.

7/1 تعديل قانون الإعلام

يعدّ الإعلام سلطة رابعة في الدول المتقدمة، كونه يساهم في تداول المعلومات بشفافية ويتيح للأفراد حق محاسبة المسؤولين عن ممارساتهم، ومن ثمّ تقويم الأداء والاتجاه به نحو مزيد من الكفاءة، وعليه جاء القانون 12-05 المتعلق بالإعلام ليضع مجموعة من الأسس لممارسة النشاط الإعلامي مؤكداً على:

- تشجيع الدولة للتعددية والجودة الإعلامية،
- منح الدولة إعانات لترقية حرية التعبير خاصة في الصحافة الجوارية والمتخصصة،
- التأكيد على آداب وأخلاقيات المهنة الواجب التحلي بها وكذا الجزاءات المترتبة على مخالفتها⁽³¹⁾.

8/1 مراجعة قانون الجمعيات

يتأسس الحكم الراشد على شراكة مجتمعية فاعلة بين الدولة والمجتمع المدني، الذي يعنى بالعمل الطوعي غير الربحي في مختلف المجالات الاجتماعية، لذا تمت مراجعة قانون 90-31 وتعويضه بقانون 12-06 المتعلق بالجمعيات الذي تضمن مبادئ جديدة لعمل للحركة الجمعوية على النحو الآتي⁽³²⁾:

- نفي قيام أي علاقة بين الجمعيات والأحزاب السياسية سواء على صعيد التنظيم، الهيكلة أو التمويل،
- حرية تسيير الجمعية من قبل مؤسسها، ومنع أي شخص طبيعي أو معنوي أجنبي عن الجمعية بالتدخل في تسييرها،
- إمكانية انخراط الجمعية مع جمعيات أجنبية تنشُد تحقيق نفس الأهداف، أو إقامة شراكة مع منظمات غير حكومية دولية في ظل احترام الثوابت الوطنية وبيعلام مسبق لوزير الداخلية،

9/1 مراجعة قوانين العمل المحلي

أقر قانون 12-07 المتعلق بالولاية عددا من الآليات التي تساهم في تعزيز الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي، فأتاح إمكانية إقامة الولاية لعلاقات تبادل وتعاون مع جماعات إقليمية أجنبية، إضافة إلى إمكانية التعاون ما بين الولايات داخل التراب الوطني⁽³³⁾، وهو الأمر ذاته الذي أشار إليه قانون 11-10 المتعلق بالبلدية حين اعتبر الأخيرة إطارا مؤسسيا لممارسة الديمقراطية والتسيير الجوّاري على المستوى المحلي⁽³⁴⁾.

2/ إدماج طرح الرشادة والديمقراطية التشاركية في سياسات وبرامج عمل الحكومة

- تماشيا مع الإصلاحات السياسية المشروعة فيها، تبنى مخطط عمل الحكومة من أجل تنفيذ برنامج رئيس الجمهورية بتاريخ ماي 2014 ترقية الديمقراطية التشاركية واللامركزية كهدف أساسي، يتم العمل على تحقيقه من خلال الآليات التالية:
- وضع الحكومة لإطار توافقي يسمح بتكريس المواطنة من خلال قنوات دائمة للحوار والتشاور،

- استفادة مؤسسات المجتمع المدني من برامج تطوير نوعي، تعزيز للقدرات التنفيذية ووسائل العمل،
- استكمال الحكومة للنصوص التطبيقية للقوانين الصادرة في إطار الإصلاحات السياسية،
- وضع خارطة طريق تدريجية للتقسيم الإداري الحالي للتكفل بضرورات التنمية المحلية وتقريب الإدارة من المواطن،
- تحقيق الديمقراطية المحلية وتعميم تكوين المنتخبين المحليين لتسريع الاستجابة لمطالب المواطن⁽³⁵⁾.

ثالثا/ النتائج الأولية للإصلاح ومتطلبات تحقيق الرشادة السياسية في الجزائر

1/ النتائج الأولية لإصلاح المنظومة القانونية

أفرزت سلسلة الإصلاحات السياسية التي تبنتها النخبة الحاكمة في الجزائر عددا من النتائج يمكن الحكم عليها مبدئيا ورغم قصر مدة تطبيقها بأنها تتراوح بين الإيجاب والسلب، من خلال عدد من المؤشرات التي تتعلق بالكفاءة، الفعالية، المشاركة... ويمكن تقسيم أثار الإصلاح السياسي على مستوى نظام الحكم، التشكيلة الحزبية، المجالس المنتخبة والمشاركة السياسية للمرأة.

1/1 على مستوى أداء النظام الحكم

إذا تحدثنا عن التعديل الدستوري لسنة 2008، يمكن القول أنه عمل على تعزيز سلطة رئيس الجمهورية في مقابل الحكومة، وحتى السلطة التشريعية التي بقيت على حالها تعاني اختراقا دائما لصلاحياتها من قبل رئيس الجمهورية، لا سيما عندما نتحدث عن سلطة التشريع بالأوامر المكثفة ولا يمكن لبرلمان هش تابع مناقشتها أو إلغائها، كما نسجل عدم تماسك وتناقض النصوص الدستورية المعدلة عند الحديث عن مسؤولية الوزير الأول أمام البرلمان في حين افتقاده واقعا لأدنى سلطة رقابية⁽³⁶⁾.

2/1 على مستوى المجالس المنتخبة

على ضوء نتائج تشريعات 10 ماي 2012 ومحليات نوفمبر من نفس السنة، واللتين حدثتا في ظل القوانين الجديدة-قانون الانتخابات، قانون الأحزاب السياسية وقانون ترقية المشاركة السياسية للمرأة- يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

- شهد تجديد المجالس المنتخبة حالة من الانسداد تعود إلى عدد من العوامل، لعل أهمها قانون الانتخابات الذي نص في المادة 85 على إقصاء القوائم التي لم تحصل على نسبة 5% من الأصوات الحقيقية المعبر عنها في التشريعات و7% في المحليات، الأمر الذي أدى إلى اقتصار التمثيل على الأحزاب العريقة، حيث بلغت نسبة الأصوات الضائعة حسب اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات بـ 48.59% بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني و34.7% للمجلس الشعبي الولائي⁽³⁷⁾.

- التناقض بين نص المادة 65 من قانون البلدية 10-11 التي تحدد كيفية اختيار رئيس البلدية مع المادة 80 من قانون الانتخابات 01-12، أجبر وزير الداخلية على إصدار تعليمية وزارية على غرار الانتخابات المحلية نوفمبر 2012 لعلاج الانسداد الحاصل في تشكيل المجالس المنتخبة.

- طباعة قرارات اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات، فرغم تشكيلتها القضائية أسبغ عليها قانون الانتخابات الطابع الإداري...⁽³⁸⁾

3/1 على مستوى التشكيلة الحزبية

بمناسبة الانتخابات التشريعية في 10 ماي 2012، تم اعتماد 24 حزبا جديدا، شارك منها 21 في الاستحقاق الانتخابي، بالإضافة إلى 23 موجود سابقا و211 قائمة حرة، وقد تنافس 25.800 مترشح على 462 مقعد ما تجاوز ضعف المرشحين في تشريعات 2007⁽³⁹⁾، الأمر الذي وصفته بعض أطراف المعارضة السياسية في الجزائر بتلويث للساحة السياسية، حين أقحمت الأحزاب الناشئة نفسها في استحقاق انتخابي أدى إلى تشتيت الأصوات، وسجلت فشلا ذريعا بسبب الافتقار إلى أبجديات العمل السياسي وانعدام أي قاعدة شعبية لها في أوساط الناخبين، وساهم في استدراجها نحو هذا الفشل عدم الحصول على المعامل الانتخابي، فكانت النتيجة تعويم الخارطة الحزبية وحدث انشقاقات داخل الأحزاب السياسية⁽⁴⁰⁾.

4/1 على مستوى المشاركة السياسية للمرأة

بتطبيق نظام الكوتا في الجزائر وإلزام الأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار على التقيد بالنسب المخصصة للشريحة النسوية بموجب قانون 03-12، وبعدما شهدنا نتائج الانتخابات التشريعية والمحلية لسنة 2012، يمكن القول بأن اشتراط إرفاق

ملف الترشح بحصة نسوية محددة، هذا بالأحزاب السياسية إلى التركيز على الجانب الكمي دون إعطاء أهمية للمؤهل العلمي أو الكفاءة، فأنتج ذلك فوز مرشحات بمقاعد في المجالس الوطنية والمحلية وهن بعيديات كل البعد عن الممارسة السياسية، حيث سجل المجلس الشعبي الوطني بعد الانتخابات 146 امرأة من مجموع 462 نائب أي 30.6% مقارنة مع نسبة 7.7 في تشريعات 2007⁽⁴¹⁾.

2/متطلبات تحقيق الرشادة السياسية في الجزائر على ضوء نتائج الإصلاح السياسي

- تجسيد الفصل المرن بين السلطات بغية تجاوز منطق المؤسسات الشكلية إلى مؤسسات فعالة تتمتع بهامش من الاستقلالية في أداء مهامها، مع ضمان الرقابة المتبادلة رفعا للكفاءة ومنعا للانحراف،

- تبني إصلاحات كبيرة في نظام اللامركزية، بالتركيز على بناء قدرات الإدارة المحلية عبر مسار رأسي، مفاده تحويل السلطات والمسؤوليات والوظائف من المركز إلى المستويات المحلية،

- إعادة تأسيس علاقة الدولة بالمجتمع المدني على أساس التكامل، الاعتماد المتبادل وتوزيع الأدوار،

- فتح وتطوير قنوات المشاركة الجماهيرية، من خلال تشجيع العمل الطوعي على نحو يساهم في التنشئة السياسية اللازمة للمواطنين،

-مكافحة الفساد بمختلف مظاهره وعلى مختلف مستوياته، من خلال تفعيل آليات المساءلة والمحاسبة للمسؤولين⁽⁴²⁾،

- مراجعة دورية للنصوص القانونية ذات العلاقة بالنشاط السياسي، بهدف مسايرة المستجدات الوطنية والدولية.

خاتمة

بعد عرض وتحليل مختلف الإصلاحات السياسية التي باشرتها النخبة الحاكمة في الجزائر بهدف ترشيد نظام الحكم، تعزيز الديمقراطية وإتاحة فرص أكبر للمشاركة في الحياة السياسية من طرف جميع الفواعل، يمكن القول بأن المبادرة الرئاسية للإصلاح من حيث التوقيت الزمني تعدّ مكسبا للسلطة السياسية حيث ساعدت على إخماد نار

الاحتجاجات الشعبية والغليان في أوساط المعارضة، ومن ثم جنت النظام السياسي الجزائري نهاية شبيهة بالأنظمة السياسية العربية التي عصفت بها مطالب التغيير والدمقرطة.

غير أنّ نتائج الإصلاحات المذكورة سجلت إخفاقات كبيرة، كشف عنها تطبيق قوانين الإصلاح السياسي في الانتخابات التشريعية والمحلية لسنة 2012، خاصة على صعيد النشاط الحزبي والمشاركة السياسية للمرأة الجزائرية، الأمر الذي أوجب مراجعة ثانية وأكثر عمقا للمنظومة القانونية ذات العلاقة بالعمل السياسي، حتى لا تظهر الإصلاحات على أنّها مجرد كسب للوقت من قبل السلطة السياسية عبر حلول ترفيعية لإسكات الأفواه المطالبة بالتغيير.

التوصيات:

- تعديل الدستور على نحو يهيئ سيطرة السلطة التنفيذية ويحدث توازنا بين كافة مؤسسات الدولة،
- مراجعة قانون الانتخابات خاصة في ما يتعلق بالنسب المحددة لإقصاء القوائم عند احتساب المعامل الانتخابي، وكذا طريقة اختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي نفيًا لأي تناقض بين النصوص القانونية،
- اشتراط مؤهلات علمية معينة مع حد أدنى من الخبرة لعضوية المرأة في المجالس المنتخبة، حتى لا يتم استغلال نظام الكوتا من قبل الأحزاب في حشو القوائم بهدف نيل استحقاقات انتخابية لا غير،
- تأهيل وتدريب قيادات الأحزاب السياسية الناشئة، لتمكينهم من المنافسة وتقديم البدائل الكفيلة بتحقيق التنمية السياسية.

الهوامش:

- (1) خميس حزام الوالي، إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية مع الإشارة إلى تجربة الجزائر، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2003، ص ص197، 196.
- (2) بومدين طاشمة، دراسات في التنمية السياسية في بلدان الجنوب قضايا وإشكاليات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص18.

(3) Landry Bertino, Signé Gnécie, Innover en Politique: Les Acteurs Internationaux, Régionaux et Nationaux en Stratégies de Développement Economique en Afrique, Thèse présentée à la Faculté des Etudes

Supérieures en Vue de L'Obtention du Grade de Philosophie Docteur (Ph.D.) en Science Politique, Université de Montréal, Décembre, 2009, p178.

(4) بومدين طاشمة، مرجع سابق، ص20.

(5) محمد كولفزي، "التغير الاجتماعي والسياسي دراسة تأصيلية نقدية للمفاهيم"، المجلة العربية للعلوم السياسية، 2008، ص146.

(6) المرجع نفسه، ص 148.

(7) بومدين طاشمة، مرجع سابق، ص13، 14.

(8) Guy Hermet et Autre, Dictionnaire de La Science Politique et des Institutions Politiques, Edition Dalloz, Paris , 5^e édition, 2001, p85.

(9) محمد زاهي بشير المغربي: الديمقراطية والإصلاح السياسي مراجعة عامة للأدبيات، متوفر على:

<http://www.Arabrencwal.com>

(10) (Nathalie Delcamp, Transition Démocratique d'un Pays : Quelques Précisions Théoriques, www.Irenees.net

(11) Le Haut Conseil de Coopération International , Les Non- Dits de La Bonne Gouvernance : pour Un Débat Politique sur La Pauvreté , Edition Karthala , Paris ,2001, p79.

(12) Ibid, p81.

(13) Philippe Braud, Sociologie politique, CASBAH Edition, Algérie 2004, p559.

(14) Fonds International De Développement Agricole, La Bonne Gouvernance: Une Mise Au Point, Conseil d'Administration - Soixante-septième Session, Rome, 8-9 Septembre 1999, pp1, 2.

(15) Ibid, p6.

(16) Isabelle Johnson, La Gouvernance : Vers une Re-définition du Concept, L'Agence Canadienne de Développement International, Mars 1997, p11.

(17) S.Ulas Baykartar, La Démocratie Participative Locale :Le Projet d'Agenda 21 Locale dans Les Villes Turques, Thèse de Doctorat en Sociologie Politique, Institut d'Etudes Politiques de Paris ,2006,p17.

(18) Loïc Blondiaux, « La Démocratie Participative un Plaidoyer Paradoxal en Faveur de l'Innovation Démocratique », Revue Mouvement, n°50, Juin 2007, pp3,4.

(19) Ibid, p9.

(20) Cédric Polère, « La Démocratie Participative : Etat des Lieux et Premiers Eléments de Bilan », Revue Synthèse Millénaire 3, N° 1, 2007, p4.

(21) عصام الشيخ، "مشروع الإصلاح السياسي في الجزائر مبادرة تاريخية للتغيير أم استمرار احتكار السلطة للصواب"، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة، يوليو 2011، ص1.

(22) انظر المواد:74,77,79,85 من القانون رقم 19-08 المتضمن التعديل الدستوري.

(23) الأمر رقم 01-11 يتضمن رفع حالة الطوارئ

(24) انظر:-القانون 12-11 مؤرخ في 25 جويلية 2011 يتضمن إعادة تنظيم المحكمة العليا،

- القانون العضوي 13-11 مؤرخ في 26 جويلية 2011 يتعلق بصلاحيات مجلس الدولة.

(25) مفتاح عبد الجليل، "البيئة الدستورية والقانونية للنظام الانتخابي الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد4، جامعة بسكرة، د.ت.ن، ص169

(26) قانون 01-12 المؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق ل12 يناير 2012 المتعلق بنظام الانتخابات، المواد:85,04,53,224.

(27) المرجع نفسه، المادة170.

(28) انظر:القانون 02-12 يتعلق بحالات التنافي مع العهدة البرلمانية.

(29) انظر المواد 7.6.5.4.2 قانون عضوي 03-12 المحدد كفاءات توسيع حظوظ مشاركة المرأة في المجالس المنتخبة.

⁽³⁰⁾ انظر المواد 15.51.52.54.57.62 قانون عضوي 12-04 المتعلق بالأحزاب السياسية.

⁽³¹⁾ انظر المواد 127 قانون عضوي 12-05 المتعلق بالإعلام.

⁽³²⁾ انظر المواد 13.16.22.23.24.34.59 قانون عضوي 12-06 المتعلق بالجمعيات.

⁽³³⁾ قانون 12-07 يتعلق بالولاية، المواد: 150، 08.

⁽³⁴⁾ قانون 11-10 يتعلق بالبلدية، المواد: 11، 12.

⁽³⁵⁾ مخطط عمل الحكومة من أجل برنامج رئيس الجمهورية، ماي 2014، ص 5، 6.

⁽³⁶⁾ صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، 2010، ص 172.

⁽³⁷⁾ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، التقرير المرحلي الثاني حول تنفيذ برنامج العمل الوطني في مجال الحكامة، الآلية الإفريقية للتقييم من قبل النظراء، الجزائر، جويلية 2012، ص 26.

⁽³⁸⁾ يزيد بوحليط، إشكالات تطبيق نص المادة 80 من قانون 12-01، ورقة قدمت إلى الملتقى الوطني حول: قانون الانتخابات الجزائري واقع وأفاق، جامعة قلمة، 3-4 مارس، 2013، ص 285، 286.

⁽³⁹⁾ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، التقرير المرحلي الثاني حول تنفيذ برنامج العمل الوطني في مجال الحكامة، مرجع سابق، ص 27، 28.

⁽⁴⁰⁾ مفيدة بن لعبيدي، دور المنظومة الحزبية في ترشيد نظام الحكم وإرساء الديمقراطية التشاربية في الجزائر، ورقة قدمت إلى الملتقى الدولي: حول الأحزاب السياسية في الدول المغاربية، جامعة عنابة، 21-22 أفريل 2012، ص 16.

⁽⁴¹⁾ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، التقرير المرحلي الثاني حول تنفيذ برنامج العمل الوطني في مجال الحكامة، مرجع سابق، ص 30.

⁽⁴²⁾ Le Haut Conseil de Coopération International, op-cit, p118.

أساس وظيفة التعويض بين العقاب والإصلاح *

LEFKIRI Abdellah, M.A «A»
Département des enseignements de base en droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia –Algérie.

لفقيري عبد الله، أستاذ مساعد "أ"
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

التعويض جزاء عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقود في المسؤولية المدنية، والتعويض وهو جبر الضرر الذي أصاب المضرور، وتقوم المسؤولية على وجود خطأ، بحيث لولاه لما قامت المسؤولية عن التعويض، لأنه إنّما قرر جبرا لتلك الأضرار أيا كان نوعها مادية أو أدبية، كذلك يلزم في العلاقة السببية أن تقوم بين الخطأ والضرر، بحيث لولا الأول لما كان الثاني، فتخلف أي ركن من هذه الأركان الثلاثة ينفي قيام المسؤولية المدنية، والتعويض كأثر مترتب عليها. هناك من يعتبر وظيفته عقابية ردعية، وهناك من يرى أنّ وظيفة التعويض إصلاحية لا غير، وهذا الاختلاف تاريخي كونه ظهر في الشرائع البدائية وجميع الأنظمة التي لحقته.

الكلمات المفتاحية:

التعويض، المسؤولية، وظيفة التعويض، العقوبة، الإصلاح، الشرائع القديمة، القوانين المعاصر.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/03/03 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/13 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Le fondement de la fonction de l'indemnisation entre répression et réparation

Résumé :

L'indemnisation ou le dédommagement résulte du non respect des obligations contractuelles dans le cadre de la responsabilité civile ; cette dernière se base essentiellement sur l'existence d'une faute et le lien de causalité entre la faute et le dommage qui en découle.

La doctrine juridique est divisée au sujet de la véritable fonction de l'indemnisation ; un courant doctrinal considère que cette dernière a un rôle répressif tandis qu'un autre courant estime que l'indemnisation remplit une fonction purement réparatrice. Cette divergence est historique en ce qu'elle est apparue dans les législations primitives et dans les systèmes juridiques qui ont suivis.

Mots clés :

Responsabilité, Rôle de l'indemnisation, la fonction, la Réparation, législations primitives, droit moderne .

Based function of compensation between punishment and reform

Abstract:

Compensation is penalty for breach of obligations arising from contracts in the civil responsibility and compensation, a reparation that hit the injured, and the responsibility on a mistake, without it the responsibility for compensation is not found, because it decided to repair for such damages of any kind, physical or moral, as well as we need to be in causal relationship that exist between the mistake and the damage, so not for the first of what was the second, stayed behind any corner of these three pillars denies the civil liability and compensation tracers consequential them.

There are those who consider his function punitive deterrent, and there are those who believe that the compensation function is not more as reform, this is a historical difference being appeared in primitive religions and all systems that also followed.

Key words:

Compensation, liability, and compensation function, punishment, repair, the old laws, modern laws.

مقدمة

تعتبر سلطة القاضي الأداة الفاعلة التي يتيسر بها رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة، كضمان حماية حقوق المتضررين، في المسؤولية المدنية، والضمان يفيد معنى الإلزام، ولا ضمان في التشريعات إلا بوجود ضرر مؤكد الوقوع، حالا أو مستقبلا، وتلك هي العلة التي وجودها يعني وجود المعلول، وبالتالي يتقرر الضمان، وهذا من أجل حفظ الحقوق، كما جاء في قوله تعالى " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به" (المائدة الآية...) فقررت الآية مبدأ التضمنين جبرا، وقمعا للعدوان، وإصلاحا للضرر الموجب للتعويض سواء كان الضرر مادي أو معنوي و عرف الفقه الحديث الضمان بأنه "الالتزام بتعويض

مالي عن ضرر للغير"، ومن ذلك علينا أن نتساءل هل يعد تأجيل المدين عن الوفاء في ميعاده من قبيل الأضرار التي توجب الضمان؟، هل التعويض له وظيفة عقابية أم إصلحية، ما هو دور السلطة التقديرية للقاضي، في ضمان التعويض.

المبحث الأول/المفهوم العقابي لوظيفة التعويض

كانت الغرائز البشرية تحكم سلوك الإنسان في أعماق التاريخ، لهذا ما تجد اعتداء يقع على جسم إنسان أو ماله إلا وجوبه الفعل برد فعل مماثل تجاه المعتدي، رغبة في الانتقام بسرعة خاطفة سواء كان الاعتداء الذي وقع مقصودا أو غير مقصود⁽¹⁾. وكان هذا الانتقام واجبا مقدسا يحفه تضامن جميع أفراد القبيلة، ويكون التهاون فيه عار يلحق بالمعتدي عليه أو عشيرته لأن غايته إرواء غليل المجني عليه، فظل إلزاما تباركه السماء و تلعن من يتخلى عنه، وخير ما يستدل به حرب البسوس، وهي حرب بكر وتغلب، وبني وائل⁽²⁾.

المطلب الأول/الوظيفة العقابية للتعويض في الشرائع البدائية

أخذ الأمر يتطور، وبدأت المجتمعات البدائية تستفيق، و تحصر الأمر في نطاق المعتدي والمعتدي عليه، مما أوجد نظام التخلي، بهدف التخفيف من مسئولية الأسرة أو القبيلة، ومؤدي هذا النظام أن تتبرأ الأسرة أو القبيلة من الجاني، وذلك بالتخلي عنه ليضل تحت رحمة قبيلة المجني عليه تقتص منه متى شاءت وكيفما شاءت، وذلك في كل اعتداء يقع على الجسد، أما الاعتداءات التي تقع على المال فقد ظلت تقابلها فكرة الانتقام البدائية وذلك بإعطاء المعتدي عليه الحق في الحصول على مقابل الاعتداء الذي وقع عليه، بالطريقة التي يراها مناسبة، ثم ظهر نظام الدية الاختيارية، بمقتضاه يمكن للجاني أن يتفادى القصاص، بأن يتفق مع المجني عليه أو قبيلته على أن يدفع مبلغا من المال يرتضونه بديلا، ولا يوافق على هذه الدية إلا إذا حققت له إرضاء نفسيا وماديا، كافيا بقدر إشباع رغبة الانتقام الجموحة، بدل اللجوء إلى استعمال حقه في القصاص، لذلك كانت تعد بمثابة ثمن لشراء حياة الجاني، وقد عرف هذا النظام في "قانون الألواح الإثني عشر" لدى الرومان، حيث تحدد القصاص في بعض الجرائم، كما عرف لدى عرب الجاهلية، ثم في الشريعة الإسلامية في الحالات التي يجب فيها القصاص مقابل الدية المحددة شرعا، وهذا ما يسمى في القانون المدني الجزائري

بالتعويض الاتفاقي، وتطوره في الشرائع البدائية، بمعنى أصبح دية اجبارية على أنقاض ما خلفته الدية الاختيارية من مغالاة و استمرار مبدأ الانتقام الفردي بسيادة الغرائز الفطرية المفضل، استنادا إلى أي قوة تتصل بالمجني عليه اتصالا وثيقا⁽³⁾.
والجماعة بازدياد سلطتها أنجبت الدية الاجبارية، وهو ما يسمى في القانون المدني الجزائري: بالتعويض القانوني حيث يجب على الجاني أو المدين أداؤها كما يلزم إلى المجني عليه أو الدائن قبولها وتحديد مقدارها ونظام الجماعة أو القانون هو الذي يحدده حسب طبيعة الجريمة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني/الوظيفة العقابية للتعويض في الشرائع القديمة

الشرائع القديمة لا تعد ولن تحصى!، والبارز منها لأقدميته لا يمكن الحديث عنه مطولا اجمالا وتفصيلا، لسبب أنه مجرد محطة عبور نتزود منها وخير الزاد أساس التعويض، وسبب صعوبة التفصيل لغياب ونقص المادة العلمية، لوجود نوع من الاهمال التاريخي لأصول وجذور التعويض القانوني في العصر الفرعوني والبابلي والاشوري والقانون الروماني وفي المجتمع الجاهلي.
أولا/التعويض في القانون الفرعوني: في هذا القانون اقتصر حق المجني عليه على الشكوى في نطاق الاتجاه العام و سلب منه حق مباشرة الدعوى الجنائية والصلح والعفو⁽⁵⁾.

فالتعويض عن عقوبة السرقة بأن يدفع السارق ضعف ما سرق، والقصاص جزاء القتل العمد، فالغرامة أو الدية في غير العمد، إضافة إلى التعويض عن الضرر اللاحق بحرمان المجني عليه من الانتفاع بالشيء المسروق، هذا في مصر الفرعونية التي عرفت آنذاك في تشريعاتها نظام النيابة العامة عن المجتمع.
ثانيا/التعويض في شريعة بابل: سادت هذه الشريعة في بلاد ما بين النهرين خاصة العراق وتعددت فيه القوانين آنذاك أهمها:

1."قانون حمورابي" الذي حكم بابل وأشور مدة لم يزحزحها عن نصف القرن إلا ثمان سنوات منذ 1728 إلى 1686 قبل الميلاد، حيث كان أقسى القوانين وأشدها مغالاة في فكرة الانتقام⁽⁶⁾ بالرغم من أن القوانين الآتية سبقته لحكم بابل منها:

أ. قانون أورتامو : كان في الفترة ما بين 2061 إلى 2041 قبل الميلاد، ومن النصوص التي عثر عليها وظهرت فيها فكرة التعويض: "إذا قطع رجل قدم رجل آخر، عليه أن يدفع عشرة شاقلات من الفضة". "إذا كسر رجل عظم رجا آخر بالسلاح، عليه أن يدفع منا واحدا من الفضة"، ومن هذا يمكن أن نستنتج وجود أو أقدمية الدية الاجبارية بدل القصاص.

ب. قانون بالا لاما : هنا ظهر التمييز في الجزاء بين الأشخاص من يقتص منه و الذي يدفع الدية الإجبارية بالشبه، فالفعل الضار الذي يقع بالأحرار جزاؤه هو قتل الجاني، والذي يقع على الأرقاء جزاؤه الدية فقط! وهذا من دوافع عدم استدامته، إذن ما هو الجزاء إذا كان الفعل الضار المؤدي إلى القتل وقع من طبقة الأحرار وعليها القتل أو الدية؟.

وقانون حمورابي، يعتبر حمورابي من أشهر ملوك بابل في الفترة ما بين 1728 إلى 1686 ق.م فهو أهم القوانين آنذاك، وأقصى وأضبط في بابل وأشور، إذ نص على جزاء القتل نفسا بنفس إذا كان هناك سبق إصرار وترصد، وعدم وجود الأخير يعني الحبس مدة طويلة في السجن مع الشغل، ولم يفرق في هذا بين الطبقات، أما حالة إصابة الأعضاء كسر أو جرح أو ضرب ميز بين الأحرار -مبدأ القصاص- والأرقاء مثل بالا لاما دفع الدية أي التعويض مع طبقة المتواضعين ومقدار التعويض يختلف حسب طبقة الشخص في المجتمع⁽⁷⁾.

ثانياً/قانون آشور : جاء في أغلب المراجع أنّ هذا القانون وضع بعد قانون حمورابي بألف سنة تقريبا، أخذ بالتعويض جبرا للضرر، كما فصل بين المسؤولين المدنية والجنائية.

من مواده "إذا زرع شخص بستانا على أرض الغير فإنّ الأمر يحتمل شيئين، فإن كان المالك يعيش في مكان قريب فإنّه يفترض فيه أنّه أعطى موافقته على ذلك، وفي هذه الحالة تسلم قطعة أرض مساوية بصفة تعويض، أما إن كان بعيدا فإنّ المفروض أنّ العمل تم ضدّ رغبته وله عند عودته أن يضع يده على البستان".

وعرف القانون الأشوري الشروط الجزائية "التعويض الاتفاقي" بديل الوثيقة التي اختصم فيها شخصان بسبب ميت حيث انعدم النزاع بالاتفاق.

ثالثاً/القانون الروماني : عرف القانون الروماني قسوة شديدة، إلا أنه يعتبر من أهم القوانين القديمة التاريخية المصدر لمعظم القوانين الغربية الحالية والقوانين الوضعية في العالم الإسلامي، المستنبطة منه.

ولذلك حظي بعناية فقهاء القانون الوضعي، ويمتد من تاريخ نشأة روما على الأرجح 754 ق م إلى ما بعد منتصف القرن السادس الميلادي، بعدما ظهرت مجموعة جستنيان سنة 533 للميلاد، ومن أشهر القوانين " قانون الألواح الإثني عشر" الذي قسم الجرائم إلى عامة وخاصة، وكان من حق المجني عليه حسب مراكز الخصوم في جريمة خاصة تقديم الجاني للقضاء أو حبسه في منزله، ومعاملته معاملة الرقيق أو القصاص أو الاتفاق على مقدار من التعويض مقدما أو غرامة، وفي الجريمة العامة من حقه تحريك الاتهام أمام المحاكم الشعبية بعد حصوله على إذن من القضاة الحكام، مثل الخيانة العظمى الواقعة ضدّ روما أو الملك، والقتل بالسم وخطف واختلاس الأموال الأميرية أو المخصصة لأغراض دينية.

وجاء في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد على الأرجح قانون إكليليا⁽⁸⁾ حدد الجرائم المعاقب عليها، والتي يحكم فيها بالتعويض متى نص عليها، كما فرق بين الجرائم الخاصة والعامة، فلم تكن هنا المسؤولية موجبة للتعويض إلا في الجرائم المنصوص عليها، كما هو متبع كمبدأ في قانون العقوبات الجزائري بأن "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بقانون"⁽⁹⁾ حيث تعرض للجرائم الإيجابية والمادية، التي تقع على الأشخاص أو على الأشياء فقط دون جرائم الامتناع، التي لم يأخذها بعين الاعتبار، بل إنّ انفصالها لم يظهر إلا ابتداء من القرن السابع عشر، ولم يتجلى التمييز بينهما بصفة نهائية إلا بعدما نشره الفقيه DOMAT في كتابه الكبير "القوانين المدنية LES DROITS CIVILES"⁽¹⁰⁾.

لابأس من أن تختم فكرة المسؤولية في القانون الروماني بتسجيل الملاحظة هذه والخاصة بالخطأ على ما ذكرنا، وإن ظهر في أواخر العهد الجمهوري، إلا أنه لم يكن شرطاً لقيام المسؤولية، بعكس ما كان عليه الضرر، فالخطأ وإن وجد إلا أنه لم يظهر كأساس للمسؤولية إلا في الأعمال التدليسية⁽¹¹⁾.

المطلب الثالث/الوظيفة العقابية للتعويض في القانون الفرنسي القديم

قد واجه القانون في مراحلہ الأولى إشكالية المسؤولية عن العمل غير المشروع، على النحو الذي سار عليه قانون الألواح الاثني عشر في عهد الرومان، فأخذ بفكرة الجريمة الخاصة والغرامة المالية كجزاء لها.

فالعمل الضار بالفرد سواء في جسمه أو شرفه أو ماله يجيز له-متى كان منصوص عليه في القانون كجريمة خاصة- أن يباشر دعواه الخاصة اتجاه محدث الضرر ليحصل على دية أو عقوبة خاصة محددة قانونا لكل جريمة بنوعها، ولذلك فإن المراحل الأولى في تطور القانون الفرنسي القديم تتصل بمرحلة الدية الإجبارية، حيث كانت المسؤولية المدنية والجناحية شيئا واحدا والجزاء هو العقوبة الخاصة.

ففي القرن السابع بعد الميلاد صدر قانون يعرف باسم Loi Salique يقع في 65 مادة منها 50 مادة حددت الجرائم المختلفة وقدرت لكل منها دية محددة بدقة، وكان الردع في هذا القانون موضوعيا بحتا، بمعنى أن الفعل المادي وحده هو الذي كان يخضع للردع دون بحث ذاتي عن الذنب كشرط لازم لقيام الجريمة، وذلك على النهج الذي سار عليه القانون الروماني القديم، على أن الغرامة كانت تقدر في كل جريمة حسب جسامتها من ناحية وحسب ظروف المجني عليه، إن كان سيذا أو عبدا أو أجنبيا أو وطنيا من ناحية أخرى، وكان جزء من المبلغ المدفوع من مرتكب الجريمة يذهب إلى الملك بصفة غرامة والباقي يمثل التعويض المستحق للمضرور أو عائلته، وفي حالة السرقة يلتزم السارق بأن يدفع علاوة على ثمن الشيء المسروق تعويضا القصد منه كان تعويض الحرمان من المنفعة وتقوم المسؤولية الجماعية -أي تضامن الأسرة للانتقام من الجاني- في حالة عدم دفع الدية أو تعذر دفعها أو عدم قبولها.

وبعد ذلك صدر قانون آخر يعرف باسم la loi des Visigoths تضمن هو الآخر تعريفات للدية خاصة في الجرائم الواقعة على الأموال، وكانت العقوبات الشخصية به كثيرة، وقد تميز عن القانون السابق عليه بأنه كان يعتد بالنية الإجرامية لتكليف الجريمة، ولتحديد مدى الجزاء الذي كان يمكن أن يكون بالضعف أو بثلاثة أضعاف، مما كان يعكس بدوره تأثير القانون الروماني ورغم وجود نطاق ضيق للالتزامات

الناشئة عن المبادلات فإنّ الالتزامات الناتجة عن الجرائم كانت تمثل النطاق الأعم في هذه المرحلة من القوانين الجرمانية⁽¹²⁾.

ونظراً لتأخر ظهور فكرة الالتزام بالمديونية في القوانين الجرمانية القديمة، فإنّ ظاهرة الانتقام كانت هي الطابع المميز للكثير من العقوبات الخاصة المحددة للجرائم، إذن كانت هذه العقوبات في جوهرها بديلاً للانتقام، وللمجني عليه وحده أو أولياء دمه حق المطالبة بها أو تتبعها.

ولم تفقد العقوبات الخاصة هذه الصفة إلا بفقدان الأفراد حق تتبع الجرائم والاستعاضة عنه بالالتزام مدني ناتج عن الجريمة في المراحل المتأخرة من القانون الفرنسي القديم.

كانت المسؤولية ذات صفة جنائية مثل القانون الروماني، في الجرائم العامة والخاصة، واعتبرت الغرامة بدل الثأر، وفي القرن الثالث عشر تم الفصل بين المسؤولية المدنية التي تخول التعويض وتقع على الأموال عما أصابه من ضرر، والمسؤولية الجنائية على الجرائم التي تقع على الأشخاص - نفس الشرف - فالجزاء العقوبة، وبذلك ظهرت فكرة الخطأ باعتبارها أساساً للمسؤولية المدنية في الأفعال الضارة بالأموال، وصاغ من ذلك الفقيه Domat قاعدة توجب على كل من سبب بخطئه ضرراً للغير أن يعرض هذا الضرر، وهذا الخطأ هو أنواع متعددة عند دوما منها:

1- الخطأ الذي تترتب عليه جنائية أو جنحة، فالجاني يكون بين مسؤولية أمام الدولة ومسؤولية أخرى أمام المضرور.

2- الخطأ العقدي مرتكبه مخرلاً بالتزاماته التعاقدية، كأن لم يحم المستأجر بالترميمات الملتزم بها.

3- الخطأ التقصيري كإهمال في حراسة الحيوان المحدث الضرر للغير، أو رمي شيء من النافذة عن رعونة، فيتلف ملابس أحد المارة التي تقع بفعل شخص سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر والخفة أو الجهل بما تنبغي معرفته أو أي خطأ مماثل مهما كان بسيطاً يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان بعدم تبصره أو خطؤه سبباً في وقوعها⁽¹³⁾

إذن على ماذا بني المبدأ العام عند دوما في المسؤولية؟، بني على الأخلاق عندما ظهرت فكرة الإثم الخلقي كأساس للالتزام بالتعويض عما تسبب فيه المرء من أضرار نتيجة لما يرتكبه من أخطاء، وكان ذلك بعد تبلور فكرة الخير والشر، وما ترتب عليها من ضرورة الثواب والعقاب تحت إشراف الكنيسة، بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية، أثبتت ذاتيتها ونشرت أفكارا جديدة، منها فكرة الإثم الخلقي التي بني "دوما" عليها فكرته عن الخطأ، وأصبحت القاعدة في شأن المسؤولية أنه: " لا مسؤولية بدون خطأ".

وقال: " إذا ترتب ضرر غير متوقع عن فعل برئ دون إمكان اسناد أي خطأ إلى فاعله فلا يسأل الفعل عنه"، واستمرارها في هذا النوع من التطور - المسؤولية المدنية - جعلها تستقل عن المسؤولية الجنائية في أواخر القرن الثامن عشر قبيل الثورة الفرنسية، وتقرر ركن الخطأ كأساس المسؤولية، إلى جانب جواز مساءلة المرء عن فعل غيره في أحوال معينة وعن فعل أضرار حيوانية أو ما ينشأ من سقوط مبانيه، وهذه الأحكام انتقلت إلى نابليون الذي أفرد لها المواد 1386/1382 مع تبلور المبدأ العام في المادة 1382 التي تنص على: "كل فعل أيا كان يقع من الإنسان ويسبب ضررا للغير يلزم من وقع في هذا الفعل الضار بخطئه بتعويض هذا الضرر"، وهكذا أصبح التعويض المدني مستقلا تماما عن العقوبة، وبالتالي أصبح مقياسه الوحيد هو مدى الضرر دون أي اعتبارات أخرى، وبذلك انتهى القانون الفرنسي القديم بجزء المسؤولية من الاتجاه الشخصي المتطرف وإرساء مبادئ الاتجاه الموضوعي.

المبحث الثاني/المفهوم الاصلاحى لوظيفة التعويض

لقد برزت منذ بداية هذا القرن، وبعد صراع سياسي طبقي دموي طويل عنيف ووظيفة المسؤولية المدنية في الفكر الضمان التي صاغ منها الفقه الإسلامي نظرية متكاملة من أجل تأمين العيش والراحة للناس بصورة رسمية عامة ودولية، وكان للحرب العالمية الأولى وللأزمات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الناجمة عنها واللاحقة، لها الأثر الفعال في تثبيت هذه الفكرة، وذلك ما يقصد إرضاء الجماهير لإصلاح مفاسد الأنظمة الاقتصادية الراهنة، لاسيما منذ أوائل الحرب العالمية الثانية، وما يقصد تحقيق العدالة الاجتماعية والأمن والسلام تحت مظلة فكرة جبر الضرر،

وكان آية هذه الفكرة ذاتها الميثاق الأطلسي الصادر دوليا سنة 1941 ذلك الميثاق الذي قرر صراحة ضرورة جبر الضرر بتحقيق الضمان الاجتماعي للأفراد في جميع الدول⁽¹⁵⁾. إلا أن فكرة جبر الضرر لم تأخذ مكانها الحقيقي من التشريع إلا بوضع التقنين المدني الفرنسي في عام 1804م، هذا وإن دلّ على وصف فائتاً يدل على أنّ التقنين الفرنسي حاز فضل السبق في وضع الفكرة للأعمال بها، وبينه وبين إدراج الفكرة في الميثاق الأطلسي أكثر من قرن أي 137 سنة، كما أخذت الفكرة بوضوح مكانها في التشريع المصري الجزائري.

المطلب الأول/الوظيفة الإصلاحية للتعويض في القانون الفرنسي

إنّ الحديث عن وظيفة التعويض في القانون للفرنسي ليس وليد الصدفة أو مجرد حشو، وإنّما لسبب أن مصدره التاريخي هو القانون الروماني ومدوّنة نابوليون التي جعلت ذلك في نصوص مثل المادة 1382 و 1383 كمبدأ عام⁽¹⁶⁾، ومن هذا كان أحد ركائز القوانين العربية المدنية، إذن أوضحنا أنّ فقه القانون الفرنسي القديم انتهى إلى أنّ التعويض ليس إشباعاً غريزيا لعواطف المضرور، أو تعبيراً عن حقه في الانتقام، وإنّما هو التزام فردي عن الأضرار التي سببها له الغير بخطئه، وهو أمر يتفق وقواعد الأخلاق التي توجب عدم الإضرار بالغير، وهو التزام بإصلاح آثار الفعل الضار، فإنّه يكفي إزالة الضرر بمقابل معادل له تماما وكل زيادة يجب استبعادها من التعويض، وبذلك فإنّ الفكرة التي سيطرت على أذهان واضعي التقنين المدني الفرنسي كانت تتمثل في الاتجاه بالتعويض من الشخصية المتطرفة التي عرفها القانون الروماني إلى الموضوعية المطلقة الإصلاحية، أي من النقيض إلى النقيض تماما وبصورة حاسمة لا تسمح بأي استثناءات وبالتالي فإنّه من المؤكد في عام 1804م قلّما شغلت العقوبة الخاصة الأفكار.

والأفكار التي يمكن بلورتها المعتنقة من واضعي القانون الفرنسي هي التمييز الكامل بين المسؤولية الجنائية التي تلحق الضرر بالمجتمع، وبالتالي الدولة هي وحدها تباشر الدعوى الجنائية ويرجع لها وحدها أمر القصاص، والمدنية الضرر الفردي وجزاؤها التعويض من طريق الدعوى المدنية وليس له حق توقيع العقاب عدا جرائم معينة

كالكذب والسب وليس يعني هذا أنها جرائم خاصة ولكنها تمس مصلحة الفرد أكثر من مصلحة المجتمع⁽¹⁷⁾.

وجرى هذا من عام 1789م إثر التشريعات الثورية، إذ لم يعد في مقدور النيابة العامة أن تتدخل في الدعوى إلا بعد أن يكون الاتهام قد وجه فعلاً للمتهم وأعلن به، والوسيلة هي الشكوى للمجني عليه وللمواطن العادي البلاغ ولقاضي الصلح البدئي في التحقيق لكون الجريمة متلبسا بها.

ثم عاد نظام الاتهام العام وعهد به إلى قاضي التحقيق الذي حل محل مدير هيئة ملتقي الاتهام مثل ما كان في 1670م حيث أصدر الملك لويس الرابع عشر أمراً بإصلاح النظام القضائي من أجل إعطاء النيابة العامة سلطات واسعة⁽¹⁸⁾، فالمسئولة الجنائية جزائية أو رادعة، والمدنية في جوهرها إصلاحية لأنها تقوم على الخطأ أو الإهمال، فإذا لا يمكن إسناده للخطأ أو الإهمال فهو من صنع القدر، إلا أنها مهما يكن أثرهما يسيرا على الضرر الواقع إلا أن التعويض يصبح أمراً واجبا، والتعويض المدني ليس عقوبة، ولا يتضمن أي صفة أو وظيفة عقابية فليس له إلا جبر الضرر، ولا يتأثر بجسامة الخطأ، والأهم أن يساوي التعويض مقدار الضرر، هذا ما اتضح بجلاء من إرادة واضعي التقنين.

المطلب الثاني/الوظيفة الإصلاحية للتعويض في القانون المصري

كل فعل يسبب ضرر للغير يعتبر خطأً كافياً لقيام المسؤولية والالتزام بالتعويض، وأن التعويض واحد لكل درجات الخطأ لا قيمة له إلا في إسناد المسؤولية، ولا علاقة له بتقدير التعويض، وأن القاعدة هي التعويض الكامل الذي يشمل الخسارة التي لحقت بالمدين، أو ما فاتته من كسب سواء في الضرر الأدبي أو المادي، والمواد الآتية تشير إلى ذلك:

المادة 17: يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221 و222 مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير⁽¹⁹⁾.

المادة 227: - إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول⁽²⁰⁾.

_ ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشًا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

المادة 222: يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء، ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

يظهر لنا من هذه المواد، أنّ أفكار واضعي التقنين المدني المصري الجديد، صراحة تشير إلى الاعتداء بجسامة الخطأ كعنصر من عناصر التعويض، بخلاف التقنين الفرنسي المستوحى من أفكار واضعيه اتجاهاً موضوعياً مطلقاً.

لذلك يمكن القول بأنّ التشريع المصري أخذ بالمبدأ الشخصي الذي يعتبر جسامة الخطأ عنصراً من عناصر تقدير التعويض إلى جانب عنصر مدى الضرر، كما ذهب إلى ذلك التقنين المدني الفرنسي في صياغته وفي أعماله التحضيرية، فالقضاء في مصر يحجم عن التصريح بهذا المبدأ، وإن كان يتبعه بإصرار، أما الفقه المصري رغم ميله إلى تقاليد القانون الفرنسي التي تأخذ بالموضوعية في تقدير التعويض لم يسعه إلا القول بأنّه: إذا كان الأصل أنّ التعويض لا يقاس إلا بمدى الضرر فإنّ جسامة الخطأ بإرادة واضعي التقنين المصري تدخل عنصر من عناصر التقدير إلى جانب عنصر مدى الضرر وهو عنصر يشمل لفظ (الظروف الملازمة) الوارد بالمادة 170 بصريح عبارات الأعمال التحضيرية للتقنين.

المطلب الثالث/ الوظيفة الإصلاحية للتعويض في القانون الجزائري

تنص المادة 124 ق م ج: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم

من كان سبباً في حدوثه بالتعويض "

والنص الفرنسي يعبر عن التعويض بـ Réparation أي الإصلاح في المادة 1382 ق م الفرنسي وهو لفظ أدق، لأنّ التعويض يشمل إعطاء المضرور مقابلا عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب، وهذا حسب المفهوم الاصطلاحي الضيق، سواء كان الرد ممكنا أو غير ممكن لفقدان الشيء خلال المدة التي كان تحديد المسئول عن الفعل أو التصرف، إما بدفع مقابل مالي للمضرور أو برد الشيء إلى صاحب الحق، وإما أن يتحمل ما دفعه المضرور من مصاريف للحصول على حقه موضوع الدعوى المدنية⁽²¹⁾ ولكل من أصيب شخصا بضرر مباشر عن جناية أو جنحة أو مخالفة الحق في التعويض، فنص المادة 124 ق م ج يعتبر بمثابة المبدأ العام المبين للمسئولية التقصيرية.

والتعويض بمفهوم واسع وعمام يعني إزالة الضرر، إما عينا بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، أو بدفع مبلغ من النقود تعويضا عنه، و يسمى تعويضا مدنيا، تميزا له عن العقوبة التي يجوز الحكم بها على الجاني بسبب الضرر نفسه، والفرق بينه وبين الإصلاح هو أنّ هذا الأخير هو عمل يقوم به المرء إما لحفظ الشيء أو لصيانته.

ولكن مفاهيم التعويض هاته لا يبدو لها أي أثر إلا بتوفر حالاته، ويكون نتيجة للضرر الناشئ عن الفعل الذي أتاه المسئول، وعادة ما يتجلى ذلك في معرفة أهمية التفرقة بين المسئولية التقصيرية كأصل عام واستثناء منه المسئولية العقدية، وقبل هذا وذاك يجب الإشارة إلى النقد الموجه إلى نص المادة 124 ق م ج⁽²²⁾ حول أساس المسئولية عن الأعمال الشخصية الذي هو الخطأ وليس الضرر، وإن كان المتأمل للنص السابق يخيل له أنّ المشرع الجزائري قد يأخذ في المسئولية التقصيرية بنظرية تحمل التبعة، وهي النظرية الموضوعية التي تصرف النظر عن فكرة الخطأ في المسئولية لذلك فإنّ لفظ الخطأ سقط سهوا من النص العربي، كما أنّ هناك شبه إجماع من الفقه والقضاء الفرنسيين على أنّ المسئولية عن الأفعال الشخصية تقوم على ركن الخطأ.

ولو أراد المشرع الجزائري اعتناق تحمل التبعة لما اشترط في نص المادة 136 ق م ج أن يكون فعل التابع غير مشروع، متفقا في ذلك مع المشرع المصري في المادة 174 ق م الذي رفض الأخذ بنظرية تحمل التبعة، والتي يستوي عندها أن يكون فعل التابع

الضار مشروعاً أو غير مشروع، ومن هنا تبلور مفهوم المسؤولية كون أنها تثير فكرة الخطأ وفكرة الجزاء، وبالنظر إلى فكرة الخطأ الذي قد يكون أدبياً أو قانونياً، وتبعاً لذلك تكون المسؤولية أدبية أو قانونية، فالجزاء الأولى يكون أدبياً يتمثل في تأنيب الضمير واستهجان المجتمع.

فالخطأ الأدبي يحقق المسؤولية متى ألحق ضرراً بالغير، بل إنّ هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسؤولية الأدبية⁽²³⁾، والمسؤولية القانونية هي التي يكون الخطأ المؤاخذ عنه فيها مقنناً، فالجزاء قد يكون عقوبة إذا كان الإخلال يمس مصلحة عامة للمجتمع وهي المسؤولية الجنائية⁽²⁴⁾ وقد يكون تعويضاً يلزم به المسئول إذا كان المساس بمصلحة خاصة وهذه هي المسؤولية المدنية وقد تتحقق المسئولتان معاً.

والمسؤولية المدنية قد تكون عقدية إذا كانت تربط المسئول بالمضروب علاقة عقدية كمسؤولية البائع عن عدم تسليم العين المبيوعة، وقد تكون تقصيرية إذا انعدمت تلك العلاقة كالمسؤولية عن حوادث السيارات ويتميز الجزاء في المسؤولية المدنية عنه في الجنائية، كونه في الأخيرة يهدف إلى مكافحة جرائم كعصيان اجتماعي بغض النظر عن الضرر الذي تحدثه، بينما يهدف الجزاء المدني إلى إصلاح الضرر الذي حدث نتيجة إخلال الشخص بقاعدة قانونية أو التزام قانوني واجب عليه، فهذا الجزاء إصلاحي.

أما إذا حاولنا التمييز بين المسئوليتين فإنّه واضح من كل الجوانب وقد ظل الرأي سائداً حتى أواخر القرن الماضي عن نظرية الأزواج التباين قال بها فقهاء كثيرون، على رأسهم الفقيه "سان كلات" والفرنسي Francois ثم ظهر فريق آخر يعتبر أنّ المسؤولية واحدة وليست مزدوجة ذات طبيعة واحدة فهي تقوم عندما يخل الفرد بما التزم به، قبل الغير قانوناً أو اتفاقاً والجزاء فيها التعويض عن الضرر الناشئ عن هذا للإخلال وترغم هذه النظرية "صافيني" والإخوة "هنريوليون" و"مازو".

ويرى الدكتور بلحاج العربي أنّ ازدواج المسؤولية حقيقة قانونية، مهما أنكرت فالمسئولتان تتحدثان في المبدأ كل من تسبب في إحداث الضرر للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض، وتختلفان في الصيغة كما أنّ الخطأ في الحالتين مشروع⁽²⁵⁾، ويكمن الفرق في ما يلي:

1. من حيث الأساس : إذ المسؤولية العقدية تنشأ نتيجة الإخلال بالتزام عقدي، أما التقصيرية نتيجة الإخلال بالتزام قانوني فحواه عدم الإضرار بالغير، إذ في المسؤولية التقصيرية لا بدّ من وجود خطأ - ضرر- علاقة سببية بينهما.

ويشترط في الضرر المنشئ لها والموجب للتعويض أن يمس حقا أو مصلحة محميين قانونا، وأن يكون محققا، أن لا يكون قد سبق التعويض عنه، وأن يكون شخصا وعلى المضرور إثبات الضرر بكل وسائل الإثبات الممكنة أما المسؤولية العقدية يتحدد نطاقها بالشروط الآتية:

- وجود عقد بين الطرفين المسئول والمضرور.

- أن يكون العقد صحيحا وإلا فإنها تعتبر مسؤولية تقصيرية بتوفر أركانها.

- أن يكون العقد قائما وقت وقوع الضرر.

- أن يكون الضرر قد وقع نتيجة الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد.

فالفقه اختلف اختلافا كبيرا بحيث انقسم إلى طائفتين، تقول بازدواج المسؤولية الأخرى بأنّ المسئوليتين شيء واحد، والراجح هو الرأي الأول الذي أخذت به الأغلبية⁽²⁶⁾، والفرق بينهما فيما يلي:

2. من حيث الأهلية : في التقصيرية تكفي أهلية التمييز، أما العقدية حسب القواعد العامة المادة 40 ق م ج: "وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، أما أهلية التمييز ستة عشر (16) المادة 42 ق م ج لناقض الأهلية.

3. من حيث نوع الخطأ : هو إخلال بواجب قانون سابق، ويميل الأستاذ الدكتور: إلى اعتباره انحرافا عن السلوك المألوف في الحياة الاجتماعية، أي الخطأ خروجا على مقتضيات الحيطة والحذر التي يجب أن يلتزم بها الفرد في كل نشاط يأتيه في حياته الاجتماعية أو المهنية، حتى يكون النشاط مصدرا للأضرار، ويقدر الخطأ بمعياري موضوعي⁽²⁷⁾، لذلك يعني الخطأ في المسؤولية التقصيرية أن يسأل المرء عن أي خطأ يرتكبه حتى وإن كان يسيرا أو تافها⁽²⁸⁾ نتيجة لعدم التبصر أو عدم الرعونة، أما العقدية فالخطأ يختلف باختلاف من تكون له المصلحة في العقود⁽²⁹⁾ التي تكون لمصلحة المدين يسأل هذا عن خطئه التافه "المستعير" وفي تلك التي تكون لمصلحة

الدائن لا يسأل المدين إلا عن خطئه الجسيم "عقد الوديعة دون أي أجر" والتي تكون المصلحة فيها للطرفين يسأل المدين عن خطئه الجسيم واليسير دون التافه، وبصرف النظر عن هذا التقسيم المهجور، فإنّ الخطأ في المسؤولية العقدية يجب أن تتوفر فيه خطورة ما أين يقارن سلوك المدين بسلوك الرجل العادي، الذي ينظر إليه بصفة مجردة مع تفرقة القانون بين مسؤولية المأجور أين يطالب بعناية الرجل العادي، وبين مسؤولية المتبرع فلا يطالب إلا بالعناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، وهو ما يقضي تماما على نظرية الخطأ المفترض التي تفتقر إلى نص قانوني، ومحاباة الفقهاء نظرية تحمل التبعة، أي تبعة الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ الالتزام⁽³⁰⁾.

4. من حيث الإعذار : القاعدة العامة أنّ التعويض لا يستحق في المسؤولية العقدية بعد إعذار الدائن للمدين حسب المادة 119 ق م ج، أما التقصيرية فلا حاجة إلى الإعذار فيها بل إنّّه يكون غير متصور، فلا حاجة للقول إن كان ضروريا أم لا 181 ق م ج، ولأنّ الالتزام فيها سلبي إذا كان في العقدية سلبيا.

5. من حيث مدى التعويض أو حجمه : يتحمل المتعاقد الضرر المباشر المتوقع الحصول 2/182 ق م ج: "غير أنّه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا التعويض عن الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" وفي التقصيرية : فيشمل التعويض الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، المباشرة وغير المباشرة عند أنصار الازدواجية في المسؤولية.

6. من حيث التضامن : في حالة تعدد المسؤولين تعاقديا، فإنّ التضامن لا يفترض وإنّما يكون بناء على نص صريح أو اتفاق، وأن يقسم المبلغ بينهم، أما التقصيرية، فالقانون قرر التضامن بين المدنيين إذا تعددوا 126 ق م ج "... وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض" المادة 3/178 ق م ج و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي، ومن هنا فإنّه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

7. من حيث التقادم : مدة التقادم في التشريع الجزائري متساوية بالنسبة للمسئوليتين المقدرة بخمسة عشر طبقا لنصي المادتين 144 و 308 ق م ج، وفي التشريع الفرنسي المادة 2262 ق م ف⁽³¹⁾، وهذا بخلاف التشريعات العربية منها المصري 172، واختلاف

مدد التقادم لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية بل لحكمة رآها المشرع⁽³²⁾ ، والليبي 178 والسوري 183 والقانون العراقي المادة 232 التي تقضي بسقوط دعوى التعويض في المسؤولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات، والسويسري المادة 60 بمضي سنة واحدة من يوم علم المضرور بالضرر وبشخص المسئول وإلا فبالمدة الطويلة.

8. من حيث الاختصاص⁽³³⁾ : في الأحوال التعاقدية المحكمة المختصة هي محكمة المدعي عليه، أما في المسؤولية التقصيرية فهي مكان وقوع الفعل غير المشروع المنشئ للالتزام حسب المادة 8 ق إ م ج.

9. من حيث رقابة المحكمة العليا : الرقابة واردة في العقدية لأنها ترجع إلى تفسير الالتزامات الواردة في العقد، بينما في التقصيرية فالأمر يتعلق بتطبيق القانون ويخضع في تفسيره لأحكامها إلى رقابة المحكمة العليا.

10. من حيث طبيعة التعويض : يكون دائما عينا والاستثناء نقديا في المسؤولية العقدية التقصيرية ويجوز أن يكون عينا كهدم الحائط⁽³⁴⁾ .

11. من حيث تقدير التعويض : في العقدية يقدر التعويض بمعيار ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من ربح، بينما في التقصيرية يترك التقدير للقضاء حسب جسامه الخطأ وفداحة الضرر، والقضاء في فرنسا يحكم أحيانا بتعويض الضرر غير المباشر في التقصيرية بخلاف العقدية فهناك اجماع أن لا تعويض فيها عن الضرر غير المباشر.

12. من حيث الإعفاء : يمكن الإعفاء من المسؤولية العقدية بالاتفاق أو بالقانون.

13. من حيث تأمينات التعويض: إنّ الإخلال بالتزام عقدي تنتقل إليه التأمينات الشخصية والعينية التي كانت تضمن الالتزام العقدي الأصلي كالرهن أو الكفالة بخلاف التقصيرية⁽³⁵⁾ .

خاتمة

أخلص من خلال العرض السابق إلى نتائج وهي:

- إنّ التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون على أساس اخلال بالتزام قانوني وهو عدم الإضرار بالغير، بينما الالتزام السابق في المسؤولية العقدية اتفاقي وينحصر في

الالتزام بإعطاء شيء معين أو بعمل أو بامتناع عن العمل، وبالتالي فالعقدية هي استثناء لا يسري إلا إذا كان بين الدائن والمدين عقد أخل فيه هذا الأخير بأحد التزاماتها.

— أنّ الغاية من التعويض المدني إذن هي: الإصلاح، وذلك فإن القاضي لا يتأثر— وقت تقدير التعويض- إلا بالضرر المطلوب إصلاحه، ليكون ما يقضي به من التعويض مكافئاً لما ثبت لديه من ضرر لا يزيد عليه ولا ينقص عنه.

— أنّ التعويض يؤدي إلى إعادة التوازن بين الذمم المالية بعد أن أخل بها الضرر الناتج عن الجريمة، وهو يهدف إلى تحقيق مصلحة فردية تنحصر في إصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة، ومع ذلك، لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود و إلا فالضرر الأدبي لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي.

— أنّ الخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنه، بسبب ما فات المتضرر من ربح محقق، تحدده السلطة التقديرية للقاضي.

— أنّ الحكمة من التعويض هي جبر الضرر باعتباره جزاء المسؤولية المدنية وليس له أية وظيفة أخرى خلاف ذلك، سواء في القانون الوضعي أو في الشريعة الإسلامية وبهذا تتميز الحكمة من التعويض عن الحكمة من العقوبة الردعية.

— وكاقترح للجمع بين وظيفتي التعويض الإصلاحية والردعية، يجب اعتبار مبدأ التضمين هو الأساس، لقمع للعدوان، وجبر وإصلاح الضرر الموجب للتعويض سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً.

الهوامش:

- (1) محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 19.
- (2) أبي عمر أحمد بن محمد بن عبد ربه الأندلسي، العقد الفريد المجلد الخامس، حقه وشرحه وعرف أعلامه محمد التونجي، ط 1، دار صادر بيروت، 2001، ص 191.
- (3) (عبد الله لفقيري، ماحي حسين، لغواطي لطيفة) التعويض في القانون المدني الجزائري وسلطة القاضي المدني في تقديره، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس دفعة 2001، ص 7.
- (4) محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 25.
- (5) لأنّ هذا المقدر يختلف في بعض القوانين تبعاً للمكانة الاجتماعية للمجني عليه وتبعاً لنوع الأعضاء المصابة بالضرر". عبد الرحيم صدقي، القانون الجنائي عند الفراعنة، ط 2، د. دار النشر، 1989، ص 91.
- (6) أبو الوفاء محمد أبو الوفاء، حقوق المجني عليه وطرق كفالته له، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1994م، ص 6.

- (7) علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 191.
- (8) محمد نصر الدين محمد: أساس التعويض، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص 39 وما بعدها.
- (9) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 192.
- (10) المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري، أمر رقم 66-56 مؤرخ في 08 يونيو 1966م، المعدل والمتمم.
- (11) فقيه فرنسي فصل بين المسؤولية المدنية والجنائية، وجاء الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية في مؤلفة "القوانين المدنية".
- (12) فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية الهامة للالتزام، مطبعة قصر الكتاب، الجزائر 2007م، ص 171.
- والتدليس: LE DOL فهو استعمال الغش بقصد جر الآخر إلى عمل مادي أو حقوقي ضار به، والغش LA FRAUDE له مدلول عام بمعنى عمل من أعمال الختل والإغفال مهما كان القصد منه.
- (13) محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس المسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دفعة 1978. ص 36.
- (14) صادق المهدي سعيد، الضمان الاجتماعي دراسة مقارنة وتطبيقية في العراق، د مكان النشر، 1957، ص 14.
- (15) المشرع الجزائري ضمّ مادتين في المادة 124 من القانون المدني كمبدأ عام.
- (16) محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 67-72.
- (17) زكي حسين زيدان: حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، ص 28 و ص 39-40.
- (18) محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص: 83/84
- (19) سامح سيد محمد، القانون المدني المصري وفقا للأحدث التعديلات حتى سنة 2007، د م ن، طبعة 2007، ص 48.
- (20) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، دار إحياء التراث العربي القاهرة، طبعة 1963، ص 974.
- (21) إبراهيم نجار - يوسف شلال- زكي البدوي القاموس القانوني (فرنسي عربي)، الطبعة الرابعة 1995، ص 241.
- (22) علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1992. ص ص 92-93.
- (23) أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 714.
- (24) حبيب إبراهيم الخليلي: مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية: ص 02.
- (25) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ص 15.

- ⁽²⁶⁾ علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1992، ص 114.
- ⁽²⁷⁾ جابر محجوب علي، المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، (مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 44.
- ⁽²⁸⁾ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق: ص 114.
- ⁽²⁹⁾ بصرف النظر عن النظرية التقليدية التي كانت تقول بتدرج الخطأ من جسيم إلى يسير، ومن يسير إلى تافه.
- ⁽³⁰⁾ الفاضل عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1986: ص 66.
- ⁽³¹⁾ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 31.
- ⁽³²⁾ عبد الحليم فوده، محامي بالنقض موسوعة التعويضات المدنية، الجزء الأول، نظرية التعويض المدني، المكتب الدولي للموسوعات القانونية 2005، ص 9.
- ⁽³³⁾ يعقوبي، معجم للمصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، (عربي فرنسي، فرنسي عربي)، ط 02، 2001/1422، قصر الكتاب، ص 65.
- ⁽³⁴⁾ علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثانية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2015، ص 397.
- ⁽³⁵⁾ علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 116-118.

دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في الرقابة على مدى تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني إبان الثورة الجزائرية*

MOKADEM Faïçal, M.A «A»
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Tizi Ouzou, 15000 – Algérie.

مقدم فيصل، أستاذ مساعد "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

لقد اتسع دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر إبان الثورة التحريرية في فرض مجال واسع لتدخلها، والرقابة على كل أنواع الممارسات والانتهاكات للقواعد الأساسية للقانون الدولي الإنساني، سواء ما تعلق منها بالضحايا المدنيين أو المقاتلين المصابين، و لدى اطلاعها على ظروف الاحتجاز تنامت علاقة الثورة باللجنة الدولية للصليب الأحمر، مما انعكس ايجابيا على متابعة مصير السجناء وأسرى الحرب والمحتجزين في المعتقلات وتقديم تقارير بصفة دورية على الوضع الإنساني لهم.

الكلمات المفتاحية:

اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الرقابة، القانون الدولي الإنساني، الثورة التحريرية.

Le rôle du comité de la croix rouge internationale dans le contrôle d'exécution des règles du droit international Humanitaire lors de la Guerre de libération nationale

Résumé:

Le rôle du comité international de la croix rouge s'est élargi, lors de la guerre de libération, en imposant un large champ d'intervention et du contrôle de tous les types de pratiques et violations des règles du droit international humanitaire, soit celles liées aux victimes civils ou celles liées aux combattants pendant leur détention. C'est les conditions de cette dernière qui est à l'origine du développement de la relation entre la révolution et le comité de la croix rouge internationale, ce qui a permis à ce dernier d'entreprendre une tâche positive dans le suivi du devenir des prisonniers de guerre, des retenus dans les camps de concentration et sur la présentation des rapports périodiques sur leur situation.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/03/20 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/24 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Les mots clés:

Le rôle du comité de la croix rouge international, le contrôle, droit international humanitaire.

The role of the international commission of the red cross in the control of the execution of the human international law during the revolution of Algerian liberalization

Abstract:

The role of the international committee of the red cross has widened during the revolution of liberation by imposing a large field in matter of its intervention and control of all types of practices and violation of the rules of the humanitarian international law and human rules either they are related to the civil victims or the attained fighters.

When it was acquainted the conditions of detention, the relation of the revolution with the international committee of the Red Cross developed. Which reflects positively on the fellow of the destiny of the prisoners, the prisoners of war and of the arrested persons in the concentration camp and on the presentation of periodically reports on their human condition.

Keywords:

The role of the international committee of the Red Cross, the control, the humanitarian international law.

مقدمة

كشفت التجربة التاريخية للجنة الدولية للصليب الأحمر النقاب على الحدود الضيقة لميدان تطبيق القانون الإنساني أثناء حروب التحرير الوطنية، التي طبعت العلاقات الدولية منذ الحرب العالمية الثانية وبصفة مأساوية، وعجز الدول المتحاربة عن تنظيم المعاملة بين الأشخاص أثناء هذا النوع من النزاعات، خاصة فيما يتعلق بحماية الضحايا المدنيين والمقاتلين المصابين واحترام عدد من الأصول والقواعد ذات الطابع الإنساني.

وترتبا على ذلك عمل المجتمع الدولي على إيجاد آليات لتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، يكون من شأنها كفالة احترام حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة⁽¹⁾، ومن بين هذه الآليات نجد اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي تعمل على تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني بوصفها مؤسسة إنسانية محايدة ومستقلة⁽²⁾، استنادا إلى التفويض الإنساني الممنوح لها بمقتضى اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 والبروتوكولين الإضافيين لسنة 1977.

هذا وقد لعبت اللجنة الدولية للصليب الأحمر دورا بارزا في تطوير القانون الدولي الإنساني، فهي تراقب الحكومات في مدى تطبيقها لهذه الاتفاقيات، وترسل رسائل لها عن وضع حقوق الإنسان، كما تمثل آليات إنذار مبكر للحكومات قبل وقوع الانتهاكات والخروقات، فهي إذن وسائل للوقاية كما أنّها أصبحت عضوا في المجتمع الدولي ولها العديد من الأعمال والأنشطة الميدانية، وبفضل الدور الأخذ في الاتساع والمعترف به للجنة الدولية في نصوص الاتفاقيات، يوحى بأنّها حصلت على الشخصية الدولية⁽³⁾.

وتعدّ الثورة الجزائرية أحسن نموذج على ذلك⁽⁴⁾، فرغم افتقارها لإطارات وموارد مالية، فإنّها نصبت منذ 1902 مفوضية دائمة لدى اللجنة الدولية للصليب الأحمر في جنيف وهي لا زالت في حالة حرب، ويعتبر ذلك حدثا فريدا من نوعه في تاريخ الحروب، فشكّل سابقة فتحت المجال بعد ذلك أمام الشعوب المستعمرة. وما ينبغي التنويه والتأكيد عليه أنّ هذا المكسب لم يأت صدفة بل كان الحصول عليه صعبا جدا، نظرا للموقف المتصلب لأنصار البقاء على الحالة الراهنة، والذين رفضوا كما كان متوقعا أي تغيير متمسكين بفكرة التفريق بين النزاعات المسلحة الدولية ووصف حروب التحرير الوطني كنزاعات داخلية. لذلك من الفائدة التطرق والوقوف عند الثورة التحريرية وتجربتها في كيفية إقامة تلك العلاقة، والانضمام الذي كانت تتطلع إلى تحقيقه والذي مكّن بدوره اللجنة الدولية للصليب الأحمر منذ سنة 1900 التدخل في حرب الجزائر، لذا نتساءل عن دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر كآلية في الرقابة على مدى تنفيذ واحترام قواعد القانون الدولي الإنساني إبان الثورة التحريرية ونتائج تدخله؟

وعلى ضوء ذلك، حاولنا الإجابة على الإشكالية ضمن مبحثين وخاتمة كما هو مبين على النحو التالي:

تناولنا في المبحث الأول ماهية اللجنة الدولية للصليب الأحمر وذلك وفق مطلبين، فأما المطلب الأول يتعرض للطبيعة القانونية للجنة الدولية للصليب الأحمر وتحديد مراحل نشأتها، أما المطلب الثاني فقد خصصته لمبادئ اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومصادر تمويلها.

أما المبحث الثاني فهو عملي ركزت فيه على تطبيقات اللجنة الدولية للصليب الأحمر أثناء الثورة التحريرية، مبرزا بداية تدخلها والأساس القانوني الذي خول لها

تنفيذ مهامها في مطلب أول، أما المطلب الثاني تطرقت فيه إلى موقف كل من فرنسا و الحكومة المؤقتة من قرار الانضمام لاتفاقيات جنيف، وكخاتمة لذلك نخلص إلى تنامي وتوسع علاقة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالثورة الجزائرية في أعمال الدبلوماسية الإنسانية.

المبحث الأول/ ماهية اللجنة الدولية للصليب الأحمر

اللجنة الدولية للصليب الأحمر هي الجهاز المؤسس لحركة الصليب الأحمر و الهلال الأحمر الدولية، علما بأنها مؤسسة إنسانية ومستقلة، تسعى كوسيط محايد في حالات النزاعات المسلحة والإضطرابات إلى حماية ومساعدة ضحايا النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية و الإضطرابات و التوترات الداخلية، إما بمبادرتها أو استنادا إلى اتفاقيات جنيف.

المطلب الأول/ الطبيعة القانونية للجنة الدولية للصليب الأحمر

بالإستناد إلى النظام الأساسي للجنة الدولية و تقاريرها، فتعتبر جمعية وطنية يحكمها القانون المدني السويسري، إلا أنّ المهام المسندة إليها من الدول عبر اتفاقيات القانون الدولي الإنساني يجعلها تتجاوز فكرة جمعية وطنية، لتتمتع بالشخصية القانونية الدولية.

الفرع الأول/ تعريف اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومراحل نشأتها

إنّ اللجنة الدولية للصليب الأحمر هي عبارة عن جمعية سويسرية تأسست بموجب المادة 60 من القانون المدني السويسري عام 1864⁽⁵⁾، و عليه حدد النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الأحمر طبيعة اللجنة، بكونها جمعية تنظمها المادة 60 و ما بعدها من القانون المدني السويسري و قد اعترف لها نظامها الأساسي الصادر بتاريخ 24-06-1998 بالشخصية المدنية، لتتأكد هذه الصفة للجنة الدولية تقريبا في جميع تقاريرها و منشوراتها، و يتجلى تعريف اللجنة الدولية للصليب الأحمر و مراحل تطوراتها في البحث في فكرة تمتع اللجنة بالشخصية القانونية الدولية زيادة على الشخصية المدنية، خاصة و أنّ المهام التي أنشئت من أجلها تتعدى طابع جمعية مدنية، و عملها يتجاوز نطاق إقليم واحد على غرار المنظمات غير الحكومية الأخرى.

وذلك بالعمل في كل أنحاء العالم في الوقت الذي ينشب فيه نزاع ذو طابع دولي أو داخلي، أو حتى في حالة وجود اضطرابات داخلية وتوترات، بعد التعديلات التي أحدثتها اللجنة الدولية على مهامها⁽⁶⁾.

و عليه فإنّ تمتع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالشخصية القانونية الدولية، يكمن في اعتراف الدول بذلك و من خلال المهام المسندة إليها طبقاً للاتفاقيات الدولية، وقد اعترفت السلطات السويسرية بنشاط اللجنة الدولية، فأصدر مجلس الإتحاد السويسري في 25-11-1958 إعلاناً بيّن فيه طبيعة اللجنة الدولية والمهام الموكولة إليها بمقتضى اتفاقيات جنيف، حيث أعلن المجلس الإتحادي السويسري "بأنّه سيسهل للجنة الدولية كل الوسائل المتاحة لتنفيذ رسالتها والاحتفاظ باستقلالها، ويدعو المجلس سلطات الإتحاد والأقاليم إلى تقديم العون والمساعدة لهذه اللجنة بروح الاتفاقيات، وبخاصة عن طريق تأمين منشآتها ومحفوظاتها وممتلكاتها وحرية عمل أعضائها وموظفيها في ممارسة وظائفهم، عن طريق تذليل العقبات التي قد تواجه انتقال بريدها وتنفيذ أعمالها في مجال الإغاثة.

وعلى المستوى الدولي، فإنّ اللجنة الدولية للصليب الأحمر تعتبر من بين المنظمات غير الحكومية وذلك بالنظر إلى طبيعة المهام الموكولة إليها بمقتضى اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949، وهذا ما يؤكد الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية لسنة 1949 الذي ينص على مايلي:

"إذا كان مجمع الدول يوكل إلى منظمة دولية مهام ووظائف محددة فإنّه يمنحها في الوقت نفسه بطريقة صريحة أو حتى ضمنية المركز القانوني اللازم لها للإضطلاع بالمهام التي أوكلت لها... "ومن ثمة يمكن تعريف اللجنة الدولية للصليب الأحمر من خلال تبيان المركز القانوني لها، الذي يؤكّد تمتعها بمركز المنظمة غير الحكومية وهي:

1- اتفاقيات المقر بين اللجنة الدولية والحكومات: وهي الإتفاقيات التي تعقد بين اللجنة الدولية للصليب الأحمر من جانب و الدولة التي تقع في إقليمها مقر اللجنة الدولية من جانب آخر، هذه الإتفاقيات التي من شأنها منح اللجنة الدولية للصليب الأحمر حصانات وإميازات تتمتع بها المنظمات الدولية، وتشمل هذه الحصانات حصانة المباني والمحفوظات وغيرها من الوثائق، كما يستفيد مندوبو اللجنة الدولية

للصليب الأحمر بوضع مماثل لمركز موظفي المنظمات الحكومية و الدولية، إذ يزودون بجوازات سفر تصدرها الحكومة السويسرية بل تصدرها اللجنة الدولية للصليب الأحمر ذاتها⁽⁷⁾.

وفي هذا الإطار وقعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر على 36 اتفاق مقرر مع مختلف الدول خلال الفترة الممتدة من مارس 1972 إلى جانفي 1991، كان أولها مع دولة الكاميرون وآخرها مع الجمهورية التونسية.

2-القرارات القضائية الدولية : حيث أنّ هناك عدد من المحاكم الوطنية و الدولية، حكمت لصالح الحصانة القضائية و الإمتيازات المتعلقة بالشهادة التي تتمتع بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

3-طبيعة العلاقة التي تربط اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالعديد من الدول و المنظمات الدولية التي تعدّ علاقة تنسيقية لا علاقة تبعية.

4-منح اللجنة الدولية للصليب الأحمر مركز المراقب في الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1991⁽⁸⁾.

ضف إلى ذلك أنّ اللجنة الدولية للصليب الأحمر هي منظمة إنسانية تعمل على تفعيل الدبلوماسية الوقائية في بؤر التوتر في العالم، و لم تبقى تقتصر على مهامها الأصلية في حماية ضحايا النزاعات المسلحة بل أصبح دورها يتعدى ذلك إلى تفعيل آلياتها كوسيلة إنذار مبكر لإنتهاكات القانون الدولي الإنساني⁽⁹⁾.

الفرع الثاني/الأجهزة الإدارية للجنة الدولية للصليب الأحمر: من الناحية الإدارية تتكون اللجنة الدولية للصليب الأحمر من خمس أجهزة محددة بمقتضى المواد 8، 9، 10، 11، 12 من النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الأحمر، حيث تنص المادة 8 من النظام الأساسي على أنّ " هيئات اللجنة الدولية هي : الجمعية، مجلس الجمعية، الرئاسة، الإدارة، مراقبة الشؤون الإدارية".

و عليه فإنّ أجهزة اللجنة الدولية للصليب الأحمر تتنوع و تتعدد، و التعدد و التنوع بين أجهزة اللجنة الدولية للصليب الأحمر يفرضه مبدأ تقسيم العمل بين أجهزة اللجنة، و في ذلك مراعاة لمقتضيات السرعة و الفاعلية في أداء مهامها التي تتمثل في

حماية جميع ضحايا النزاعات المسلحة، و ضمان تطبيق القواعد الإنسانية التي تحدّ من استعمال العنف المسلح و تتمثل هيئات اللجنة فيما يلي:

أولاً-الجمعية : هي الهيئة الرئاسية العليا للجنة الدولية للصليب الأحمر، و هي تشرف على كافة أنشطتها و تقوم بصياغة السياسات و تحديد الأهداف العامة و إستراتيجية المؤسسة و ميزانيتها، و تتكون من أعضاء يتراوح عددهم بين 15 و 25 و تعمل على أساس العمل الجماعي.

ثانياً-مجلس الجمعية : هو عبارة عن جهاز فرعي للجمعية، و يعد أنشطتها و يتخذ القرارات بشأن الموضوعات التي تقع في نطاق اختصاصه، و هو يعمل كحلقة إتصال بين مجلس الإدارة و الجمعية و يتكون من خمسة أعضاء منتخبين من قبل الجمعية.

ثالثاً-الرئاسة : يتولى رئاسة اللجنة الدولية رئيس و نائبان، و هم مسؤولون عن العلاقات الخارجية للجنة و الإشراف على حسن سيرها.

رابعاً-الإدارة : هي الجهاز التنفيذي للجنة الدولية، و هي المسؤولة عن تطبيق الأهداف العامة المحددة من قبل الجمعية.

خامساً-مراقبة الشؤون الإدارية: وضعت اللجنة جهاز مراقبة الشؤون الإدارية من أجل مراقبة ميزانيتها و كيفية سير عملها⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني/مبادئ اللجنة الدولية للصليب الأحمر و هيكلها:

لقد تم ذكر مبادئ اللجنة الدولية للصليب الأحمر في الدورة العشرين لمؤتمر الحركة الدولية في سنة 1965، و من بين المبادئ ما يسري على كل أجهزة الحركة الدولية، و منها ما لا يسري إلا على جمعيات الصليب الأحمر و الهلال الأحمر كمبدأ الوحدة و هو ما نتأتى على تفصيله فيما يلي:

الفرع الأول/مبادئ اللجنة الدولية للصليب الأحمر

تقوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر في أداء رسالتها على سبع مبادئ تتمثل في الإنسانية -عدم التحيز- الحياد- الإستقلال- التطوع- الوحدة- العالمية و قد صنف النظام الأساسي للدولة هذه المبادئ إلى ثلاثة فئات و ذلك على النحو التالي:

أولاً/المبادئ الأساسية والتي تتمثل في مبدأ الإنسانية ومبدأ عدم التحيز:

إن مبدأي الإنسانية و عدم التحيز هما المبدءان الأساسيان لعمل اللجنة، و على أساسهما يتحدد هدف الخدمات الإنسانية التي تؤديها اللجنة لصالح ضحايا النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية.

و مبدأ الإنسانية هو المحرك الأساسي لنشاطات اللجنة الدولية للصليب الأحمر في مد يد العون لضحايا النزاعات المسلحة، و هذه هي غاية القانون الدولي الإنساني.

ضف إلى مبدأ عدم التحيز الذي يعبر عنه في النظام الأساسي على أنه: " لا تميز الحركة بأي شكل بين الأشخاص على أساس الجنسية أو العرق أو الحالة الإجتماعية أو الإلتناء السياسي" و بذلك يقضي هذا المبدأ بوجود احترام جميع الضحايا دون تفریق أو تمييز.

ثانياً/المبادئ المشتقة

و يقصد بها مبدأي الحياد و الإستقلال، و هما وسيلتان لتطبيق المبادئ الأساسية عامة. لقد عبرت ديباجة النظام الأساسي للحركة عن مبدأ الحياد، بأنه في سبيل الإحتفاظ بثقة الجميع تمتنع اللجنة عن الإشتراك في جميع الأوقات عن المجادلات السياسية أو العرقية أو الدينية أو الطائفية، أما عن مبدأ الإستقلال فتصفه ديباجة النظام الأساسي بأنه: " الحركة المستقلة و على الجمعيات الوطنية و هي هيئات مساعدة للسلطات العامة في أنشطتها الإنسانية و تخضع للقوانين التي تنظم بلدانها أن تتمكن من الإحتفاظ باستقلال يسمح لها بالعمل دائماً وفقاً لمبادئها".

ثالثاً/المبادئ التنظيمية

إنّ المبادئ التطوعية و الوحدة و العالمية مبادئ تنظيمية لها طبيعة مؤسسية، فطبيعة الخدمة في اللجنة الدولية للصليب الأحمر هي تطوعية، أما مبدأ الوحدة فيعني وجود لجنة واحدة للصليب الأحمر في العالم تضطلع بالقيام بالمهام المحددة بموجب اتفاقيات جنيف و نظامها الأساسي، و في السياق نفسه نجد أنّ اللجنة الدولية للصليب الأحمر حركة عالمية النطاق تتمتع فيها كل الجمعيات بحقوق متساوية، تقع عليها مسؤوليات و واجبات متساوية و يهدف نشاطها الإغاثي إلى إغاثة كل شخص في كل بقعة من العالم.

الفرع الثاني/هياكل اللجنة الدولية للصليب الأحمر

تضطلع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بمجموعة من المهام، و تعتمد في أداءها لتلك المهام على هيكل بشري و مالي و يوفر لها الإمكانيات البشرية و المالية.
أولا/الهيكل البشري:

إنّ الموظفين لدى اللجنة الدولية للصليب الأحمر من مندوبين و متخصصين لابد أن يستوفوا جميع شروط الوظيفة الدولية، بحيث توظف اللجنة الدولية المندوبين إلى الخارج بناء على معايير صارمة تشمل مايلي: ألا يكون متقدما في العمر من 25 إلى 35 عام، التحكم في اللغات، الحالة الصحية الجيدة، الكفاءة في استخدام الحاسوب، غير مسبق قضائيا.

ثانيا/الهيكل المالي:

بالإضافة إلى الهيكل البشري، لا بد أن تتوفر للجنة الدولية للصليب الأحمر موارد مالية تكفل لها مجابهة النفقات التي تقتضيها ممارسة نشاطها، بحيث يجوز لها امتلاك ونقل وإدارة أي مال على النحو الذي تراه إدارتها مفيدا.

تتكون الموارد المالية للجنة الدولية للصليب الأحمر بصورة رئيسية من مساهمات الحكومات و الجمعيات الوطنية، و سعي لإيجاد التمويل اللازم، تصدر اللجنة الدولية نداءات سنوية لتغطية المقر و تحسبا للطوارئ، و تكون التبرعات نقدية أو عينية أي سلعا مثل الغذاء، الأرز، الحبوب، أو مواد غير غذائية كالمشاحنات، البطانيات، الأغذية و الخيام أو على هيئة خدمات مثل الموظفين المتخصصين و كذا نداءات التمويل.

المبحث الثاني/مهام اللجنة الدولية للصليب الأحمر إبان الثورة التحريرية و موقف كل من فرنسا و الحكومة المؤقتة من قرار الإنضمام

تعمل اللجنة الدولية على تأمين مساعدة و حماية ضحايا النزاعات المسلحة بتقديم الحماية و المساعدة إلى ضحايا النزاعات المسلحة، من أجل الحفاظ على سلامتهم و تمكينهم من استعادة استقلالهم، و هي المبادئ الرئيسية لعملها و كذلك المبادئ التي يعبر احترامها عن الشخصية الفريدة لها.

المطلب الأول/مهام اللجنة الدولية للصليب الأحمر إبان الثورة التحريرية

تتنوع مهام و نشاطات اللجنة الدولية للصليب الأحمر أثناء النزاع المسلح لتشمل كل المسائل التي يتضمنها القانون الدولي الإنساني، إذ تمارس اللجنة الدولية عدم مهام في مجال التعريف بهذا القانون ونشر قواعده.

الفرع الأول/الأساس القانوني لمهام اللجنة

تعمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إطار قواعد القانون الدولي الإنساني على حماية ضحايا النزاعات المسلحة، ويستند عملها على أساس قانوني محدد يضيء على عملها الإنساني طابع الشرعية، ونجد هذا الأساس في اتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 وأيضا في نظامها الأساسي.

يتمثل دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر طبقا لنص المادة 04 من نظامها فيما يلي:

- 1- العمل على دعم و نشر المبادئ الأساسية للحركة و هي الإنسانية و عدم التحيز و الجياد و الإستقلال و الخدمة التطوعية و الوحدة و العالمية.
- 2- الإعتراف بكل جمعية وطنية يتم إنشاؤها أو يعاد تأسيسها، و تستوفي شروط الإعتراف بها و إخطار الجمعيات الوطنية الأخرى بذلك.
- 3- الإضطلاع بالمهام الموكولة إليها بموجب إتفاقيات جنيف و أخذ العلم بأي شكاوى مبنية على إنتهاكات القانون الدولي الإنساني.
- 4- السعي في جميع الأوقات إلى ضمان الحماية و المساعدة للعسكريين و المدنيين من ضحايا الحروب و النزاعات المسلحة.
- 5- ضمان سير عمل الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين كما هو منصوص عليه في إتفاقيات جنيف.
- 6- المساهمة تحسبا لوقوع نزاعات مسلحة في تدريب العاملين في المجال الطبي، و إعداد التجهيزات الطبية و ذلك بالتعاون مع الجمعيات الوطنية و الوحدات الطبية العسكرية و المدنية.
- 7- العمل على نشر القانون الدولي الإنساني الواجب التطبيق في النزاعات المسلحة.
- 8- القيام بالمهام التي كلفها بها المؤتمر الدولي للصليب الأحمر.

أما الأساس القانوني لعملها وفقا لإتفاقيات جنيف الأربع لسنة 1949 فيتضح من خلال نصوص المواد المشتركة بين الإتفاقيات المواد 09 من الإتفاقيات الأولى و الثانية و الثالثة و المادة 10 من الإتفاقية الرابعة.

كما تناولت المواد 10 من الإتفاقية الأولى و الثانية و الثالثة و المادة 11 من الإتفاقيات الأربع لسنة 1949 الوضع الذي لا توجد فيه دولة حامية تؤدي وظيفتها و هنا يتطلب تعيين البديل عنها.

الفرع الثاني/تطبيقات اللجنة الدولية للصليب الأحمر أثناء ثورة التحرير (جانفي 1955- جويلية 1962)

أولا/التعاون مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

شكلت اللجنة الدولية للصليب الأحمر طرفا ثالثا غير منخرط في النزاع المسلح الجزائري، في شكل آلية للمبادرات فيما يتعلق بالإمتثال إلى القانون الدولي الإنساني، و نذكر في هذا الصدد أنشطتها في مجال التعريف بمعاهدات القانون الدولي الإنساني و تنفيذها و عملها في مجال الحماية و المساعدة، و رصدها للإمتثال للقانون الدولي الإنساني و الوصول إلى ضحايا النزاع المسلح⁽¹¹⁾.

وكان لثورة التحرير الإرادة السياسية و القدرة العملية على ربط علاقاتها مع هذه اللجنة، التي تأتي في إطار تحمل التزاماتها القانونية باستمرار إزاء القانون الدولي الإنساني، حددت معالمها برقية أرسلتها جبهة التحرير الوطني للجنة في 13-05-1958 أكدت فيها أنها ستمتنع عن كل بادرة من شأنها أن تزيد الحالة سوء، علما بأنّها ستجد نفسها مضطرة إلى إسترداد حريتها في العمل إذا لم يبرهن الطرف الآخر في النزاع على تقيده بهذا النهج، و ألحقت هذه البرقية بعدة رسائل شفوية عن طريق المندوب الدائم للهلل الأحمر الجزائري لدى اللجنة بعد 28 ماي 1958، ما أدى إلى تحديد استراتيجية تعاون لتنفيذ القانون الدولي الإنساني في الجزائر و قد أسفر ذلك التعاون عن التوقف عن تنفيذ أحكام الإعدام لمدة تقارب الخمسة أشهر، ثم نكثت فرنسا هذا الإلتزام و عادت إلى تنفيذ أحكام الإعدام .

و لدى فحص إجراءات الحكومة المؤقتة للنزاع الجزائري فإنّها اتخذت التدابير التالية:

أصدرت مرسوما بتاريخ 04-10-1958 يقضي بإطلاق سراح أسرى الحرب لديها بلا قيد أو شرط، وإعادة الحرية فيه إلى خمسين فرنسيا على دفعات متتابعة، و تقابل هذه الإلتزامات الفرنسية نفسها في هذا الشأن ولكنها عملت على نقيض ما تقضي به إتفاقيات جنيف الأربعة⁽¹²⁾.

عدم تحلل الحكومة المؤقتة من إلتزامات جبهة التحرير الوطني السابقة تجاه الأسرى، التي سبق لها و أن أنشأت نظاما لحماية هؤلاء و تمتع الأسرى الفرنسيون بموجبه بمراسلة ذويهم بواسطة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أين أكد الأسرى الفرنسيون المفرج عنهم و كشفوا للعالم بأنهم لم يتعرضوا لإنتهاكات قوانين الحرب و يحصلون على ما هو مقرر في نظام حماية الأسرى⁽¹³⁾.

إنّ منطق إلتزام المسؤولين الجزائريين خلال حرب التحرير و الإهتمام الذي أبدته كل من جبهة التحرير الوطني و الحكومة المؤقتة، برهن على الجهود المبذولة من طرف القادة الجزائريين لإجبار المسؤولين الفرنسيين على إعطاء الطابع الإنساني في معاملتهم مع الجزائريين أثناء الحرب⁽¹⁴⁾.

ثانيا/ تدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر و النتائج المترتبة عنه:

قبل المضي قدما حول تدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في حرب الجزائر، لا بد من التنويه أنّه بموجب إتفاقية جنيف الرابعة، يتعين على سلطات الإحتلال الفرنسي قبول تدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في حرب الجزائر(المادة 143 فقرة 5). و تمتع مندوبيها بحق التصدي لأية مسألة تتعلق بتطبيق قانون الإحتلال الذي يمنحهم حرية التنقل في جميع أرجاء الأراضي الجزائرية المستعمرة و بوجه خاص يسمح لهم بحرية الدخول إلى جميع مرافق الإعتقال، و مقابلة جميع فئات السجناء غير أنّ سلطات الإحتلال الفرنسي تحللت من أي إلتزام تجاه هذه اللجنة حتى لا تتمكن من الوقوف على الضحايا⁽¹⁵⁾، بالرغم من تصديق دولة فرنسا على إتفاقيات جنيف في عام 1951.

و كانت اللجنة الدولية للصليب الأحمر قد أجرت عدة إتصالات مع السلطات الفرنسية، ممثلة آنذاك في " بيير منندس فرانس" رئيس الوزراء الفرنسي و وزير

الداخلية " فرانسوا ميتران " و السيد "جاك سوستيل" الذي شغل منصب الحاكم العام بالجزائر.

و حتى بعد أن أذن لها رئيس الوزراء بالتدخل بتاريخ 2-02-1955 حال بينها وبين تحقيق نتائج كافية، فقد منحت إذنا بزيارة السجون شرط أن تنحصر في مهمات محددة في الزمن، بحيث يجب أن لا تتجاوز إقامة المندوبين في الجزائر مدة الشهر الواحد⁽¹⁶⁾.

وعقب القبول الصريح بتدخل اللجنة من قبل السلطات الفرنسية سمح لها سنة 1955 و السنوات التي تلتها بزيارة المعتقلات بالجزائريين، كان من الممكن لممثلها مقابلة المعتقلين دون شهود لكن كان الممثلون لا يهتمون إلا بظروف الإعتقال هذا دون الإهتمام بأسبابه، فكانوا في أول الأمر يتحدثون مع قائد المعتقل ثم بعد ذلك تبدأ زيارة الهيئة: الحبس، المرقد، المطبخ، الحمام ... إلخ ثم يأخذون بعض المعلومات خلال محادثاتهم مع المعتقلين كالإلتماسات و الملاحظات، و في بعض الأحيان شكاوي فيما يتعلق بظروف الإعتقال، هذا عن نشاط اللجنة تجاه المساجين أما تجاه المفقودين فإنّ الممثل الدائم للجنة في الجزائر، قام ببعض الإجراءات المتواصلة للبحث عن العديد من المفقودين المسلمين، و بطلب منها فتحت السلطات و الصليب الأحمر الفرنسي ما يقرب عن مليون تحقيق لم يتوقف نشاط اللجنة الدولية للصليب الأحمر على مساعدة المساجين، بل اهتم كذلك بالمدينين الذين مستهم الحرب و قدمت لهم يد المساعدة و تحصلت من ممثلي الجيش على تصريح بعث، و تلقي الأخبار العائلية للمساجين و زيارتهم ثم إطلاق سراح العديد من المساجين و تسليمهم لممثلي اللجنة الدولية للصليب الأحمر⁽¹⁷⁾.

و من الميادين التي تحقق فيها نجاح كامل في معاملة أسرى الحرب، الذي يستلزم عبور الجزائر بكاملها عبر مخاطر الجبال على حدود التراب التونسي أو التراب المغربي ليسلموا للجنة الدولية للصليب الأحمر.

و لم تمض ثمانية أيام على تشكيل الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية، حتى أصدرت هذه الأخيرة مرسوما يتضمن الإفراج دون قيد أو شرط على عدد من أسرى الحرب، حيث تم تسريح 51 أسير سنتي 1958 – 1959.

كما برزت الحكومة المؤقتة في شأن معاملة الأسرى بعمل إنساني جدير بالتنويه، إذ عنت على وجه الخصوص بحالة أجنب شباب تم تجنيدهم في الجيش الفرنسي ممن وقعوا في الأسر وعددهم 3299 جندياً⁽¹⁸⁾، وأعيدوا إلى أوطانهم عبر الحدود الغربية للجزائر بحلول يوم 23 يوليو 1960⁽¹⁹⁾.

المطلب الثاني/قرار الإنضمام لإتفاقيات جنيف لعام 1949 و أثره في الإلتزام بقواعد القانون الدولي الإنساني في حرب الجزائر

إنّ انضمام الجزائر المكافحة إلى إتفاقيات جنيف في 20-07-1960 بمدينة بارن السويسرية كان له عدة انعكاسات، منها تسجيل حكومة سويسرا وثائق إنضمام الحكومة المؤقتة إلى إتفاقيات جنيف الأربعة بشأن حقوق الإنسان⁽²⁰⁾.

**الفرع الأول/إنضمام الحكومة المؤقتة لإتفاقيات جنيف
أولا/أهلية الإنضمام:**

كانت أهلية الحكومة الجزائرية المؤقتة للإنضمام إلى إتفاقيات جنيف الأربع محل شك من قبل الحكومة الفرنسية، فقد ظهر هذا في مناسبتين على الأقل الأولى هو الرفض المتكرر للحكومة الفرنسية في إبرام الحكومة الجزائرية اتفاق خاص مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وفق ما نصت عليه المادة الثالثة المشتركة من إتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 التي تنص في الفقرة 2 على مايلي:

"و على أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك عن طريق إتفاقات خاصة على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الإتفاقية أو بعضها". و مما يذكر أنّ الحكومة الجزائرية قد كررت عروضها للجنة مرات عديدة من أجل إبرام ذلك الإتفاق، غير أنّ اللجنة لم تستطع أن تقوم بهذا الإجراء قبل أن تحصل على موافقة الحكومة الفرنسية على ذلك. والثاني أنّ الحكومة الفرنسية أبدت تحفظها بتاريخ 25-05-1960 على انضمام الجزائر لإتفاقيات جنيف الأربع في 20-06-1960، و اعترضت على قبول سويسرا الوثائق المتعلقة بهذه العملية، والسبب في نظرها أنّ الجزائر ليست بدولة ذات سيادة وليست منخرطة في المجتمع الدولي، ما يعني أنّها ترفض جعلها طرفاً في النزاع وترفض الطرق التي من شأنها أن تتيح لها كسب صفة الكيان الدولي، في الوقت الذي كان لها

تمثيل دائم في العديد من عواصم العالم بما فيها وفد دائم لدى اللجنة الدولية منذ 1957 في جنيف⁽²¹⁾.

وتجدر الإشارة بأنّ الحكومة المؤقتة أثرت في الرأي العام الدولي⁽²²⁾، وجعلته على قناعة بخروج فرنسا عن الشرعية الدولية فكانت تكشف عبر وسائل الإعلام عن سلوكها في الجزائر و عن استراتيجيتها القائمة على إبادة الشعب الجزائري⁽²³⁾، وكشفت الحكومة المؤقتة عن كونها الطرف الشرعي في النزاع، ولها أهلية التعاقد بإسم الشعب الجزائري و تبرر ذلك بسلوكها المتوافق مع القانون الدولي⁽²⁴⁾. كما نجحت الحكومة المؤقتة في الحصول على إعراف العديد من الدول بها، ما أدى إلى إنقسام العالم حول المسألة الجزائرية و أثر ذلك كثيرا على الداخل الفرنسي⁽²⁵⁾.

ثانيا/إجراءات الإنضمام:

لقد كانت المؤشرات الأولى للإنضمام إصدار الحكومة المؤقتة إعلانا يوم 11 أبريل 1960، عبّرت فيه عن إرادتها في الإنضمام لإتفاقيات جنيف المتعددة الأطراف جاء في نصه " إنّ مجلس الوزراء قد اجتمع في طرابلس من يوم 4 إلى 6 أبريل 1960 و تضمن جدول أعماله بحث الوضعية السياسية و الدبلوماسية و العسكرية و كذلك مسألة تطبيق قرارات المجلس الوطني للثورة الجزائرية.

و اتخذت الحكومة الجزائرية قرار المصادقة على إتفاقيات جنيف و التدابير الضرورية لذلك، من أجل إحباط المناورات الفرنسية المقرر إجراؤها في شهر ماي 1960 في القطر الجزائري و تم ذلك على خلفية الإستدعاءات الموجهة للحكومة من طرف بعض الدول الصديقة و الشقيقة و حددت لذلك برنامج تنقل لوفودها لدى هذه الدول⁽²⁶⁾.

- إنّ السيد عبد الحميد مهري و السيد محمد بجاوي هما صاحبا العمل اللذان حضرا ملف إنضمام الجزائر لمعاهدات جنيف الأربعة، و القرار الرسمي للإنضمام أخذ خلال الإجتماع الإستثنائي للحكومة المؤقتة في شهر أبريل 1960 بطرابلس، و أمضى السيد فرحات عباس رئيس الحكومة المؤقتة على مراسيم الإنضمام يوم 11 أبريل 1960.

كان يتضمن الملف الذي حضره السيد بجاوي محمد علاوة على نصوص الإنضمام، على مذكرة قضائية حول قدرة الحكومة المؤقتة في عقد الإتفاقيات.

- إنَّ انخراط و انضمام الحكومة المؤقتة لمعاهدات جنيف يوم 20 جوان 1960 شكّل سابقة اتبعت خطاها فيما بعد، أي بعد 1974 الحكومة المؤقتة لجنوب الفيتنام و غينيا بساو، كما أثر على تطوير و تحسين الحالة القانونية الدولية لحروب التحرير الوطني الذي اكتمل بالمصادقة على الإتفاقيات الإضافية الأولى و الثانية لسنة 1977 المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني/أثر الإنضمام

وُلد إنضمام الجزائر لاتفاقيات جنيف الأربع في 20-09-1960 أثارا هامة على مستوى الحكومة المؤقتة و الإلتزام بالقانون الدولي الإنساني نوردها بإيجاز فيمايلي:
أ- إعطاء الثورة التحريرية مكانة في القانون الدولي الإنساني⁽²⁸⁾.
إنَّ انضمام الحكومة المؤقتة لاتفاقيات جنيف، يفضي إلى اعتبار الجزائر طرفا في النزاع الذي يمتلك الإرادة السياسية و يستخدم السلطات العامة في إدارة الأعمال العدائية.
ب- تمديد المسؤولية:

يحقق إنضمام الحكومة المؤقتة لاتفاقيات جنيف مستوى أفضل من المسؤولية من جانبها، و الجماعات المسلحة التي تشرف عليها إزاء الإلتزامات الواردة في القانون الدولي الإنساني، و إخضاع أعمال المقاومة المسلحة و جهود الحكومة لمراقبة القانون الدولي الإنساني و حقوق الإنسان.

و على أساس هذه المسؤولية، فإنَّ الحكومة المؤقتة شجّعت المجلس الوطني للثورة و الأجهزة المختصة على تعميق معارف و قدرات السلطة القضائية في مجال تطبيق القانون الإنساني السارية، و على وضع تشريع ينشئ علاقات تعاون مباشر بينها و بين اللجنة الدولية للصليب الأحمر و المساعدة على تعميم و نشر إتفاقيات جنيف على المجتمع المدني.

ت- عدم الحرمان من الحماية:

تستتبع عملية الإنضمام إلتزام إيجابي على الدول المنخرطة في إتفاقيات جنيف في النزاع المسلح، ذلك أنّ عملية الإنضمام لتلك الإتفاقيات تعدّ في الممارسة عاملا مشجعا على احترام القانون الدولي الإنساني فهي تؤدي إلى تحسين طرفي النزاع لأعراف الحرب،

التي تقضي بمرور خدمات الطوارئ الطبية و احترام المرضى و السماح بمرور المؤن الغذائية و الإمدادات الطبية و تيسير التعليم.

ث- تقييد الطرف الفرنسي:

حمل إنضمام الحكومة المؤقتة لاتفاقيات جنيف الجيش الفرنسي و الحكومة الفرنسية على إحترام الإلتزامات الواردة في القانون الدولي الإنساني، إزاء ما يجري في الجزائر، فقد أصبح هناك التزام جديد بعدم إجراء أي تغييرات دائمة في الجزائر تتنافى و تلك الإتفاقيات و حظرتام على نقل جزء من الجزائريين المدنيين إلى مناطق أخرى.

ج- دولية النزاع:

السؤال المطروح هنا هل أدى إنضمام الجزائر لإتفاقيات جنيف إلى تحديد طبيعة النزاع الدائر في الجزائر؟ عارضت الحكومة الفرنسية و صف هذا النزاع بأنه دولي أو داخلي⁽²⁹⁾، و ظلت تردد عبارات لا تتسق مع القانون الدولي الإنساني فكانت تلصق بالمقاتلين أوصافا نابغة من نصوص قانونها الداخلي كحركات إرهابية و جماعات متمردة و فلاقة و قطاع طرق، و عندما جرى انضمام الجزائر إلى إتفاقيات جنيف فإنه وضع النزاع المسلح الدائر في الجزائر في إطار النزاعات المسلحة الدولية، لأنه كان يدور بين طرفين إثنين كلاهما موقع على تلك الإتفاقيات، و جعل الحكومة سلطة وطنية تقود حركات تحريرية في وسعها القيام بإلقاء القبض على مرتكبي و كل الأفراد الآخرين الضالعين بشكل مباشر في انتهاكات القانون الدولي الإنساني⁽³⁰⁾، و التحقيق معهم و تحريك الدعوى القضائية ضدهم و تحميل هذه الحكومة التزمات أمنية و قانونية صريحة منصوص عليها في تلك الإتفاقيات.

خاتمة

تعمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في زمن الإحتلال على إيجاد إعتراف أوسع بالمعايير الإنسانية، و على مراقبة تنفيذها في الميدان فضلا عن التعريف بالقانون الدولي الإنساني سواء عبر نشره أو عن طريق الممارسة الملموسة له.

ولكي يستمر الصمت الدولي حول جرائم الإحتلال الفرنسي في الجزائر، غيّبت تلك اللجنة عن أداء هذا العمل، كون سلطات الإحتلال الفرنسي لم تكثر بدور اللجنة الدولية للصليب الأحمر، لأنها كانت تعلم أنّ دورها في الجزائر يأتي بنتائج عكسية، لا

محالة حين تتعرف على ما كان يتم داخل معسكرات الإعتقال و في السجون من أعمال التعذيب، التي من شأنها إيقاظ الضمير العالمي على أنماط سلوك الجيش الفرنسي أثناء الثورة التحريرية⁽³¹⁾، التي لا تتوافق مع قواعد القانون الدولي الإنساني⁽³²⁾.

لقد أدت الثورة التحريرية إلى إعادة النظر في دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر، حيث اتسع مجال تدخلها و نطاق نشاطها، إذ أصبحت تقوم بزيارات إلى المعتقلات بهدف ضمان احترام حياة و كرامة أسرى الحرب و غيرهم من المحتجزين، و منع التعذيب و أشكال سوء المعاملة و التعسف التي تشكل انتهاكا لقواعد الإنسانية الأساسية، و سمحت زياراتها بمتابعة مصير السجناء و تقديم التوصيات إلى السلطات الفرنسية حول إدخال تحسينات تراها ضرورية بالنسبة إلى ظروف الاحتجاز، و انبثقت علاقة الثورة باللجنة الدولية للصليب الأحمر، و تطورت إلى علاقة تعاون أدت إلى نتائج مهمة من قبيل إسهام اللجنة في التعريف و نشر القانون الدولي الإنساني و الإشراف على مدى تطبيقه⁽³³⁾.

الهوامش:

- (1) لمزيد من التفصيل حول أنواع المخالفات المرتكبة أثناء النزاعات المسلحة انظر، أمر يحيوي، قانون المسؤولية الدولية، الطبعة الثالثة، دارهومة، 2010، ص 57-60.
- (2) انظر حول مفهوم الإنسانية، عمر سعد الله بالاشتراك مع أحمد بن ناصر، قانون المجتمع الدولي المعاصر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 271-274.
- (3) عبد العزيز العشاوي بالاشتراك مع علي أبو هاني، فض النزاعات الدولية بالطرق السلمية، دار الخلدونية، 2010، ص 56.
- (4) تفصيلا للثورة الجزائرية وتطوراتها انظر، مقالاتي عبد الله، تاريخ الثورة الجزائرية ونصوصها الأساسية 1954-1962، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 21-23.
- (5) دعت الحكومة السويسرية إلى عقدها بصفقتها وديع المعاهدات في جنيف سنة 1929 لتأكيد و تطوير القانون الإنساني، أنظر في عبد الوهاب عباد، حروب التحرير الوطني و القانون الدولي الإنساني، المجلة الجزائرية للعلاقات الدولية، العدد 3 الفصل الثالث، سنة 1986 بدون رقم صفحة.
- (6) قاسمي يوسف، مهام اللجنة الدولية للصليب الأحمر أثناء النزاع المسلح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 2005-06-29، ص 10-11.
- (7) تعتبر اللجنة الدولية للصليب الأحمر من المنظمات غير الحكومية مقرها جنيف و هي منظمة محايدة و مستقلة و غير متحيزة تؤدي مهمة إنسانية بحتة تتمثل في حماية ضحايا الحرب و تقديم المساعدة لهم.

- (8) إنصاف بن عمران، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة 2012، ص 53-52.
- (9) إنصاف بن عمران، مرجع سابق، ص 54.
- (10) Mohamed Bedjaoui, droit international humanitaire, l'hanmattan, 2000, p273
- (11) إنصاف بن عمران، مرجع سابق، ص 55-57-58-59.
- (12) عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني والإحتلال الفرنسي للجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2007، ص 268.
- (13) عمر سعد الله، نفس المرجع، ص 266.
- (14) عمر سعد الله، نفس المرجع، ص 267.
- (15) عبد الوهاب عباد، مرجع سابق، بدون صفحة.
- (16) عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 215.
- (17) سعد الله، مرجع سابق، ص 214.
- (18) مسعود منتري، حرب الجزائر والقانون الإنساني، المجلة الجزائرية للعلاقات الدولية، عدد 23، عدم ذكر السنة، ص 23-24-25.
- (19) يتوزعون على النحو التالي: 2071 ألمانيا، 439 إسبانيا، 447 إيطاليا، 87 مجريا، 42 يوغوسلافيا، 41 بلجيكا، 34 سويسريا، 29 ناساوايا، 17 هولنديا، 16 إسكندنافيا، 09 إنجليزين، 07 لوكسمبورغيين، 05 أمريكيين، 03 يونانيين، كوريا واحدا وبلغاريا واحدا.
- (20) يقول الأستاذ محمد بجاوي "كانت هذه الإتفاقيات تنظم سلوك المحاربين وأسرى الحرب و حقوق الإنسان، و كان الإنضمام إلى هذه الإتفاقيات يعد في سياق ذلك العهد. نصرا سياسيا و دبلوماسيا وقانونيا هاتلا. و كان لا يبدو في متناول أي حركة تحررية في ذلك العهد أنظر في: <http://ar-ar.facebook.com/notes/>
- (21) محمد بجاوي النصر الدبلوماسي والسياسي للجزائر في 20 يونيو 1960، الدبلوماسية الجزائرية من 1830-1962، منشورات المركز الوطني للدراسات والبحث، الحركة الوطنية وثورة نوفمبر، 1954 الأبيار، الجزائر، عدم ذكر السنة، ص 122.
- (22) عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 255.
- (23) انظر حول إعتراف الإتحاد السوفياتي بأعضاء الحكومة المؤقتة في 08-10-1960 في: MOHAMMED BEDJAOU, la revolution algerienne et le droit, édition de l'association internationale des juristes Démocrates, 1961, p, 117.
- (24) حول أساليب فرنسا في الحرب، انظر عبد المجيد عمراني جان بول سارتر و الثورة الجزائرية مجلة الجيش، عدد 492، جويلية 2004، ص 24.25.
- (25) عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 256.
- (26) علي صبح، النزاعات الإقليمية في نصف قرن 1945-1995، دار المنهل اللبناني، الطبعة الثانية، سنة 2006، ص 48.
- (27) عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 258-259.
- (28) مسعود منتري، مرجع سابق، ص 22.

(29) كانت الحكومة الفرنسية تعارض إنضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة إلى إتفاقيات جنيف كون الحرب الدائرة تمثل نزاع داخلي وتبقى الجزائر فرنسية. أنظر في:

Mohamed ben ahmed, pierre Gaillard, un humanitaire dans la guerre d'algerie, l'humanitaire maghreb – juin 2003, p 18.

(30) من أجل أداء مهمة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالشكل المرضي تتخذ إجراءات تختلف باختلاف الحالة التي ترتكب فيها إنتهاكات القانون الدولي الإنساني، فإجراءاتها في حالة الإنتهاكات التي يلاحظها مندوبها تختلف عن تلك التي تتخذها في حالة الإنتهاكات التي تأخذ بها علما من طرف الغير أو ترتكب في وضعيات لم يكن فيها بإستطاعة اللجنة الدولية تقديم المساعدة للضحايا مباشرة، انظر في: بريتي عبد الرحمان، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تطوير القانون الدولي الإنساني، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2006-2007، ص 114.

(31) اعتادت فرنسا على تفسير القانون الدولي وفق منظورها الخاص، فقد ادعت عدم إنطباقه على المجتهدين نظرا لعدم توافر الشروط الأربعة لدى أفراد القوات غير النظامية، التي تشكل جزءا من قوات جيش التحرير، في وقت انقسمت فيه آراء الفقه حول الموضوع بين وجتي نظر الأولى تقول بأن أفراد القوة المسلحة لأحد أطراف النزاع و الميليشيات أو الوحدات المتطوعة لا يحتاجون إلى إستيفاء تلك الشروط لكي يحصلوا على وضع أسرى الحرب حال وقوعهم في قبضة العدو، بينما تقول الثانية أنه يجب على المقاتلين المقبوض عليهم إستيفاء تلك الشروط لكي يحصلوا على وضع أسرى الحرب حال وقوعهم في قبضة العدو، بينما تقول الثانية على المقاتلين المقبوض عليهم إستيفاء كل المعايير المقررة في تلك المادة لكي يطبق عليهم وصف أسرى الحرب.

(32) إن قائمة التصرفات التي قامت بها السلطات الفرنسية و المناقبة لأعراف الحرب في الجزائر هي: القتل العمدي، التعذيب، الإعدام، المعاملة غير الإنسانية بما فيها التجارب الطبية، تعمد إيقاع أذى بدني أو صحي للمدنيين، تدمير واسع للملكية و الإستيلاء عليها بشكل تعسفي، إجبار أسير حرب أو مدني على الخدمة في الجيش الفرنسي، جعل سكان في المحتشدات، الإعتقال، إرتكاب مجازر.

راجع كذلك في ذات السياق ممارسات السلطة العسكرية الفرنسية في الجزائر و وحشية الجيش الفرنسي بتقتيل الشعب الجزائري الأعزل دون تمييز و لم تستثني حتى الأطفال و النساء و الشيوخ، في جان بول سارتر و الثورة الجزائرية، مجلة الجيش، عدد 492، جويلية 2004 ص 24.

(33) عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 214-215.

اختصاصات المجلس الوطني للاستثمار في جانب الاستثمارات الأجنبية*

ASSALI Nafissa, M.A «B»
Département des enseignements de base en droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia 06000 Bejaia – Algérie.

عسالي نفيصة، أستاذة مساعدة "ب"
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

يتمتع المجلس الوطني للاستثمار بدور واسع في تنظيم مجال الاستثمارات وأسندت له اختصاصات مختلفة في هذا المجال أهمها اختصاصه في جانب الاستثمار الأجنبي حيث يتولى دراسة الملفات وتقرير مصيرها بالقبول أو بالرفض، وفي حالة القبول يتولى متابعتها سواء في مرحلة الإنجاز أو مرحلة الاستغلال كما له دور ولو بصفة بسيطة وغير مباشرة في مرحلة تصفية المشروع وانسحاب المستثمر الأجنبي، وبالنتيجة يعتبر المجلس جهاز فعّال وذو أهمية في مجال الاستثمارات عموماً.

الكلمات الدالة:

الاستثمار الأجنبي، قرار القبول، دراسة قانونية، مرحلتي الاستغلال والمتابعة، اتفاقية الاستثمار، تصفية المشروع.

The functions of the national council of investment in foreign investment

Abstract:

The council of investment has an important effect when organizing investment. as they join up to the council many specialities, the important one is known as "foreign investment".

This later try to keep busy the processing of cases and their destination, if the case is accepted, the council follow the curing out and the exploitation of the plan .thus, the council has minor and indirect role on the elimination of the plan and the withdrawal of foreign investor.

Finally, due to the council many investments can be generally realised in the field .

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2014/10/30 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/01/05 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Key words:

Foreign investment, agreement, legal study, curing out, investment treaty, the withdrawal of cas.

Les fonctions du conseil national de l'investissement en matière d'investissements étrangers

Résumé:

Le conseil national de l'investissement dispose d'un très grand rôle dans l'organisation des investissements. Il détient plusieurs compétences parmi lesquelles on cite l'encadrement de l'investissement étranger. Il étudie les dossiers et suit la réalisation et l'exploitation de l'investissement, comme il joue un rôle primordial dans la phase de la finalisation du projet d'investissement.

Mots clés:

L'investissement étranger, la décision d'acceptation, l'étude juridique, la phase d'exploitation et de suivi, la convention d'investissement, finalisation du projet.

مقدمة

تتسم البيئة الدولية الراهنة باحتدام التنافس على رؤوس الأموال الأجنبية بين مختلف الدول المتقدمة والدول النامية على حد سواء وهيئة المناخ المناسب لهذه الاستثمارات، وذلك نتيجة للدور الهام الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي في توفير التمويل المطلوب لإقامة المشاريع الإنتاجية ونقل التكنولوجيا والمساهمة في رفع مستويات المداخيل والمعيشة وخلق المزيد من فرص العمل، من أجل تعزيز قواعد الإنتاج وتحسين المهارات والخبرات الإدارية وتحقيق ميزات تنافسية في مجال التصدير والتسويق.

ويحتل الاستثمار الأجنبي المباشر أهمية استثنائية في الدول النامية التي تعاني من تفاقم أزماتها المالية الشيء الذي زاد من حدته تقلص مصادر التمويل المختلفة، وفي ظل تصاعد مؤشرات المديونية و تضخم التكاليف المرافقة لاقتراضها من العالم الخارجي فإن مصادر التمويل التي تبقى متاحة أمامها

تنحصر في العمل على جلب الاستثمار الأجنبي المباشر من جهة و تنشيط الاستثمار المحلي وتوجيهه من جهة أخرى، لذلك لجأت الدول في الفترة الحالية إلى إتباع سياسات رشيدة لجذب الاستثمار الأجنبي المباشر إيماناً منها بالأهمية الاقتصادية له⁽¹⁾.

من هذا المنطق أشد التنافس بين الدول على جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال إزالة الحواجز والعراقيل التي تعيق طريقها ومنحها الحواجز والضمانات التي تسهل قدومها ودخولها إلى السوق المحلي، وفي هذا الإطار قامت كل الدول النامية بوجه عام بسن تشريعات تمنح حوافز مغرية للمستثمرين الأجانب وتزيل كل القيود والحواجز التي تقف في طريقهم⁽²⁾، وكانت الجزائر من بين هذه الدول التي وضعت قوانين استثمار والتي من خلالها تقدم ضمانات واسعة للمستثمرين الأجانب والمحليين على حدٍ سواء، وذلك سعياً منها لخلق مناخ استثماري مناسب يتسم باستقطابه للمستثمرين وخصوصاً الأجانب منهم⁽³⁾.

بالنظر للأثر الكبير للاستثمار الأجنبي على اقتصاديات الدول الذي ينعكس عليها إما إيجاباً⁽⁴⁾ أو سلباً⁽⁵⁾ فعليها توخي الحذر في استقبالها لهذه الاستثمارات، وفي هذا الصدد نجد أن الدول أوكلت مهمة الإشراف على هذا النوع من الاستثمارات إلى هيئات عليا متخصصة في تنظيم العملية الاستثمار.

وقد أوكلت الجزائر مهمة الإشراف على ملفات المستثمرين الأجانب للمجلس الوطني للاستثمار وذلك بموجب نص المادة 04 مكرر/6 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار معدل ومتمم التي تنص: "يجب أن يخضع كل مشروع استثمار أجنبي أو بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية إلى الدراسة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار..." وتدعم ذلك بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيث نص على مجموعة من الشروط يجب توفرها للاستثمار في الجزائر⁽⁶⁾، مهمة الإشراف على الاستثمار الأجنبي كانت بموجب الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار معدل ومتمم، لكن النص التطبيقي المنظم لصلاحيات المجلس لم يتضمن على هذه الصلاحية لكن أشار إلى اختصاص المجلس بمعالجة كل مسألة أخرى لها علاقة بالاستثمار والتي يدخل فيها اختصاص الإشراف على الاستثمار الأجنبي.

لكن بصدور قانون المالية لسنة 2014⁽⁷⁾ الذي عدل بعض من مواد قانون تطوير الاستثمار وبالتحديد المادة 4 مكرر أين حذفت الفقرة التي تجعل الدراسة المسبقة للاستثمارات الأجنبية من قبل المجلس الوطني للاستثمار شرط ملزم للاستثمار في

الجزائر مما يعني أن عملية الدراسة هذه ليست ملزمة قانونا، لكن عمليا لا يمكن تصور دخول استثمار أجنبي إلى الدولة دون دراسته من قبل المجلس الوطني للاستثمار لذلك نتساءل عن كيفية تنظيم المجلس الوطني للاستثمار للاستثمارات الأجنبية وما هي نقاط تدخله فيها سواء في استقبالها أو في متابعتها وتصفيتها؟
بالتالي يمكن تصنيف مختلف تدخلات المجلس المتعلقة بالاستثمار الأجنبي إلى مجموعتين:

- اختصاصات الدراسة والقبول (المبحث الأول).

- اختصاصات المتابعة والتصفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول/ اختصاصات المجلس في دراسة وقبول ملفات الاستثمارات الأجنبية

لا تلعب الدول التي اتخذت الرأسمالية توجهها لها أي دور مباشر في تنظيم المجال الاقتصادي إذ أسندت هذه المهمة لهيئات مختصة بذلك،⁽⁸⁾ حيث بهذه الطريقة تحافظ على المصلحة العامة من جهة، وتحترم مبادئ اقتصاد السوق التي تقضي بعدم تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي من جهة أخرى، وهكذا نلاحظ أنها سلكت مسلكا وسطا في هذا المجال.

أحد الميادين التي تعكس هذه الحقيقة هو مجال الاستثمار وبالخصوص لما نكون بصدد الاستثمار الأجنبي إذ يعتبر من المواضيع التي تستلزم تدخل الدولة؛ كونه يمس السيادة الوطنية حين يفرض عليها شروط مقابل الاستثمار في إقليمها بالمقابل يساهم في تحقيق أهدافها المنصبة أساسا في النهوض باقتصادها، لذلك تسعى الحكومة الجزائرية في سياساتها المتبعة لجلب الاستثمارات الأجنبية بالتوفيق بين الموقفين من خلال الترحيب بالمستثمرين الأجانب التي تكون استثماراتهم ذات فائدة كبيرة للاقتصاد الوطني من خلال منحهم الحماية، الضمانات والامتيازات الإضافية...، شرط أن يحترموا الشروط القائمة وينجزوا استثماراتهم في إطارها.⁽⁹⁾

الجهاز الذي يتولى التنفيذ الفعلي لهذه الشروط ومراقبة مدى توفرها في ملف الاستثمار المطروح بالإضافة إلى مسائل أخرى هو المجلس الوطني للاستثمار، فكل مشروع استثمار أجنبي يخضع قبل أي شيء للدراسة المسبقة للمجلس،⁽¹⁰⁾ والذي يقوم

بها من نواحي عديدة وتساهم في ذلك طبيعة تشكيلته، فدراسته هذه لملف الاستثمار الأجنبي ليست مجرد رقابة مدى توفر الشروط لأن مثل هذه المهمة يمكن للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القيام بها، لكن اختصاص المجلس أوسع بكثير فهو يقوم بدراسة المشروع الاستثماري دراسة كاملة تكون من عدة نواحي (المطلب الأول)، ومن ثم يقرر قبول الملف من عدمه وبالتالي الآثار المنجزة من اتخاذ أحد الموقعين (المطلب الثاني).

المطلب الأول/دراسة ملف الإستثمار الأجنبي

بما أن المجلس الوطني للاستثمار يختص بتقرير كل ما يتعلق بملفات الاستثمارات الأجنبية وبالأخص ما يتعلق بدراستها والرد عليها، ونظرا لنمطه المتمثل في كونه جهاز من مجموع الأجهزة الناشطة في المجال الاقتصادي، فهو يقوم بممارسة هذا الاختصاص ضمن جلسات الأعمال التي يعقدها.

تتولى أمانة المجلس إدراج ملف الاستثمار الأجنبي المعني بالدراسة في جدول الأعمال المقرر ويتم مناقشته سواء في جلسة عادية أو استثنائية بحسب الحالة، وما يمكن ملاحظته هو أن القانون لم ينظم هذه المسألة كما أنه لم يشر إلى ضرورة حضور عدد معين من الأعضاء، ولا عن كيفية اتخاذ القرار بشأن هذه المسألة ولم يقرر المدة الزمنية للرد على المستثمر الأجنبي، بالمختصر لم يشر القانون إلى شروط معينة عند دراسة ملفات الاستثمارات الأجنبية.⁽¹¹⁾

للمجلس الوطني للاستثمار اختصاص واسع عند دراسته لملفات الاستثمارات الأجنبية، حيث يقوم بدراسة تلك الملفات دراسة شاملة كاملة تخص كل الجوانب والنواحي.

الفرع الأول/الناحية القانونية

تعتبر الدراسة القانونية للمشروع الاستثماري المرحلة التمهيدية للدراسات من النواحي الأخرى، فانتهاء أحد الشروط القانونية في ملف الاستثمار الأجنبي يقصيه تماما من فرصة الاستثمار في الجزائر، وهذه الدراسة تتم في جانبين:

أولا/دراسة خاصة بالمستثمر

يقوم المجلس الوطني للاستثمار بدراسة أولية تتعلق بالمستثمر صاحب الملف الاستثماري حيث يقوم بالتدقيق في جوانب عدّة نذكر:

1. أوّل شيء يأخذه بعين الاعتبار هو النظر فيما إذا كان المستثمر من ضمن الفئة الممنوعة بالاستثمار في الجزائر،⁽¹²⁾ ويتحقق ذلك حينما يكون من رعايا دولة لا تربطها بالجزائر علاقات دبلوماسية،⁽¹³⁾ ففي هذه الحالة يرفض ملف الاستثمار مباشرة وإذا لم يكن كذلك ينتقل إلى الخطوة الموالية.

2. يدرس المجلس ما إذا كان المستثمر من رعايا دولة تربطها بالجزائر اتفاقيات حماية الاستثمار ففي هذه الحالة على الدولة أن تحترم بنود الاتفاقية،⁽¹⁴⁾ وبذلك تعامل المستثمر على أساسها⁽¹⁵⁾ وذلك وفقا لأحكام المادة 2/14 من قانون تطوير الاستثمار المعدل والمتمم، التي تنص: " يعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بنفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية."

إذا ما خالفت أحكام تلك الاتفاقيات فإنها تتحمل المسؤولية الدولية، وهي من الأمور المسلم بها في القانون الدولي العام حيث تنصرف مضامين الاتفاقيات إلى السلطات الثلاث في الدولة -تشريعية، تنفيذية وقضائية- مما يلزمها باحترامها وتطبيقها بحسب الحالات وبحسب الشروط⁽¹⁶⁾.

ثانيا/دراسة خاصة بالمشروع الإستثماري

بعد التأكد من وجود مختلف الشروط الواجب توفرها في شخص المستثمر ينتقل المجلس إلى دراسة المشروع الاستثماري فيراقب مدى مطابقة ملف الاستثمار ذلك مع مختلف الشروط المنصوص عليها في قانون الاستثمار حيث:

1. يتحقق المجلس في ما إذا لم يكن المشروع يخص قطاع هو أصلا مستأثر من قبل الدول سواء كان استثنائا قانونيا أو فعليا،⁽¹⁷⁾ كما ويدرس ما إذا كان المشروع ضمن النشاطات المقننة التي تخضع لنظام الرخصة فيجب أن يستوفي الملف تلك الرخصة سواء كانت صادرة من الإدارة التقليدية أو من سلطة ضبط مستقلة.⁽¹⁸⁾

2. يدرس المجلس ما إذا احترم المستثمر الأجنبي نص المادة 4 مكرر المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2014 التي تقرر انجاز الاستثمارات الأجنبية في إطار شراكة يكون فيها نظام المساهمة مبني على أغلبية الشريك الوطني المقيم⁽¹⁹⁾، حيث تستحوذ فيها المساهمة الوطنية المقيمة⁽²⁰⁾؛ نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي، يبقى للمستثمر الأجنبي الحق في امتلاك نسبة 49%، هذا في ما يخص الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات⁽²¹⁾، وتسري هذه النسبة كذلك حين القيام بالشراكة مع مؤسسة عمومية⁽²²⁾، أمّا أنشطة الاستيراد بغرض إعادة بيع الواردات على حالها فتتم في إطار شراكة تساوي فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي⁽²³⁾.

3. كما يراقب المجلس الشكل التجاري المزمع إنشاء المشروع الاستثماري الأجنبي وفقه، حيث يشترط تبني أحد الأشكال المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري⁽²⁴⁾.

الفرع الثاني/الناحية الإقتصادية

يتولى المجلس الوطني للاستثمار دراسة ملف المشروع الأجنبي من الناحية الاقتصادية نظرا للبعد الاقتصادي المنتظر منه تحقيقه لذلك فهو يقوم بهذه الدراسة من عدة نقاط:

أولا/الجدوى الاقتصادية

يقصد بدراسة الجدوى الاقتصادية بأنها سلسلة من الدراسات المترابطة و المتتابعة التي تقوم على افتراضات معينة وأهداف محددة، والتي تؤدي إلى اتخاذ القرار النهائي المتمثل في قبول المشروع أو رفضه، وذلك بالاعتماد على مجموعة من المعايير التي تنطلق من مبدأ التكلفة بغية التعرف على قدرة المشروع في بلوغ الأهداف المنشئ من أجلها⁽²⁵⁾.

فدراسة الجدوى الاقتصادية تعمل على تحليل كل المعلومات والبيانات بصفة انفرادية ثم إصدار التقرير النهائي حول صلاحية المشروع⁽²⁶⁾، ويندرج في دراسة الجدوى الاقتصادية كل المعطيات المتعلقة بالقدرات المالية والأدبية للشخص المستثمر ومعلومات حول أجهزة التسيير، وفي حالة عقد مشاركة مع شخص معنوي أو طبيعي

فيجب تحديد القدرات الاقتصادية لهذا الشريك⁽²⁷⁾، وعلى أساس هذه الدراسة يتم قبول المشروع أو رفضه.

ثانيا/اتجاه المنتجات

تتجه الدولة الجزائرية في سياستها الاقتصادية من الجانب الإنتاجي إلى هدفين أساسيين:

- تشجيع الصناعات المنتجة: وذلك للقضاء على اقتصاد الندرة الذي يتميز به الاقتصاد الوطني أين يكون العرض غير منسجم مع الطلب الداخلي المتصاعد باستمرار ولتحقيق ذلك اشترطت على المستثمرين القيام بنشاطات اقتصادية تغطي الطلب المحلي بل وتخصص جزءا منها إلى التصدير بغرض جلب العملة الصعبة التي أصبحت من المواد النادرة نتيجة للاستقرار في أسعار النفط⁽²⁸⁾.

- إصلاح الميزان التجاري: والذي يشكو من اختلال التوازن لصالح الواردات لذلك اشترط في أي نشاط ضرورة الاندماج في سياسة إحلال الصادرات محل الواردات⁽²⁹⁾، لذلك تشجع الاستثمارات ذات الطبيعة الإنتاجية والتي تسعى أو توجه إنتاجها إلى التصدير، وهدفها من ذلك دائما هو الحصول على عائد بالعملة الصعبة الذي يدعم موقعها بين الدول من خلال احتياط العملة الصعبة الذي تمتلكها.

ثالثا/القطاع المعني بالاستثمار

حيث يتم تدعيم وتفضيل المشاريع الاستثمارية التي تخص ميدان يعرف تخلفا في التنمية، ويأخذ المجلس بالاعتبار مستوى التطور الذي سيستفيد منه القطاع، فمغزى السياسة الاستثمارية التي يترجمها هو النهوض بكل القطاعات على قدم المساواة.

كما يتولى دراسة إمكانية اندماج المشروع في الاقتصاد الوطني سواء هيكليا أو وظيفيا والذي يسمح بتحقيق التكامل بين القطاعات⁽³⁰⁾.

الفرع الثالث/الناحية الاجتماعية

يدرس المجلس مختلف انعكاسات هذا المشروع من الناحية الاجتماعية التي تظهر خصوصا في جانب إحداث الشغل وترقيته، بمعنى يُفضّل المستثمر الأجنبي الذي يشارك الدولة في الوظيفة الاجتماعية، حيث مع تفتش ظاهرة البطالة فإنه تعطى الأولوية

لقبول الملفات التي تصرح في الدراسة التقنية والاقتصادية التي تصاحب ملف الاستثمار على أن عدد العمال المتوقع تشغيلهم مرتفع⁽³¹⁾.

فالمجلس الوطني للاستثمار باعتباره المختص بقبول ملفات الاستثمارات الأجنبية أو رفضها يولي أهمية بالغة للمشروعات التي توفر مناصب شغل كبيرة.

الفرع الرابع/الناحية البيئية

تفضل الاستثمارات التي تدرج في مخططاتها البعد البيئي، وتلك التي تحافظ على الموارد الطبيعية وتدخر الطاقة، لذلك يتوجب تضمين ملف الاستثمار دراسة مدى التأثير على البيئة، كونه يمثل واحد من أهم الأدوات البيئية التي تسمح بتقييم الخطر المحتمل الوقوع على البيئة والمصالح الواجب الدفاع عنها في كل قرار تنموي، مما يسمح باتخاذ القرارات الملائمة والصحيحة⁽³²⁾.

الفرع الخامس/الناحية التكنولوجية

رغبة من البلدان النامية في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وسعيها منها للحاق بركب التقدم التكنولوجي اتجهت الكثير من هذه البلدان إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية وجذب الشركات عابرة القارات كأحد وسائل بلوغ التقدم التكنولوجي،⁽³³⁾ فالمفهوم الحديث للاستثمار وبالخصوص المباشر منه يتركز حول فكرة نقل التكنولوجيا،⁽³⁴⁾ وذلك باعتبارها عنصرا أساسيا من عناصر الإنتاج وبدونه تعجز عناصر الإنتاج الأخرى من رأسمال وعمل من بلوغ الأهداف الإنتاجية المرجوة⁽³⁵⁾.

حَدَّت الجزائر حَذْوً أغلبية البلدان النامية فهي تسعى إلى تحقيق الانسجام المطلوب بين قوانينها الداخلية والمعطيات الدولية في هذا المجال⁽³⁶⁾، ويظهر ذلك في قانون الاستثمار حيث تفضّل وتشجع الاستثمارات التي تستعمل تكنولوجيات عالية في إنتاج السلع والخدمات، وهي تسعى من وراء ذلك إلى بلوغ هدفين هما: تنمية النشاط الإنتاجي المحلي والإشباع المستعجل لاحتياجات الدولة في المجال التكنولوجي⁽³⁷⁾.

المطلب الثاني/اتخاذ القرار بشأن ملف الاستثمار الأجنبي

عقب الانتهاء من دراسة وفحص الملف من مختلف النواحي التي سبق دراستها يتخذ المجلس الوطني للاستثمار قرار يتضمن مطابقة المشروع الاستثماري مع توجهات

الدولة واحترامه لمختلف أحكام قانون تطوير الاستثمار، أو انه ينفي عليه هذه الصفة⁽³⁸⁾ فقرار المجلس يعكس أحد الموقفين التاليين:

الفرع الأول/قرار الرفض

إذا ما قرر المجلس رفض ملف الاستثمار الأجنبي فإنه تضيع من المستثمر فرصة انجاز مشروعه الاستثماري في الجزائر، وفي هذه الحالة قرار المجلس الوطني للاستثمار لا يخضع للطعن القضائي كون الطعن القضائي ينظر في مدى مشروعية القرار الإداري من حيث الاختصاص والمحل والسبب، وهذه الأركان متوفرة بنص المرسوم التنفيذي رقم 355/06 الذي يحدد صلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، لذا نكون بصدد الطعن في مدى الملائمة وهي مسائل تقنية فنية تدخل في الاختصاص الأصيل للمجلس باعتباره المكلف بتنظيم مجال الاستثمار، ولا تدخل في اختصاصات القاضي الإداري الذي مهمته تنحصر فقط في تطبيق القانون.

الفرع الثاني/قرار القبول

إذا ما قرر المجلس مطابقة ملف الاستثمار للتوجهات الاقتصادية للدولة، واحترم فيه مختلف الأحكام الواردة في قانون تطوير الاستثمار فإنه يرحّب به، ومن ثمّ يتم الانتقال إلى المرحلة التي ينتظرها المستثمر وهي تسخير التسهيلات وتقرير التحفيزات، والتي لا يتم الاستفادة منها إلا بعد القيد في السجل التجاري، وقرار المجلس هو الذي يسمح له بالقيد في السجل التجاري⁽³⁹⁾.

يتولد عن قبول ملف الاستثمار الأجنبي مجموعة من الآثار تتمثل في حقوق يتمتع بها والتزامات تقع على عاتقه:

أولا/حقوق المستثمر الأجنبي

يمكن التمييز بين ثلاث أنواع بحسب مصدرها:

1. الحقوق المكتسبة بقوة القانون

وهي عادة تتخذ طابع الضمان والحماية يكتسبها المستثمر بقوة القانون الداخلي⁽⁴⁰⁾ وهي تتمثل في:

- "الحق في إعادة تحويل رؤوس الأموال والمداخيل.

- الحق في التعويض عن المخاطر غير التجارية.
- الحق في فتح حساب مصرفي بالعملة الصعبة لدى بنك معتمد في الجزائر.
- الحق في الاستفادة من الامتيازات الجبائية⁽⁴¹⁾.

2. الحقوق المكتسبة بقوة الاتفاق

وهي التي تستمد وجودها من الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الدولة سواء في ظل الاتفاقيات المتعددة الأطراف أو الاتفاقيات الثنائية⁽⁴²⁾ فمن بنود هذه الاتفاقيات تتولد مجموعة من الحقوق يتمتع بها المستثمر الأجنبي باعتباره من رعايا تلك الدولة المتعاقد معها.

3. الحقوق المكتسبة بقوة العقد

يعتبر العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والذي يأخذ شكل اتفاقية استثمار من أهم مصادر الحقوق التي يتمتع بموجبها المستثمر الأجنبي، ففي ذلك العقد يتبن المزايا التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي، ومختلف التعويضات التي يستحقها عن مصاريف المنشآت الأساسية، ومختلف الضمانات التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي.

ثانيا/التزامات المستثمر الأجنبي

لم تشأ السلطة العمومية وهي تبحث عن منهجية لجذب الاستثمارات الأجنبية أن ترهق كاهل المستثمرين الأجانب، بحيث عملت على التقليل من الأعباء المطالب بها إلى الحد الذي يمنع بممارسة حقها في الرقابة.

لذلك حصرت التزامات المستثمر الأجنبي في مجالين أساسيين هما مجال القانون الداخلي، ومجال القانون الإقليمي:

1. التزامات قانونية

يقع على المستثمر الأجنبي مجموعة من الالتزامات بموجب القانون الداخلي للدولة تتمثل فيما يلي:

- إحداث وترقية الشغل
- تحسين مستوى الإطارات والمستخدمين الجزائريين

- شراء وسائل تقنية وعلمية والاستغلال الأمثل محليا لبراءات الاختراع والعلامات التجارية المسجلة والعلامات المحمية في الجزائر طبقا للاتفاقيات الدولية.

- توازن سوق الصرف.

- كما يتعين على المستثمر الأجنبي احترام النظام الداخلي والآداب العامة للشعب الجزائري كأن يمتنع عن الاستثمار في مواد تمس سلامة واستقرار النظام السياسي، أو الاقتصادي أو الاجتماعي للأمة أو تنتهك أخلاقياتها⁽⁴³⁾.

2. التزامات إتفاقية

تفرض الاتفاقيات على المستثمر الأجنبي مجموعة من الالتزامات وذلك على أساس مبدأ تدويل عقود الأعمال وهي تتمثل أساسا فيما يلي:

- مراعاة مبادئ القانون الدولي للاستثمار كاحترام القوة الملزمة للعقد، ومبدأ حسن النية في التنفيذ وبنود النظام العام الدولي، كما يلتزم بعدم انتهاك ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية المصادق عليه من قبل الجزائر وبالخصوص واجب المساهمة في تنمية التجارة الدولية على أساس المنافسة الشريفة والحرّة وواجب السهر على احترام قواعد النظام الدولي للملكية الصناعية⁽⁴⁴⁾.

- كما يتعين على المستثمر الأجنبي المنتمي لجنسية أحد الدول المتعاقدة مع الجزائر احترام بنود الاتفاق المبرم بين الطرفين⁽⁴⁵⁾.

من بين مجموع هذه الحقوق والالتزامات التي يثيرها الاستثمار الأجنبي نجد بعض المراحل أين يتدخل فيها المجلس الوطني للاستثمار بشكل أو بآخر، سواء بصفة مباشرة أو قد تكون بصفة غير مباشرة وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني/ اختصاصات المجلس في متابعة وتصفية الإستثمار الأجنبي

يعتبر الإشراف على الاستثمارات الأجنبية أمرا هاما للغاية فبواسطته تتم الرقابة عليه ومن ثم ضبطه وتصحيح مساره في الكثير من الأحيان، تلك الرقابة تأخذ وجهين، الأول سابق ويظهر في مهمة الدراسة والقبول حيث يتم استقبال الاستثمارات التي تتوفر على مختلف المؤهلات المطلوب توفرها سواء كانت فنية أو تقنية أو...، والثاني لاحق

يظهر في متابعة الاستثمارات أثناء انجازها وأثناء استغلالها، وقد تصل المتابعة أيضا حتى إلى مرحلة تصفية المشروع.

فدور المجلس الوطني للاستثمار لا يتوقف في دراسة ملفات الاستثمارات الأجنبية وتقرير قبولها أو رفضها فحسب، وإنما يتعدى دوره إلى المراحل الأخرى التي تلي هذه المرحلة، حيث يتولى مهمة تقرير التسهيلات الإدارية كما وله دور في منح التحفيزات الجبائية، مهام المجلس هذه تندرج تحت عنوان متابعة الاستثمار الأجنبي (المطلب الأول).

في حالات كثيرة وبعد مرور فترات زمنية قد يصل المستثمر الأجنبي إلى ضرورة انسحابه من الإقليم، وبالتالي يتنازل عن مشروعه الاستثماري وهو ما يعرف عنه بمرحلة تصفية الاستثمار الأجنبي، وللمجلس دور لا يمكن الاستهانة به في هذا الجانب إذ يتدخل في حالات معينة سنبينها في المطلب الثاني.

المطلب الأول/ متابعة الإستثمارات الأجنبية

تعتبر متابعة الاستثمارات الأجنبية من الأمور المهمة والتي تمارس وتتخذ حفاظا على المصالح الاقتصادية للدولة، ويتعلق الأمر هنا بالاستثمارات التي استفادت من مختلف الامتيازات المقررة في قانون تطوير الاستثمار⁽⁴⁶⁾، وكذا تلك التي استفادت من أحد أشكال القروض البنكية، إذ في هاتين الحالتين يكون متابعة الدولة لهذه الاستثمارات مشروع وذلك بحجة الحفاظ على مصالحها.

وقد كلف المجلس الوطني للاستثمار بمتابعة الاستثمارات الأجنبية وهذه المتابعة ليست ذات طبيعة عملية إذ من هذه الناحية تتكفل بها الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، فهي التي تتولى إصدار تصريح بمنح الامتيازات وهي التي تتولى سحب تلك الامتيازات، فمهمتها تنفيذ ما يقرره المجلس، وهذا الأخير هو الذي يتولى المتابعة ذات الطبيعة القانونية لهذا النوع من الاستثمارات، وتتجلى ذلك في مرحلتين:

الفرع الأول/ مرحلة الانجاز

يتولى المجلس الوطني للاستثمار متابعة الاستثمارات الأجنبية التي أصدر قرارا بالقبول بشأنها، هذه المتابعة التي تكون في مرحلة الانجاز تخص تلك الجوانب المتصلة بهذه الأخيرة وهي تأخذ أحد الأشكال التالية: فإما تسهيلات تكون في عملية الحصول

على العقار الاقتصادي أو شكل امتيازات جبائية، ومجموعة من التحفيزات يستفيد منها المستثمر الأجنبي بحسب تصنيف مشروعه.

أولا/ منح الإمتياز على العقار

بعدها كان المجلس الوطني للاستثمار يلعب دور في منح الامتياز على الأراضي التابعة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، الذي يتمثل في اقتراح منح الامتياز بالتراضي على مجلس الوزراء، أصبح بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2011 الذي عدل وتمم الأمر رقم 04/08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، أصبح يقتصر دوره فقط في اقتراح تخفيضات إضافية في مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية التي تحددها مصالح أملاك الدولة المختصة إقليميا بنسبة 20/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل الامتياز⁽⁴⁷⁾.

ثانيا/ تقرير الإمتيازات

يتدخل المجلس الوطني للاستثمار في تقرير التحفيزات للاستثمارات الأجنبية بحسب الصنف الذي يندرج فيه المشروع الاستثماري، ويكون كالتالي:

- المشاريع الاستثمارية التي يتجاوز مبلغها 1500 مليون دينار أو تساويه تستفيد من مزايا النظام العام بناء على قرار من المجلس.
- المشاريع الاستثمارية التي تخضع لنظام اتفاقية الاستثمار، يشترط لسريان اتفاقية الاستثمار تلك موافقة المجلس وإجازته لها.
- بالإضافة إلى صلاحية المجلس لتقرير مجموعة من الامتيازات الإضافية لصالح مشاريع استثمارية يرى أحقيتها بذلك، هذه المزايا من شأنها أن تحسن و/أو تسهل الاستثمار.

ثالثا/ تقرير تغطية النفقات التمهيديّة

للمجلس الوطني للاستثمار تقرير تغطية النفقات التمهيديّة والمتمثلة بالخصوص نفقات البنية التحتية التي يتوجب على المستثمر الأجنبي انجازها قبل البدء في انجاز مشروعه الاستثماري، ففي الأصل مثل هذه المشاريع التي تعتبر تمهيدية تدخل في

اختصاصات الدولة، لذلك يمكن للمجلس الوطني للاستثمار أن يدرجها في قائمة نفقات صندوق دعم الاستثمارات الذي تتولى الوكالة الوطنية للاستثمار تسييره.

بالتالي دور المجلس لا يتوقف عند قبول الملف الاستثماري الأجنبي، ولكنه يتدخل في حالات معينة ويرافق المشروع الاستثماري أثناء مرحلة الانجاز بتذليل الصعوبات له.

الفرع الثاني/مرحلة الإستغلال

بعد مرحلة الانجاز تأتي المرحلة التي ينتظرها كل من المستثمر وكذا الدولة المضيفة وهي مرحلة المردودية، حيث يتمتع المجلس الوطني للاستثمار بمجموعة من الصلاحيات يمارسها في مرحلة الاستغلال وهي تتمثل أساسا فيما يلي:

أولا/منح المزايا الخاصة بمرحلة الإستغلال

صحيح أن مزايا مرحلة الاستغلال تمنح بالتوازي مع مرحلة الإنجاز وفي نفس الوثيقة سواء كان طلب الحصول على المزايا أو كانت اتفاقية استثمار بحسب الحالة، لكن الاستفادة الفعلية من هذه الامتيازات يكون بعد المعايينة الفعلية للمشروع في ممارسة النشاط الاستثماري والذي تعده المصالح الجبائية.

والمجلس الوطني للاستثمار يتولى المتابعة الفعلية لمشاريع الاستثمارات الأجنبية من خلال التقارير الدورية التي تبين حالة تنفيذ المشاريع الاستثمارية التي استفادت من منح المزايا، هذه التقارير يتولى إعدادها المدير العام للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار الذي يرسلها للمجلس⁽⁴⁸⁾.

ثانيا/الفصل في النزاعات المتعلقة بالمزايا

قد تنشئ بين المستثمر الأجنبي والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار نزاعات تكون متعلقة بالامتيازات حيث تعترض الوكالة عن منح المستثمر الأجنبي بعض الامتيازات أو ترفض ذلك كليا⁽⁴⁹⁾، فمثل هذه الإشكالات قد تحدث بينهما وبالخصوص لما نكون بصدد الامتيازات التي تمنح بموجب اتفاقية تبرم بين الطرفين أين تتحدد الامتيازات التي سيستفيد منها المستثمر الأجنبي بالتفاوض بينهما، ففي هذه الحالة يتولى المجلس الوطني للاستثمار مهمة التدخل والفصل في مثل هذه النزاعات.

أما باقي أنظمة المزايا فهي محددة صراحة في القانون فلا يمكن تصور نشوء نزاع بين الوكالة والمستثمر، إذ في هذه الأنظمة الوكالة لا تتمتع بأي سلطة تقديرية أو تفاوضيه فعليها فقط تطبيق قانون الاستثمار.

المطلب الثاني/تصفية الاستثمارات الأجنبية

بحسب النص القانوني المتعلق بتطوير الاستثمار لم يشر إلى أي دور للمجلس الوطني للاستثمار في تصفية الاستثمارات الأجنبية، لكن في حقيقة الأمر لا يمكن تصور إقصاء المجلس من هذا الدور نظرا لكونه الهيئة الأساسية المكلف بتنظيم مثل هذا الملفات، أكثر من ذلك من أهم المبادئ القانونية المكرسة هي قاعدة توازي الأشكال الذي تقضي بتصفية الاستثمارات بالأشكال نفسها التي أتبع عند استقبالها، وبما أن الاستثمار الأجنبي تم قبوله بقرار من المجلس الوطني للاستثمار فإن تصفيته كذلك تتم بتدخل من المجلس.

المعروف أن تصفية استثمار أجنبي يمر بعدة مراحل نقوم بدراسة كل مرحلة على حدى بهدف الوصول إلى تبيان دور المجلس في عملية التصفية في مختلف تلك المراحل.

الفرع الأول/إخطار الدولة المضيفة بنية التنازل

يقع على عاتق المستثمر الأجنبي مجموعة من الالتزامات وذلك بمجرد الترخيص له بالاستثمار في الجزائر، وأساس تلك الالتزامات إما القانون الداخلي أو القانون الإتفاقي الذي يتم التوقيع عليه في اتفاقية الاستثمار مع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

من بين الالتزامات التي يستوجب على المستثمر الأجنبي احترامها نجد ضرورة إعلام الدولة أو الهيئات التابعة لها بكل المعلومات التي لها علاقة بتسيير العملية الاستثمارية⁽⁵⁰⁾، ومن هذا الالتزام ينبثق التزام المستثمر الأجنبي بإخطار السلطات الجزائرية بنية المغادرة في حالة اتخاذه قرار تصفية استثماراته في الجزائر.

هذا الإخطار له أبعاد عديدة من بينها مبادرة السلطات باتخاذ مختلف التدابير اللازمة لتفادي وقوع أي خلل في الاقتصاد الوطني جراء تلك التصفية والتي تمس شركات وتجمعات اقتصادية شكلت في وقت سابق دعائم للاقتصاد الوطني، وتلك التصفية ستؤثر فيه وعلى مستويات عديدة سواء كان على المستوى المالي (البورصة) أو اقتصادي (المنتج في الأسواق) أو كان اجتماعي (تسريح العمال) أو فني خدماتي

(الاتصالات)، ويتم ذلك بتحديد مدة زمنية يحافظ فيها المستثمر على نفس وتيرة سير أعماله في انتظار اكتمال الإجراءات الأخرى.

قيام المستثمر الأجنبي بإخطار السلطات الجزائرية عن نيته في التنازل عن أسهمه هي خطوة ملزمة إذا تم النص عليها في الاتفاقية المبرمة بين المستثمر والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وهذا البند غالباً ما يكون مكرس في أغلب اتفاقيات الاستثمار الموقعة مع المستثمرين الأجانب، وللتأكيد على ذلك جاء في نصوص قانون المالية التكميلي لسنة 2009 وبالأخص تلك المعدلة والمتممة للأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، تم استحداث المادة 04 مكرر3 التي أكدت على تمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية على حق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب، ويعتبر القيام بها إثبات لحسن النية من قبل المستثمر الأجنبي⁽⁵¹⁾.

الفرع الثاني/اتخاذ قرار ممارسة الشفعة من عدمها

تتوفر الدولة وكذا المؤسسات الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب، ويتم اتخاذ القرار من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار وذلك بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة⁽⁵²⁾.

ما تتوصل إليه المصالح المختصة باتخاذ قرار ممارسة الشفعة لا يخرج عن إحدى المواقف الثلاث الآتية:

- إما أن يكون القرار المتخذ بمثابة ممارسة حق الدولة في الشفعة.
- أو يكون على شكل إصدار شهادة التخلي عن ممارسة ذلك الحق.
- أما الحالة الثالثة تكون في حالة مرور أجل ثلاثة (3) أشهر دون الرد من طرف المصالح المختصة فيعتبر ذلك بمثابة التخلي عن ممارسة حق الشفعة ما عدا في حالات محددة في المادة 04 مكرر 3 من قانون تطوير الاستثمار معدل ومتمم.

الفرع الثالث/تصفية المشروع الاستثماري

بعد اتخاذ الدولة موقفها من ممارسة حقها في الشفعة من عدمه ننتقل إلى المرحلة الموالية والنهائية وهي مرحلة تصفية المشروع الاستثماري الأجنبي، وفي هذا

الصدد يختلف الأمر ما إذا مارست الدولة حق الشفعة أو إنها أصدرت شهادة التخلي عن هذا الحق سواء صراحة أو ضمناً (مرور أجل ثلاث أشهر)، ففي الحالة الأولى التنازل يكون للدولة أما الحالة الثانية التنازل يكون لمستثمر خاص.

أولاً/التنازل يكون للدولة

نكون بصدد هذه الحالة لما تستعمل الدولة حقها في الشفعة وفي هذه الحالة يحدد السعر على أساس الخبرة، ومن ثم يحرر عقد التنازل الذي يكون لصالح الدولة أو المؤسسات العمومية وبهذا يكون المستثمر الأجنبي قد نقل ملكية مشروعه الاستثماري للشخص العام، وتحرر من مختلف الالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب اتفاقيات الاستثمار التي وقعها في بداية انجاز الاستثمار.

ثانياً/التنازل يكون لمستثمر خاص

لما تصدر الدولة شهادة التخلي عن ممارسة حقها في الشفعة تكون بذلك قد حررت المستثمر الأجنبي من التزاماته اتجاهها، وأعطت له فرصة بيع حصصه -استثمار بالشراكة- أو استثماره بأكمله⁽⁵³⁾ إلى أي متعامل يرى فيه مصلحة بالتنازل له سواء كان المستثمر وطنياً أو أجنبياً.

لكن هل التنازل إلى مستثمر آخر يستدعي توفر شروط معينة وإجراءات

يجب اتباعها؟

1. التنازل لمستثمر وطني

لم يقرر قانون تطوير الاستثمار معاملة تقييدية على المستثمرين الوطنيين أثناء انجاز استثماراتهم بل اكتفى فقط بضرورة التصريح لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في حالة رغبته من الاستفادة من المزايا فيرفق ذلك التصريح بطلب الحصول على المزايا.

من هذا المنطلق فإن التنازل عن مشاريع استثمارية أجنبية أو حصص فيه لصالح مستثمر وطني لا يخضع لأي رقابة من أي جهة كانت، ولا لأي إجراءات خاصة فقط بعض الإجراءات التي تتعلق بنقل الملكية والتعديلات التي تطرأ على العقد التأسيسي للشركة ونسب المساهمين... ويعود ذلك لسببين:

الأول: كون المستثمر وطني والأصل أنه يتمتع بحرية الاستثمار فلا يستوجب توفر شروط معينة فيه ليتمكن من الاستثمار.

الثاني: كون أن مشروع الاستثمار ذاك قد وافق عليه المجلس الوطني للاستثمار مسبقا وبالتالي فهو قد خضع لرقابة سابقة.

2. التنازل لمستثمر أجنبي

قد يرغب المستثمر الأجنبي بالتنازل عن مشروعه الاستثماري إلى مستثمر أجنبي آخر ففي هذه الحالة يتصور تدخل المجلس الوطني للاستثمار.

يأخذ تدخل المجلس شكل رقابي في جانب المستثمر الأجنبي الجديد فحسب فهو ينظر في مدى توفر الشروط اللازمة في المستثمر الأجنبي الجديد فقط، وبالخصوص مراقبة شرط عدم وجوده ضمن الفئة الممنوعة من الاستثمار في الجزائر، لأن الشروط الواجب توفرها في المشروع الاستثماري قد تمت مراقبتها سابقا فهو بصدد نفس المشروع الاستثماري ولكن التغيير يمس المالكين فقط.

من هنا يظهر دور المجلس الوطني للاستثمار في مرحلة التصفية إذ يتدخل فقط في المرحلة الأخيرة منها لكن ليس في كل الحالات وإنما فقط في حالة التنازل لمستثمر أجنبي آخر.

خاتمة

إن علاقة المجلس الوطني للاستثمار بالاستثمارات الأجنبية هي تنظيمية بحتة من خلالها يحاول التوفيق بين مصلحتين، من جهة جلب المستثمرين وتفعيل العملية الاستثمارية نظرا للدور الذي يؤديه في التنمية الاقتصادية، ومن جهة أخرى فرز المستثمرين الأجانب واختيار المستثمر الأجنبي الذي تتوفر فيه المقاييس والشروط، وتلك المقاييس والشروط تتحدد في الدراسة التي يقوم بها المجلس على ملفات الاستثمارات الأجنبية، ورغم انتفاء صفة إلزامية دراسة ملفات المشاريع الاستثمارية الأجنبية من قبل المجلس الوطني للاستثمار إلا أنه من غير الممكن قيام مستثمر أجنبي بالاستثمار قبل حصوله على موافقته.

الهوامش:

- (1) حازم بدر الخطيب، " أهمية الاستثمارات الأجنبية في التنمية الاقتصادية وانعكاساتها ودورها في دعم المشاريع الصغيرة (حالة دراسية في الأردن)"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 04، ص 102.
- (2) فالدولة التي تعتمد في سياستها نظام استثمار تحفيزي وجذاب تصدر قوانين تضمنها أحكاما من شأنها تشجيع الاستثمارات، وتبرم اتفاقيات ثنائية لحماية الاستثمارات لتدعم ذلك التوجه، أنظر: إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجا"، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 203.
- (3) استقطاب المستثمرين الأجانب يكون بتوفير مناخ استثماري جاذب ومغري لهم، أما المستثمرين المحليين فتكون معاملتهم مختلفة، فالحكومة هنا بصدد منع هجرة رؤوس الأموال وليس جلبها لذلك عند معاملتهم عليها أن تتصرف على هذا الأساس.
- (4) للاستثمار الأجنبي آثار ايجابية تعود على الدول المضيفة نذكر:
- زيادة معدل التكوين الرأسمالي، - خلق فرص العمل، - تحسين ميزان المدفوعات، - نقل التكنولوجيا، - تحقيق التنمية الاقتصادية. للتفصيل أنظر: نزيه عبد المقصود محمد مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص ص 399-477.
- (5) قد ينعكس الاستثمار الأجنبي على الدول المضيفة بعدة آثار سلبية نذكر منها:
- مدفوعات خدمة ذلك الاستثمار الأجنبي الناتجة من تحويل الأرباح إلى الخارج وتحويل مرتبات العاملين الأجانب، مدفوعات نقل التكنولوجيا المتمثلة في رسوم براءات الاختراع والعلامات التجارية... - ضياع بعض الموارد المالية على الدولة وبالخصوص تلك المتعلقة بالضرائب والرسوم، - ارتفاع معدلات التضخم، - تلوث البيئة، - السيطرة الأجنبية على اقتصاديات الدولة المضيفة. للتفصيل أنظر: نزيه عبد المقصود محمد مبروك، المرجع السابق، ص ص 478-504.
- (6) انظر في ذلك
- [KPMG, Actualité trimestrielle, KPMG, N° 3, \(juillet – aout septembre\)2009, www.kpmg.dz/](http://www.kpmg.dz/)
- (7) قانون رقم 08/13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج عدد 68، الصادر في 31 ديسمبر 2013.
- (8) إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجا"، المرجع السابق، ص 154.
- (9) إقلولي محمد، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، 2006، ص 103.
- (10) انظر في ذلك:
- KPMG, Guide investir en Algérie 2009, N°06, Mise à jour à la loi de finances complémentaire pour 2009, www.kpmg.dz/
- (11) برأينا كان لا بد تنظيم هذه الحالة بأكثر تفصيل وبشروط معينة فمثلا عند دراسة ملف استثمار أجنبي يجب حضور عدد معين من الأعضاء، يكون التصويت بالإجماع، ويفصل في الملف خلال فترة زمنية محددة، بذلك نتفادى الوقوع في حالة تماطل وبالتالي تعطيل مصالح المستثمر الأجنبي.

(12) إذا كان المستثمر شخص طبيعياً فينظر إلى جنسيته، أما إذا كان شخصاً معنوياً فينظر إما إلى مكان التأسيس، أو مركز إدارته الرئيسي، أو جنسية مالكه.

(13) بحسب الاتفاقيات التي وقعت الجزائر فيها لم تقرر مقاطعة أي دولة، بل على العكس تربطها علاقات تعاون ومحبة مع كل دول العالم، وباعتبار الجزائر عضواً في جامعة الدول العربية فهي تحترم سياسة هذه الأخيرة وتسير وفقها، وكون الجامعة قررت مقاطعة الدولة العبرية قررت الدولة الجزائرية المقاطعة المباشرة ضد هذه الدولة. أنظر في ذلك أوباية مليكة، مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، 2005، ص 133.

(14) "تساهم الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف في جعل العلاقات بين الاستثمار الأجنبي المباشر الداخل والخارج من وإلى الدولة أكثر وضوحاً، ولاسيما مع زيادة عدد البلدان التي تعتبر منشئة و مضيقة في الوقت نفسه، وذلك بوضع علاقات استثمار دولية تتميز بالاستقرار والشفافية مع إمكانية التنبؤ"، أنظر: حشماوي محمد، الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2006، ص 106.

(15) يحترم كل ما ورد في الاتفاقية الثنائية لحماية الاستثمارات من ضمان المعاملة المنصفة، شرط الدولة الأولى بالرعاية، التأميم ونزع الملكية، نظام التعويضات، نظام التحويلات، وكيفيات تسوية المنازعات، للتفصيل أنظر: TERKI (Nour-Eddine), "La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie", RASJEP, volume 39, N°2, 2001, pp 9 - 31.

(16) محمد سامي عبد الحميد ومحمد السعيد الدقاق ومصطفى سلامة حسين، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 131.

(17) أوباية مليكة، "مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 02، 2010، ص 251.

(18) المرجع نفسه، ص 253.

(19) الأخذ بهذه القاعدة كان في أعقاب اتفاقية الدمج والحيازة التي تمت بين أوراسكوم المصرية ولافارج الفرنسية، حيث عملية الدمج والحيازة هذه مثلت مشكلاً عويصاً للسلطات الجزائرية، لأن القوانين السابقة لم تضع مثل هذه السيناريوهات في الحسبان خاصة وأن عملية الدمج هذه تتم في البورصات الدولية وتجعل هامش الجانب الجزائري ضعيفاً، كما لا تسمح للحكومة الجزائرية بأن تستفيد من الجانب الجبائي ومن عائد هذه العمليات حتى في حالة ما إذا كانت الأصول جزائرية، أنظر: حفيظ صواليلي، "مشاريع الشراكة أطرتها قوانين المالية لتفادي تكرار قضية لافارج أوراسكوم"، يومية الخبر لـ 24 جانفي 2012، ص 08.

(20) يقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء محليين وذلك بحسب تعريف المادة 04 مكرر/ 2 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار معدل ومتمم.

(21) المادة 04 مكرر/ 2 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار معدل ومتمم، هذه المادة خاصة بالشراكة الأجنبية، أما الشراكة الوطنية بين القطاع العام والخاص فلا يوجد نص خاص بذلك باعتبار المشاريع الكبرى والتي تتعدى قيمتها 500 مليون دينار (حالياً المشاريع التي تتعدى 1500 مليون دينار) يتم الفصل في طبيعتها شركائها من طرف المجلس الوطني للاستثمار، أنظر: يوسف سمية، "مراقبة المجلس الاستثماري للمشاريع يعوّض إصدار قانون جديد"، يومية الخبر، لـ 24 جانفي 2012، ص 08.

(22) تنص المادة 04 مكرر 1 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار معدل ومتمم: يجب على الاستثمارات الأجنبية المنجزة بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية، أن تستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 04 مكرر أعلاه".
(23) انظر في ذلك:

KPMG, Guide investir en Algérie, Edition 2011, www.kpmg.dz/, p49.

(24) الكتاب الخامس الذي عنوانه "في الشركات التجارية" من القانون التجاري الجزائري، منشورات بيرتي، الجزائر، 2011.

(25) العتزي عادل، دراسة جدوى المشروعات الاستثمارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 21.

(26) المرجع نفسه، ص 25.

(27) عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 528.

(28) المرجع نفسه، ص 518.

(29) المرجع نفسه، ص 519.

(30) المرجع نفسه، ص 521.

(31) المرجع نفسه، ص 526، 527.

(32) قايدي سامية، التجارة الدولية والبيئة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو، 2007، ص 130.

(33) نزيه عبد المقصود محمد مبروك، المرجع السابق، ص 447.

34- انظر في ذلك:

HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco-algériennes, LITEC, Paris, 2000, p77.

(34) إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجاً"، المرجع السابق، ص 58.

(35) انظر في ذلك:

CNUCED, Examen de la politique de l'investissement Algérie, New york et Genève, 2004, disponible sur le site : www.uncted.org/ijpr/, p89.

(36) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 521.

(37) لم يبين المرسوم التنفيذي رقم 355/06 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار تشكيلته وتنظيمه وسيره، كيفية اتخاذ القرارات في المجلس، لكن القاعدة العامة والسائدة في التصويت هي تصويت الأغلبية وعند تساوي الأصوات يرجع صوت الرئيس.

(38) انظر في ذلك:

ZOUAÏMIA (Rachid), " Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie", RASJEP, N°2, 2011, p.12

(39) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 534.

(40) للتفصيل أنظر: المرجع نفسه، ص ص 534-544.

(41) المرجع نفسه، ص ص 544-550.

(42) المرجع نفسه ص ص 551-552.

(43) المرجع نفسه ، ص 552.

(44) المرجع نفسه، ص 553.

(45) انظر في ذلك:

HAROUN (M), op.cit, p358.

(46) المادة 08 من الأمر رقم 04/08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية معدل ومتمم، ج ر ج عدد 49، الصادر في 03 سبتمبر 2008.

(47) معيني لعزیز، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كآلية جديدة لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة جيجل، 2006/2005، ص 36.

(48) المرجع نفسه، ص 41.

(49) إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجاً"، المرجع السابق، ص 256.

(50) شركة أوراسكوم لم تقم بإخطار السلطات الجزائرية عن نيتها بالقيام بعملية الدمج والحياسة بينها وبين شركة لافارج التابعة للمستثمر الفرنسي، كما أنها لم تعلمها كذلك بنيتها عن بيع شركة جيزي وسرعان ما سمعت السلطات بذلك بادرت بالإعلان عن رغبتها في ممارسة حق الشفعة، وبذلك يكون المتعامل أوراسكوم لم يتقيد بالتزاماته التعاقدية سواء في قضية مصانع الاسمنت أو في قضية جيزي، هذه الالتزامات كان يتوجب عليه احترامها عندما وقع على اتفاقية الاستثمار، فبمقابل الحصول على مختلف التحفيزات والامتيازات يلتزم باحترام وتطبيق القوانين الجزائرية ، هذه الأخيرة تقضي بأن التنازل للغير لا يتم إلا إذا أصدرت السلطات الجزائرية شهادة التخلي عن ممارسة الشفعة.

(51) انظر في ذلك:

ZOUAÏMIA (Rachid), " Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie", op.cit , p25.

(52) تنص المادة 04 مكرر 3 /7 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار معدل ومتمم: "يعتبر عدم الرد من المصالح المختصة خلال أجل ثلاثة أشهر(3) بمثابة التخلي عن ممارسة حق الشفعة ما عدا في حالة ما إذا تعدى مبلغ المعاملة المقدار المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالاستثمار وعندما يتعلق موضوع هذه المعاملة بالأسهم أو الحصص الاجتماعية لشركة تمارس أحد الأنشطة المحددة في نفس القرار"

(53) الاستثمارات التي يتم التنازل عنها بأكملها هي تلك الاستثمارات المنجزة قبل 2009 أي قبل تحديد نسبة حصص المساهمين الأجانب بنسبة 49%.

المراقبة الإلكترونية وحق الفرد في الخصوصية داخل الفضاء الرقمي*

REBIAI Hocine, M.A «A»
Faculté de Droit,
Université Constantine 1 – Algérie.

ربيبي حسين، أستاذ مساعد "أ"
كلية الحقوق،
جامعة قسنطينة 1، الجزائر.

الملخص:

لقد أصبحت حالياً وقائع الحياة تدور في جزء هام منها في الفضاء الإلكتروني، بفعل إنتشار تكنولوجيا المعلوماتية، وهو ما خلق نوعاً حديثاً من الحقوق كحق الفرد في الخصوصية المعلوماتية، الذي يحمي الفرد داخل الفضاء الرقمي من مختلف الممارسات التي يمكن لها أن تنتهك خصوصيته، خصوصاً تلك التي تمارسها الحكومات والمؤسسات والمتعلقة بأعمال المراقبة واعتراض الاتصالات وجمع البيانات حول نشاط الأفراد داخل الفضاء الرقمي، فالدول حالياً تمتلك من القدرات أكثر من أي وقت مضى للقيام بذلك و هو ما يتعارض بشكل مباشر مع حرية الفرد في التمتع بالخصوصية داخل الفضاء الإلكتروني.

الكلمات الدالة:

المراقبة الإلكترونية- حرية الفرد-الفضاء الرقمي-الجرائم المعلوماتية.

La cyber-surveillance et le droit de l'individu à la vie privée dans l'espace numérique

Résumé :

Dans un monde qui change pour le numérique a cause de la propagation des nouvelles technologies de communication, la liberté individuelle a pris de nouvelles formes, adaptées à cette situation, parmi ces formes, on cite le droit au respect de la vie privée sur Internet, comme un moyen pour faire face à la cybercriminalité, tel que le contrôle exercé par l'Etat en raison de la sécurité nationale, en partant du principe qu'Internet conserve sans limite de durée, nos informations personnelles, nos activités et notre vie personnelle, ce qui constitue une menace réelle et permanente envers le principe du respect de la vie privée sur internet .

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/12/27 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/01/18 وقُبِلَ للنَّشر بتاريخ 2016/05/02.

Mots clés:

Cyber-surveillance, liberté, individuelle, espace numérique, cybercriminalité.

Cyber surveillance and the right of the individual to privacy in cyberspace**Abstract:**

In a changing world for digital due to the new communication technologies spread, the individual freedom has taken new forms that are adapted to that situation, among those forms we mention the right to respect for privacy on the internet as a mean to cope with the cyber monitoring often exerted by the state owing to the national security, As the internet retains our personal information, our activities and our personal lives for an unlimited period, it represents a real and continuing threat to the principle of the privacy respect on the internet.

Key Words:

Cyber surveillance, individual liberty, cybercrime, cyber terrorism.

مقدمة

تعتبر الجريمة المعلوماتية أخطر صور التعدي على الحق في الخصوصية عبر الأنظمة المعلوماتية، وهي الجريمة التي اجتهدت التشريعات وعملت على مواجهتها قانونياً، من أجل ضمان حماية فعالة لأمن وخصوصية النظم المعلوماتية من تهديدات مجرمي المعلوماتية، غير أنّها أتاحت في مقابل تحقيق ذلك للدول والحكومات حق انتهاك مبدأ الخصوصية المعلوماتية المقرر لفائدة الأفراد، بدعوى تنفيذ الإجراءات المتعلقة بالبحث والتحقيق بشأن الجرائم المعلوماتية في إطار سياسة الوقاية منها ومكافحتها. غير أنّه وفي ظل المعطيات المتعلقة بالطبيعة الخفية للجرائم المعلوماتية، وتزايد التهديدات الناجمة عنها باستهدافها لشتى المصالح و خصوصاً تلك المتعلقة بالأمن القومي الدول، من خلال ظهور جرائم الإرهاب الإلكتروني، فإنّه تولّد عن ذلك زيادة في نشاط المراقبة الإلكترونية للأفراد عبر الشبكات بدعوى الوقاية من ومكافحة هذا النوع من الجرائم المعلوماتية، وذلك من خلال اعتراض وتسجيل محتوى الاتصالات الإلكترونية، وتجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالحياة الشخصية للأفراد بدون علم منهم أو إذن مسبق صادر عنهم، وهو ما يشكل انتهاكاً صارخاً لحقهم في الخصوصية عبر المعلوماتية، خصوصاً وأنّ مسألة اللجوء إلى اتخاذ مثل هذا الإجراء أصبح يشكل عادة خطيرة تنتهجها الدول بالرغم من طابعها الاستثنائي الذي تؤكده نصوص الدساتير والقوانين الداخلية.

إن أهمية الموضوع تتركز حول مفهوم أساسي وهو خطورة إجراءات المراقبة الإلكترونية على حرمة الحياة الخاصة للأفراد في الفضاء الرقمي، فمستخدمو الأنظمة المعلوماتية عموماً وشبكة الانترنت خصوصاً، يتمتعون كأصل بالحرية والحق في الخصوصية عبر الشبكات المعلوماتية، غير أن هذه الفكرة تعتبر نسبية إلى حد بعيد بالرغم من الضمانات القانونية المتوفرة، فكلما تعارض هذا المبدأ والمصالح العليا للدول فإن هذه الأخيرة تلجأ إلى المراقبة الإلكترونية لمضمون ومحتوى الاتصالات الإلكترونية للأفراد بدعوى حقها في الوقاية ومكافحة الجرائم المعلوماتية التي تهدد أمنها وسلامتها.

إن الإشكالية المطروحة للنقاش في هذا الصدد تتناول إبراز مفهوم مبدأ الخصوصية عبر النظم المعلوماتية، ومدى صمودها في وجه إجراء المراقبة الإلكترونية التي تفرضها الدول والحكومات كحتمية للوقاية ومكافحة الجرائم المعلوماتية التي تهدد أمنها وسلامتها، ويمكن تلخيص مضمون الإشكالية العامة للموضوع في التساؤل التالي: إلى أي مدى تنتهك المراقبة الإلكترونية كإجراء يهدف إلى الوقاية ومكافحة الجرائم المعلوماتية الماسة بأمن وسلامة الدول، حق الخصوصية المعلوماتية المقرر لفائدة الأفراد داخل الفضاء الرقمي؟

إن الإجابة عن هذه الإشكاليات تقتضي منا وبالضرورة اتباع منهج وصفي تحليلي لموضوع النقاش، بالإضافة إلى المنهج المقارن من أجل الإحاطة بكل جوانب الموضوع، وضمناً لذلك فقد قسمنا موضوعنا إلى مبحثين أساسيين هما:

– المبحث الأول: مفهوم مبدأ الخصوصية عبر النظم المعلوماتية وإجراء المراقبة الإلكترونية.

– المبحث الثاني: آليات ووسائل تنفيذ المراقبة الإلكترونية.

المبحث الأول/ مفهوم مبدأ الخصوصية عبر النظم المعلوماتية وإجراء المراقبة الإلكترونية

إن الحق في الحياة الشخصية أحد حقوق الإنسان الأساسية الذي أثار جدلاً واسعاً على المدى التاريخي، ولعله أبرز حق يتم التركيز عليه على نحو متعاظم في الوقت

الحاضر في ظل توظيف تقنية المعلوماتية، فلكل فرد الحق في المحافظة على سرية حياته الشخصية وعدم جعلها عرضة لأن تكون موضوعاً للنشر، فالإنسان له الحق في أن يترك وشأنه ليعيش حياة بعيدة عن العلنية، ونطاق الحياة الخاصة للفرد يمتد ليشمل كل ما يتعلق بحياته من معتقداته إلى مظاهره العلنية وهي في مجموعها تدخل ضمن إطار الحقوق الشخصية⁽¹⁾.

وفي سبيل تكريس مبدأ الخصوصية تكلفت النصوص القانونية بما فيها الدساتير، بحماية هذا المبدأ من خلال نصها بشكل متوافق على حماية هذا الحق من خلال منع وحظر الغير من الاطلاع على مضمون الحياة الخاصة للأفراد، بقصد توفير نوع من الاستقرار والأمن للأفراد، وعملت في سبيل تحقيق ذلك على إحداث التوازن بين مفهوم الحرية الشخصية وشرعية العدالة الجزائية، من خلال منح الإجراءات المتخذة في مواجهة الحقوق الأساسية للأفراد المصادقية والشرعية، في ظل دولة القانون التي تعمل فيها السلطات على احترام سيادة القانون بهدف مراعاة ضمانات حماية الحرية الشخصية بجميع صورها⁽²⁾.

المطلب الأول/ مفهوم الحق في الخصوصية المعلوماتية

يتميز الحق في الخصوصية في مجال المعلوماتية بمفهوم حديث، نتيجة تقاطع هذا الحق في ظل المفهوم التقليدي الذي يقصد به حق الفرد في حماية سرية وخصوصية اسمه وشرفه واعتباره ومراسلاته واتصالاته و تفاصيل حياته الشخصية، مع مفهوم المعلوماتية والتي يقصد بها أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، والتي تتكون أساساً من أجهزة الحاسوب المتصلة ببعضها البعض بواسطة شبكة اتصالات سلكية أو لاسلكية، وهو ما يولّد فكرة ضرورة حماية كل المعطيات والمعلومات الشخصية المتداولة أو المخزّنة عبر هذه الأنظمة من كل اعتداء يجعل منها متاحة للغير علناً وبدون إذن صاحبها.

الفرع الأول/ نشأة فكرة الحق في الخصوصية المعلوماتية

تعتبر فكرة منح الفرد الحق في الخصوصية فكرة قديمة يعود أصلها إلى أول وثيقة ومدونة دستورية لحقوق الإنسان تعرف "بالعهد الأعظم"، والتي تنازل بموجبها ملك بريطانيا عام 1215 عن جزء من سلطاته المطلقة، فمنح عهداً بعدم القبض على أي

شخص أو حبسه أو نفيه أو مصادرة أمواله، إلا بحكم صادر عن سلطة قانونية، وهو ما تبنته بعض التشريعات القديمة كقانون the justice of the peace الصادر عام 1361 ببريطانيا والذي تم بموجبه تجريم اختلاس النظر واستراق السمع⁽³⁾.

وقد نشأت فكرة الخصوصية المعلوماتية سنة 1967 نتيجةً لجهود الباحثين الأمريكيين في هذا المجال وهما "ألن ويستون" و "ميلير" و اللذان نشرتا أعمالهما في هذا المجال تحت عنوان " الخصوصية والحرية " و " الاعتراف على الخصوصية " وهي أولى الجهود الفكرية الهادفة لتأسيس مبدأ الخصوصية المعلوماتية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني/تعريف الخصوصية المعلوماتية

يقصد بالخصوصية في هذا المقام خصوصية المعلومات، وهو حق الأفراد أو المجموعات أو المؤسسات أن يحددوا لأنفسهم متى وكيف و إلى أي مدى يمكن للمعلومات الخاصة بهم أن تصل للآخرين، وعرفت كذلك بأنها حق الفرد في أن يضبط عملية جمع المعلومات الشخصية عنه وعملية معالجتها آلياً وحفظها وتوزيعها واستخدامها في صنع القرار الخاص به أو المؤثر فيه⁽⁵⁾.

وقد عرفها الفقيه " ميلير " بأنها" قدرة الأفراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم ويعتبر الفرد في حالة من الخصوصية إذ كان في حالة من العزلة والألفة والتستر"⁽⁶⁾.

وترجع ضرورة منح الفرد خصوصية داخل الفضاء الرقمي بالنظر إلى الاستعمالات اللامحدودة لشبكة الأنترنت في الوقت الحاضر، وما نتج عنها من إشكاليات وتعقيدات لأمن الحياة الخاصة، فهي شبكة تتيح عمليات جمع وتخزين المعلومات المتعلقة بالأشخاص بأساليب وتقنيات لم تكن معروفة مسبقاً، بالإضافة إلى أن:

- الأنترنت كشبكة دولية يسهل جمع المعلومات بالإضافة إلى قابلية تحديد مصدرها بدقة من خلال الاستعانة بعناوين (IP)⁽⁷⁾ التي تميز كل حاسوب عن الآخر.

- تنامي قدرات وأساليب الهيئات المكلفة بالمراقبة الإلكترونية في مجال جمع المعلومات الخاصة بالأفراد، بفعل قدراتها التقنية الفائقة في هذا المجال، في إطار عملها على

تغذية بنوك المعلومات التي أنشأتها أغلب دول العالم بمعلومات شخصية تخص نشاط الأفراد عبر الشبكات⁽⁸⁾.

الفرع الثالث/الضمانات القانونية لحق الخصوصية المعلوماتية

تقدّس أغلب الاتفاقيات الدولية والمواثيق والعهد الدولية والدساتير الوطنية و القوانين الداخلية الحق في الحياة الخاصة، وتوفر نصوصاً قانونية هامة بهدف ضمان حماية قصوى له ونجدها موزعة على مستويين الأول دولي والثاني وطني داخلي.

الفقرة الأولى/الحق في الخصوصية المعلوماتية في ظل النصوص الدولية

يجد الحق في الخصوصية معناه بوجه عام دون تخصيص في أغلب نصوص الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، بحيث تنص المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه " لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"⁽⁹⁾.

كما تنص المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي أعتد من قبل الجمعية العامة للأمم في 16 ديسمبر 1966 بأنه " لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته، من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس"، وهو ما تتفق بشأنه و توضحه نصوص المواد 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، و المادة 11 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969، وكذلك المادة 21 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان⁽¹⁰⁾.

و يعتبر القرار 167/68 المعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتخذة بتاريخ 2013/11/18 تحت عنوان "الحق في الخصوصية في العصر الرقمي" أحدث الجهود الدولية التي تهدف إلى تعزيز الحق في الخصوصية المعلوماتية، بالنظر إلى قلة حصانة تكنولوجيا المعلومات أمام إجراء المراقبة الإلكترونية، فقد أظهرت الدراسات الحديثة أنّ هناك استراتيجيات تكنولوجية حديثة تعزز ممارسات المراقبة الإلكترونية، وهو ما يشكّل تعدياً بالغاً على حريات الأفراد وعلى مقومات بناء مجتمع مدني، وقد تضمن

القرار 167/68 مجموعة من ستة (06) توصيات تهدف إلى الحد من الأثر السلبي الذي يمكن أن تخلّفه مراقبة الاتصالات واعتراضها على حقوق الإنسان، فحقوق الإنسان المحمية خارج الفضاء الإلكتروني يجب أن تكون محمية داخل الفضاء الإلكتروني، كما أنّه يجب على الدول الأعضاء أن تعيد النظر في ممارساتها وتشريعاتها المتعلقة بالمراقبة الإلكترونية تنفيذاً لالتزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني⁽¹¹⁾.

الفقرة الثانية/الحق في الخصوصية المعلوماتية في نطاق التشريع الجزائري

يتجسد هذا المبدأ على المستوى الوطني من خلال جملة الضمانات القانونية المقررة بموجب أحكام الدستور، بنصه على ضمان حرمة الحياة الخاصة للمواطن و ضمان سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها، بحيث تنص المادة 39 من دستور الجمهورية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 على أنّه : " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، و يحمهما القانون، سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة"، وقد قرر المشرع حسب ما تقضي به المادة 137-ق 06-22 من قانون العقوبات الجزائري عقوبة مقدارها الحبس من (03) ثلاث أشهر إلى (05) خمس سنوات و بغرامة من 30.000 إلى 50.000 دج ضد كل موظف أو عون من أعوان الدولة أو مستخدم أو مندوب عن مصلحة البريد في حال قام أي منهم بإتلاف رسائل بريدية أو تسهيل فضها أو اختلاسها أو إتلافها، وهو ما تؤكد المادة 127 الفقرة 01 و 02 و 03 من الفصل الثاني تحت عنوان الأحكام الجزائية الخاصة من القانون 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد المتعلقة بالبريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية بالقول: "تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 137-ق 06-22 من قانون العقوبات على كل شخص مرخص له بتقديم خدمة البريد السريع الدولي أو كل عون يعمل لديه و الذي في إطار ممارسة مهامه، يفتح أو يحوّل أو يخرب البريد أو ينتهك سرية المراسلات أو يساعد في ارتكاب هذه الأفعال، و تسري نفس العقوبات على كل شخص مرخص له بتقديم خدمة مواصلات سلوكية و لا سلوكية و على كل عامل لدى متعاملي الشبكات العمومية للمواصلات السلوكية و اللاسلوكية و الذي في إطار أداء مهامه ينتهك بأي طريقة كانت سرية المراسلات الصادرة أو المرسلّة أو المستقبلّة عن طريق المواصلات السلوكية و اللاسلوكية، أو الذي أمر أو ساعد في ارتكاب هذه الأفعال".

بالإضافة إلى جملة الجزاءات العقابية التي تقرها نصوص المواد من 303 إلى 303 مكرر 3 ق 06-23 من قانون العقوبات الجزائري بالنسبة للأشخاص العاديين سواء الطبيعيين أو المعنويين، والتي تنص على أنه كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجّهة للغير وذلك بسوء نية وذلك في غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة وبغرامة من 25000 دج إلى 100,000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽¹²⁾.

أما إذا ما تعمّد أيّا كان المساس بحرمه الحياة الشخصية للأشخاص باستعمال أساليب تقنية كالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، أو صور لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو شرع في ذلك فإنّ العقوبة تكون من 06 ستة أشهر إلى 03 ثلاث سنوات حبسا وبغرامة من 50,000 دج إلى 300,000 دج، و تطبق نفس العقوبة على كل من احتفظ أو وضع أو سمح بوضع في متناول الجمهور أو الغير وبأي وسيلة كانت التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة الأفعال السابقة⁽¹³⁾.

من خلال استقراء النصوص القانونية السابقة والتي يقرها التشريع الجزائري فإننا نلاحظ وبعلاء تقديس مفهوم الحق في الخصوصية بما فيها المعلوماتية من قبل المشرع الجزائري ضمنا والتزاما منه بحماية وترقية حقوق الأفراد.

المطلب الثاني/ مفهوم المراقبة الإلكترونية كإجراء للوقاية ومكافحة الجرائم المعلوماتية

تعتبر المراقبة الإلكترونية استثناء على قاعدة الحق في الخصوصية المعلوماتية، فهي إجراء ينتهك حرمة وسرية المعلومات الشخصية المعالجة آليا، والأصل أنّ هذا الإجراء استثنائي ولا يلجأ إليه إلا في حالات تنفيذ إجراءات وقائية من الجرائم المعلوماتية الماسة بأمن وسلامة الدول، أو في حال تنفيذ الإجراءات القضائية المتعلقة بملاحقة مرتكبي الجرائم المعلوماتية، ولا يكون ذلك إلا بناء على رخصة قانونية تسمح صراحة وحصرها باللجوء إلى هذه التقنية⁽¹⁴⁾، غير أنّ واقع الحال يدل على عدم التزام الدول باحترام هذه المعطيات التشريعية والضمانات، فتلجأ إلى المراقبة الإلكترونية

بشكل سري عادة من أجل الوقاية من الجرائم المعلوماتية بالنظر إلى الطابع الخفي لهذه الجرائم وصعوبة تحديد هوية مرتكبيها.

الفرع الأول/تعريف المراقبة الإلكترونية للاتصالات

تعتبر المراقبة (La Surveillance) من أهم مصادر التحري والتي يُستعان بها غالباً في البحث والتقصي عن الجرائم سواء التامة أو الخائبة، التقليدية أو المستحدثة فهي إجراء لا يستغنى عنه إذ تعتبر أسرع درب لكشف الجرائم.

وتعرف المراقبة في مجال المعلوماتية بالمراقبة الإلكترونية (la cyber-surveillance) ويقصد بها : مراقبة شبكة الاتصالات، أو ذلك العمل الذي يقوم به المراقب باستخدام التقنية الإلكترونية لجمع البيانات والمعلومات حول المشتبه فيه، سواء كان شخصاً أو مكاناً أو شيئاً حسب طبيعته، وذلك مرتبط بالزمن لتحقيق غرض أمني ولأبي غرض آخر.

إذن فالمراقبة الإلكترونية كأصل وسيلة من وسائل جمع البيانات والمعلومات عن المشتبه فيه يقوم بها الشخص " المراقب الإلكتروني " وهو في العادة من ضباط الشرطة القضائية، يتميز بالكفاءة التقنية العالية في مجال المعلوماتية التي تتماشى مع نوع الجريمة، يستخدم في ذلك التقنية الإلكترونية، كأن يراقب نشاط أحد القراصنة المعلوماتيين، أو يقوم بنسخ البريد الإلكتروني لمراقبة اتصالات المشتبه فيه عند إرساله أو استقباله للبريد الإلكتروني⁽¹⁵⁾.

ويعتبر المشتبه فيه في إطار تنفيذ إجراء المراقبة الإلكترونية عادة، هو شبكة الأنترنت وحاسوب الشخص الذي أساء استعمالها، فتتم مراقبة اتصالاته الإلكترونية المشتبه فيها والتي تتم عن طريق الأنترنت⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني/واقع المراقبة الإلكترونية بين ضمانات النص والتطبيق الفعلي

إذا كان من الظاهر بأن إجراء المراقبة الإلكترونية للاتصالات عبر شبكات الإتصال ومختلف الأنظمة المعلوماتية هو إجراء شرعي قانوني، بما أنه يستند إلى مبررات أساسها الوقاية ومكافحة الجرائم المعلوماتية وخصوصاً الإرهابية منها، وبأنه إجراء لا يتم تنفيذه إلا بناء على أمر من السلطات القضائية المختصة، وبجملة من الضمانات القانونية التي تحمي حق الفرد في الخصوصية المعلوماتية، إلا أنّ واقع الحال لا يشير

إلى ذلك في كل الأحوال، فقد أشارت المستشارة العليا للأمم المتحدة المكلفة بترقية حقوق الإنسان السيدة "نافي بلاي" في تقرير لها حول نشاطات المراقبة الإلكترونية و مدى تعارضها مع المبادئ الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان، إلى ارتفاع عدد الهيئات المكلفة بتنفيذ هذا الإجراء حول العالم، وهو ما يفسر ازدياد عدد حالات المراقبة الإلكترونية للحياة الخاصة للأفراد، وتعارضها مع المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، كما أشار السيد "فرانك لاراي" في تقريره A/HRC/23/40 باعتباره المكلف الخاص من قبل هيئة الأمم المتحدة بترقية وحماية حرية التعبير، إلى ضرورة احترام الإجراءات الشرعية في مجال ممارسة المراقبة الإلكترونية للاتصالات من أجل ضمان هذه الحقوق الأساسية، بعد ما لاحظته من خروقات عديدة في مجال التعسف في اللجوء إلى إجراءات المراقبة الإلكترونية إما دون مبرر حقيقي أو دون استيفاء الضمانات القانونية اللازمة⁽¹⁷⁾.

إنّ هذا الطرح المتعلق بتعسف الدول في اللجوء إلى إجراء المراقبة الإلكترونية للاتصالات عبر الشبكات مرده زيادة وتنامي عدد الهيئات الحكومية والخاصة والتي تمارس إجراءات المراقبة الإلكترونية، فقد أحصت منظمة "صحفيون بلا حدود" في تقريرها الصادر سنة 2014 تحت عنوان "أعداء الأنترنت" بمناسبة إحيائها فعاليات اليوم العالمي لمحاربة الرقابة على شبكة الأنترنت، إثنان و ثلاثون (32) هيئة خاصة وحكومية تقوم بممارسة المراقبة الإلكترونية على الأنشطة المعلوماتية للمستخدمين عبر شبكة الأنترنت، ويرتكز نشاطها إما على حذف بعض المعلومات أو حجزها أو تغييرها، وقد صنف هذا التقرير ثلاث هيئات تشكل أكبر تهديد على الحق في الخصوصية وتنتهك حرمة الحياة الخاصة عبر الشبكات وهي في الأصل تنتمي إلى دول تتغنى بشعارات حماية الحقوق والحريات الفردية وهي:

1- National Security Agency التابع للولايات المتحدة.

2- Le centre de développement des thématiques التابع للهند.

3- Gouvernement communication Headquarters التابع لبريطانيا.

بالإضافة إلى مؤسسات خاصة في هذا المجال أبرزها مؤسسة Issworld و Milipol، والتي تمارس هذا الإجراء بعيدا عن أي ضمانات قانونية، تضع خبراتها وخدماتها تحت

تصرف الدول الراغبة في مراقبة الأنشطة المعلوماتية لأفرادها بشكل سري، وعلى رأسها إيران والبحرين والصين⁽¹⁸⁾.

وكمثال عن الأساليب الحكومية المنتهجة في مجال اللجوء السري للمراقبة الإلكترونية، ما قامت به الصين سنة 2006 حينما صرح الوزير المكلف بالأمن العام لديها عن إطلاق مشروع تحت اسم " الدرع الذهبي" من خلال تفعيل نظام شامل للمراقبة الإلكترونية، أو ما حدث سنة 2009 أين حاولت الحكومة الصينية فرض تثبيت برنامج تجسس يعرف " بالسد الأخضر" على كل الحواسيب التي تسوق داخل الصين وهو ما يمكنها من بسط سيطرتها على كل أنشطة مستخدمي النظام المعلوماتي في الصين غير أنّ هذا الطلب قوبل بالرفض من قبل منظمة التجارة العالمي⁽¹⁹⁾.

المبحث الثاني/آليات ووسائل تنفيذ المراقبة الإلكترونية

تعتبر المراقبة الإلكترونية إجراء يتعارض مع الحق في الخصوصية المعلوماتية، غير أنّها كإجراء يتوافق مع المصالح العليا للدول باعتبارها وسيلة فعالة في مراقبة نشاط الأفراد المشتبه فيهم في إطار التحريات والتحقيقات القضائية عن الجرائم المعلوماتية، كما أنّها إجراء يسمح بالوقاية من الجرائم المعلوماتية التي من شأنها المساس بمجالات الأمن والنظام العام والدفاع الوطني والتي تصنف عادة في خانة الجرائم الإرهابية. إنّ اللجوء إلى هذا الأسلوب يستدعي من القائمين على تنفيذه الإلمام بالمعرفة الدقيقة بمجال النظم المعلوماتية، والحيل والأساليب الإجرامية لارتكاب الجرائم المعلوماتية، بالإضافة إلى معرفة الآليات القانونية لضمان شرعية هذا الإجراء الذي يكتسي طابعا خاصا في العالم الرقمي، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل حول طبيعة هذا الإجراء والوسائل والأساليب المستعملة لأجل تنفيذه.

المطلب الأول/آليات تنفيذ المراقبة الإلكترونية

يتم تنفيذ المراقبة الإلكترونية من خلال استهداف الاتصالات الإلكترونية التي يجريها المشتبه فيه من خلال استعماله لأي وسيلة إلكترونية، إما في شكل تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات أيّا كانت طبيعتها تمت عن طريق وسيلة إلكترونية⁽²⁰⁾.

تنصب إجراءات المراقبة الإلكترونية على جملة المعلومات والبيانات المتداولة عبر النظم المعلوماتية، والتي تعرف بالمعطيات المتعلقة بحركة السير Données relative au trafic وقد تكون هذه المعطيات والبيانات إما ساكنة أو متحركة، ويمكن تعريفها بأنها " أي معطيات متعلقة بالاتصال عن طريق منظومة معلوماتية تنتجها هذه الأخيرة باعتبارها جزءا في حلقة الاتصالات، توضح مصدر الاتصال والوجهة المرسل إليها والطريق الذي تسلكه والوقت وتاريخ وحجم ومدة الاتصال"⁽²¹⁾.

الفرع الأول/المراقبة الإلكترونية الواردة على البيانات الساكنة

يتولى عادة ضباط الشرطة القضائية المنتمون إلى وحدات مختصة في الوقاية ومكافحة الجرائم المعلوماتية مهام تنفيذ إجراء المراقبة الإلكترونية بناء على إذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، غير أنّ هذا الإجراء لا يمكن له أن يتم إلا من خلال جهود مزودي الخدمة بالإنترنت أو مقدمي الخدمات الذين يمكن تعريفهم بأنهم: أي كيان عام أو خاص يقدم لمستهلمي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية أو نظام اتصالات، أو أي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال⁽²²⁾.

ويحق للقائمين بتنفيذ إجراء المراقبة الإلكترونية أن يطلبوا من مقدمي الخدمات تزويدهم بالمعلومات المتعلقة بالاتصالات الإلكترونية التي يجريها المشتبه فيه إما من خلال:

الفقرة الأولى/الأمر بالتحفظ المعجل على البيانات

يقصد به الأمر بالتحفظ على بيانات معلوماتية مخزنة في حوزة أو تحت سيطرة مزودي الخدمات، في انتظار اتخاذ إجراءات قانونية أخرى بشأنها، كالتفتيش، ويتضح أنّ الهدف من هذا الإجراء هو الاحتفاظ بالبيانات المعلوماتية المخزنة لدى مزودي الخدمة بالإنترنت قبل حذفها من قبلهم بعد انقضاء مدة الحفظ والتي حددها المشرع الجزائري بسنة واحدة حسب نص المادة 11 من القانون 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها⁽²³⁾.

يعتبر هذا الإجراء بالنسبة لغالبية الدول سلطة قانونية جديدة مستحدثة كليا، فهو أداة للتنقيب على أثار الجرائم المعلوماتية في إطار مكافحتها أو الوقاية منها نظرا للأسباب التالية:

1- قابلية البيانات المعلوماتية للتلاشي فمن السهل التلاعب بها وتغيير محتواها وبالتالي فقدان عناصر اثبات الجريمة.

2- ارتكاب غالبية الجرائم المعلوماتية بواسطة النظم المعلوماتية أو بواسطة نظم الاتصالات وبالتالي تحديد هوية المرسل والمرسل إليه يساعد في الكشف عن مرتكب الجريمة.

3- استعمال مضمون هذه الاتصالات كدليل للإثبات⁽²⁴⁾.

الفقرة الثانية/ تقديم بيانات معلوماتية متعلقة بهوية المشترك

الأصل أنّ البيانات الشخصية المتعلقة بمستخدمي الشبكة تدخل في إطار الحق في الخصوصية الذي تحميه كل النصوص الدولية والإقليمية والوطنية لحقوق الإنسان، غير أنّه وفي ظل تنامي الإجرام المعلوماتي أصبحت غالبية التشريعات تجيز للجهات المختصة في إطار أداء مهامها المتعلقة بالوقاية ومكافحة الجرائم المعلوماتية، حق الاطلاع على البيانات الشخصية للمشارك، من خلال تقديم طلب لمزودي الخدمات بالإنترنت من أجل مدّهم بها، كما هو عليه في القانون الجزائري بموجب- المادة 10 و 11 و 12 من القانون 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها، أو كما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي حسب نص المادة 43-9 من القانون 2000-719 الخاص بحرية الإتصالات⁽²⁵⁾.

ويدشير مصطلح المشترك l'abonné إلى عديد الطوائف منهم الشخص الذي يدفع مقابل الخدمة، و العميل الذي يدفع مسبقا نظير الخدمات، و الشخص المستفيد من الخدمة مجانا، و الشخص المخول له استخدام حساب المشترك، وتعتبر من قبيل بيانات المشترك، هويته، عنوانه البريدي، رقم هاتفه، بيانات فاتورته أو بياناته الشخصية المدرجة في العقد⁽²⁶⁾.

الفرع الثاني/المراقبة الإلكترونية الواردة على البيانات المتحركة

يعرف هذا الإجراء تحت وصف اعتراض المراسلات الإلكترونية، أو الاعتراض وتجميع المراسلات في الوقت الفعلي لمرور البيانات، وهو إجراء يتم عن طريق سلطة مختصة، أو عن طريق مزودي الخدمات⁽²⁷⁾.

إنّ المراقبة الإلكترونية على البيانات المتحركة يقصد بها "اعتراض وتجميع البيانات أثناء بثها وليس الحصول عليها في شكل بيانات إلكترونية مخزنة"⁽²⁸⁾.

وتعتبر البيانات المستهدفة هي تلك المتعلقة بالاتصالات في فترة الإنتاج ولحظة نقلها عبر الاتصال، وهو ما يفسر مصطلح "الوقت الفعلي"، وتكون البيانات هنا في شكل غير مادي يتم نقلها في شكل ذبذبات صوتية أو إلكترونية، والجدير بالذكر أنّ هذه العملية لا تشوش على تدفق البيانات بحيث تصل الشخص المرسل إليه، وبدلاً من ضبطها مادياً فإنّه يتم تسجيلها ونسخها أثناء فترة نقلها والبيانات التي يتم اعتراضها وتجميعها نوعان:

1- بيانات متعلقة بالمرور Données relative au trafic

2- بيانات متعلقة بالمحتوى Données relative au contenu⁽²⁹⁾

الفرع الثالث/مظاهر التعسف في اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية

بالرغم من جملة الضمانات القانونية الممنوحة لحق الخصوصية المعلوماتية، وحصراً أساليب المراقبة الإلكترونية قانوناً إلا أنّ التقارير الدولية الصادرة عن مختلف الهيئات المكلفة بالدفاع عن حقوق الإنسان تشير إلى لجوء الدول والحكومات إلى أساليب سرية وغير مباشرة لممارسة المراقبة الإلكترونية على نشاطات الأفراد عبر شبكات الاتصال، ويمكن تلخيص هذه الممارسات في الأساليب التالية:

الفقرة الأولى/أساليب قانونية وتشريعية

تلجأ بعض الدول إلى استصدار قوانين خاصة تبيح لها إجراء المراقبة الإلكترونية خارج نطاق الضمانات القانونية التي توفرها القوانين وعلى رأسها الدستور، ففي سنة 2013 صدر في فرنسا قانون تحت اسم La Loi de la Programmation Militaire بحيث تجيز نص المادة 20 منه إمكانية مراقبة الاتصالات الهاتفية وعبر شبكة الأنترنت في الوقت الفعلي لمرور البيانات، دون إذن أو إشراك لأي قاضي، وذلك بهدف البحث عن

معلومات استخباراتية تتصل بالأمن القومي، بهدف حماية الاقتصاد الوطني، و الوقاية من الأعمال الإرهابية⁽³⁰⁾.

الفقرة الثانية/تعزير عمل مزودي الخدمات في مجال المراقبة الإلكترونية

نذكر في هذا المجال القانون الصادر في 2014/02/05 بتركيا تحت رقم 5651، الذي عزز عمل مزودي الخدمات في مجال الاحتفاظ بالمعطيات الشخصية للمشاركين، وذلك بتمديد مدة حفظ البيانات و المعطيات المتعلقة بنشاط المشترك عبر شبكة الأنترنت إلى سنتين(02)، وضرورة تزويد السلطات المختصة بها بناء على طلب بسيط صادر عنها دون مبرر، تتضمن تاريخ الزيارات عبر شبكة الأنترنت التي قام بها المشترك/المواقع التي زارها المستخدم/عناوين IP التي استخدمها وحتى رسائل ومضمون رسائل بريده الإلكتروني⁽³¹⁾.

الفقرة الثالثة / شرط الحصول على رخصة النشر على شبكة الأنترنت

تم في سنغافورة سنة 2009 وضع نظام خاص من قبل السلطات في شكل حاجز مالي يقضي بضرورة دفع مقابل يقدر بـ 29000 أورو من قبل كل مؤسس موقع على شبكة الأنترنت، ينشر أخباراً عن أوضاع البلاد، ولكل موقع إلكتروني يبيث من سنغافورة و يزوره أكثر من 50.000 ألف متصفح وذلك لأجل الحصول على رخصة النشر عبر شبكة الأنترنت⁽³²⁾.

إذن مما سبق فإنه يتضح لنا أنّ المراقبة الإلكترونية ليست ذلك الإجراء القانوني الذي يراعى عند تنفيذه مبادئ إحترام الحق في الخصوصية المعلوماتية على الدوام، فأغلب الدول و الحكومات أصبحت تلجأ إلى ممارسة هذا الإجراء بذريعة الوقاية و مكافحة الجرائم المعلوماتية الماسة بأمنها و سلامتها، حتى وإن تعارض مع كل الضمانات القانونية الموضوعية و الحقوق المعترف بها للأفراد داخل الفضاء الرقمي.

المطلب الثاني/واقع المراقبة الإلكترونية للإتصالات على المستوى الوطني

يعتبر التشريع الجزائري تشريعا حديث العهد في مجال تنظيم الفضاء الرقمي، و ذلك نتيجة حداثة عهد المجتمع الجزائري مع تقنية المعلوماتية، التي تعتبر في حالة انتشار واسع النطاق في الآونة الأخيرة، و لعل أنّ الدليل على ذلك هو المعدلات المنخفضة للجرائم المعلوماتية على المستوى الوطني مقارنة بما هو عليه الحال في الدول

المتقدمة ففي هذا الصدد سجلت الوحدات المتخصصة لمركز الوقاية من الجرائم المعلوماتية للدرك الوطني سنة 2009 ثمانية عشر (18) قضية معالجة بينما سجلت في العشر أشهر الأخيرة من سنة 2015 مائتين وأربعين (240) قضية معالجة⁽³³⁾.

الفرع الأول/الجهود التشريعية في مجال إقرار إجراء المراقبة الإلكترونية

بالرغم من المعدلات المنخفضة للجرائم المعلوماتية في الجزائر إلا أنّ ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إقرار نصوص قانونية تتضمن أحكاما خاصة للوقاية و مكافحة الجرائم المعلوماتية إدراكا منه لخطورة هذا النوع من الجرائم و سهولة انتشاره بفعل إنتشار تقنية المعلوماتية ، و قد نص التشريع الإجرائي الجنائي الجزائري بدءا على إمكانية الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية حسب نصوص المواد 65 مكرر 5 إلى مكرر 10 قانون 06-22، وذلك تحت الفصل الرابع الموسوم باعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور، بحيث يجوز لوكيل الجمهورية و كذلك لقاضي التحقيق في حال فتح تحقيق قضائي، منح إذن لضابط الشرطة القضائية المكلفين بالبحث و التحري عن الجرائم المعلوماتية، يتضمن اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية دون موافقة المعنيين بها، وذلك لمدة أقصاها 04 أشهر قابلة للتجديد، و قد تعزز اللجوء إلى هذا الأسلوب سنة 2009 بموجب نص كل من المادتين 03 و 04 الواردتين ضمن فصول القانون 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها اللتان عبرتا صراحة عن إجازة مباشرة إجراء الرقابة الإلكترونية فيما تعلق بالجرائم المعلوماتية، و لكن دون ذكر الهيئة المكلفة بتولي ذلك، و قد استمر الوضع كذلك إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15-261 الذي حدد تشكيلة و تنظيم و كفاءات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال بتاريخ 08 أكتوبر 2015، و التي أصبحت تتولى إجراءات المراقبة الإلكترونية للإتصالات بصفة حصرية دون غيرها من الجهات.

الفرع الثاني/ دور الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال في تنفيذ المراقبة الإلكترونية

تعود فكرة إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال إلى سنة 2009 وبالضبط منذ تاريخ 05 أوت 2009 تاريخ صدور القانون 04-09 المتعلق بتحديد القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال، بحيث جاء في نص المادة 13 منه على أنه تنشأ هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال و مكافحته، تحدد تشكيلة الهيئة وتنظيمها وكيفية سيرها عن طريق التنظيم، وقد استلزم الأمر لصدور التنظيم الإنتظار لمدة 06 سنوات كاملة، أين صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-268 بتاريخ 08 أكتوبر 2015 ضمن العدد الثالث والخمسين 53 للجريدة الرسمية، والذي تضمن في فصوله تحديد تشكيلة وتنظيم وكيفية سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال و مكافحتها.

الفقرة الأولى/ اختصاصات الهيئة في مجال المراقبة الإلكترونية

بيّنت الفقرة الثانية 02 من المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-261 أبرز مهام هذه الهيئة في مجال المراقبة الإلكترونية وهي :

1- ضمان المراقبة الوقائية للإتصالات الإلكترونية قصد الكشف عن الجرائم المتعلقة بالأعمال الإرهابية والتخريبية و الماسة بأمن الدولة وذلك تحت سلطة قاضي مختص و وذلك كإختصاص حصري .

2- تجميع و تسجيل و حفظ المعطيات الرقمية و تحديد مسارها من أجل إستعمالها في الإجراءات القضائية.

3- المساهمة في تكوين المحققين المتخصصين في مجال التحريات التقنية المتصلة بتكنولوجيا المعلومات

الفقرة الثانية/ طبيعة عمل الهيئة في مجال المراقبة الإلكترونية

تتولى مديرية المراقبة الوقائية و اليقظة الإلكترونية التابعة للهيئة تنفيذ عمليات المراقبة الوقائية للإتصالات الإلكترونية و القيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل الأنظمة المعلوماتية إذا ما تعلق الأمر بجرائم الإرهاب او التخريب و الجرائم الماسة بأمن

الدولة بناء على رخصة مكتوبة من السلطة القضائية و تحت رقابة القاضي المختص، ويعتبر هذا الإجراء تكليفا حصريا للهيئة بموجب نص المادتين 21 و 42 من المرسوم الرئاسي 15-261، و بالتالي لا يجوز إتخاذ أي إجراء في مواجهة الجرائم المعلوماتية الإرهابية أو ذات الطابع التخريبي أو الماسة بأمن الدولة من قبل أي جهة أخرى سواء أمنية كانت أو قضائية، و تحول كل عمليات المراقبة الإلكترونية التي كانت تمارسها في السابق هيئات وطنية أخرى إلى إختصاص الهيئة.

إذن و بالنظر إلى التشكيلة و المهام الملحقه بهذه المديرية فإنه يمكن وصفها بأنها المركز العملياتي للهيئة بما أنها تتولى الجانب التقني الخاص بإنجاز الأعمال المتعلقة بالبحث و التحقيق في الجرائم المعلوماتية، و لعل أن ما يزيد من دورها الفعال هو تنصيبها على رأس مركز العمليات التقنية و كذلك الملحقات مما يبرز دورها الفعال في تسيير و تأطير الأعمال المتعلقة بالوقاية أو بمكافحة الجرائم المعلوماتية⁽³⁴⁾.

خاتمة

من خلال عرضنا لما سبق يمكننا أن نخلص إلى أنّ إجراء المراقبة الإلكترونية لنشاط الأفراد عبر شبكات الأنظمة المعلوماتية، هو إجراء كباقي الإجراءات المتخذة في سبيل الوقاية و مكافحة الجرائم التقليدية، فهو إجراء لا يمكن الإستغناء عنه في مجال الوقاية و مكافحة الجرائم المعلوماتية بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم و التي تعتبر خفية في غالبيتها، و خصوصا تلك التي تتسم بالخطورة البالغة على أمن و سلامة الدول و مواطنيها، و التي أصبحت توصف بجرائم الإرهاب الإلكتروني، و ذلك بالرغم من صور التعدي البالغة التي يشكلها في مواجهة حق الفرد في الخصوصية المعلوماتية، فمن الصعب تغليب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة إذا ما تعلق الأمر بجرائم الإرهاب طالما أنّ هذه الأخيرة تستهدف مصالح الدول و الجماعات مجتمعة دون تمييز، غير أنّه ليس من الضروري تأصيل مبدأ إنتهاك الخصوصية المعلوماتية للأفراد خصوصا في ظل إعتمادهم شبه المطلق على تقنية المعلوماتية، بدعوى الوقاية و مكافحة جرائم الإرهاب الإلكتروني من خلال تعميم اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية السرية خارج نطاق الضمانات القانونية و التشريعية المقررة.

في الأخير فإننا نتوقع و في ظل الإنتشار اللامحدود لتقنية المعلوماتية و شبكة الأنترنت، و في ظل إستغلالها في النشاطات الإرهابية التي أصبحت تهدد الأمن الدولي عموماً ، ازدياداً لمظاهر المراقبة الإلكترونية و سقوطاً لعدد من الأحكام التي كانت تنادي بضرورة الحفاظ على حق الفرد في الخصوصية داخل الفضاء الرقمي.

الهوامش:

- (1) بولين أنطونيوس أيوب - الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت - لبنان- 2009-ص 08.
- (2) علي حسن أحمد الطويلة - التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب و الانترنت- دراسة مقارنة- عالم الكتب الحديث - اربط- الأردن - 2004- ص 205.
- (3) بولين أنطونيوس أيوب-مرجع سابق-ص 44.
- (4) بولين أنطونيوس أيوب-مرجع سابق-ص 56.
- (5) سوزان عدنان الأستاذة- " إنتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الأنترنت- دراسة مقارنة"- مقالة منشورة بمجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية - المجلد 29- العدد 03- دمشق- سوريا- 2013-ص 433.
- (6) بولين أنطونيوس أيوب-مرجع سابق-ص 56.
- (7) عنوان بروتوكول الأنترنت- (Adresse IP) Adresse internet Protocol و يعرف أيضا بالعنوان الرباعي المنقط، و هو عنوان رقمي خاص بكل حاسوب يضمن التعريف به على شبكة الانترنت و تحديد موقعه، يتكون من أربعة مجموعات من الأرقام تفصل بينها النقاط.
- (8) Toby Mendel et Natalia Torres- Etude mondial sur le respect de la vie privé sur l'internet et la liberté d'expression - collection de L'Unesco sur la liberté de l'internet-secteur de la communication et de l'information - l'organisation des nations unies pour l'éducation la science et la culture- Paris - France- 2013-p 7
- (9) أُعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د)- 3 المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.
- (10) أُعتمد الميثاق العربي لحقوق الإنسان في نسخته الحديثة من قبل الأعضاء المشاركين في القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في 23 ماي 2004.
- (11) الحق في الخصوصية في العصر الرقمي- تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان- مجلس حقوق الإنسان الدورة السابعة والعشرون- ديسمبر 2013- الجمعية العامة للأمم المتحدة - ص 01 - متوفر على شبكة الأنترنت- تاريخ التصفح: 2015/12/12. الرابط الإلكتروني : http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A-HRC-27-37_ar.doc
- (12) المادة 303 ق 06-23 قانون العقوبات الجزائري.
- (13) المادة 303 مكرر و المادة 303 مكرر 1 ق 06-22 قانون العقوبات الجزائري.
- (14) لمزيد من التفصيل راجع نص المادة 04 فقرة 04-05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 08 أكتوبر 2015 المحدد لتشكيلة و تنظيم و كفاءات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإنصال.

(15) نبيلة هبة هروال- الجوانب الإجرائية لجرائم الأنترنت في مرحلة جمع الإستدلالات - دار الفكر الجامعي- الإسكندرية- مصر - 2007- ص 197، 198.

(16) نبيلة هبة هروال- مرجع سابق- ص 199.

(17) Macdonald Raegen- liberté sur internet et droit a la vie privée protection des données a caractère personnel et respect des formes l égales - Rapport présenté pour la Conférence des ministres du conseil de l'Europe responsable des medias et de la sécurité de l'information - Belgrade-Serbie- le 7 - 8 Novembre 2013-p 08 disponible sur internet - date de consultation 01 /11/2015. lien directe: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/belgrade2013/MCM\(2013\)008_Rapport_MacDonald_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/belgrade2013/MCM(2013)008_Rapport_MacDonald_fr.pdf)

(18) Les Ennemis d'internet 2014- rapport publier par l'organisation Reporters Sans Frontières a l'occasion de la journée mondiale contre la cyber-censure-12 Mars 2014- p 03,04. disponible sur internet- date de consultation : le 01 /11/2015.

lien directe : www.12Mars.rsf.org

(19) Toby Mendel et Natalia Torres- op cit - p : 21.

(20) المادة 05 فقرة 01 - المرسوم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 08 أكتوبر 2015 المحدد لتشكيلة و تنظيم و كفاءات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال.

(21) المادة 2-الفقرة-ه القانون 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها.

(22) المادة 2-الفقرة-د القانون 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها.

(23) عائشة بن قارة- حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي في القانون الجزائري و القانون المقارن- دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر - 2010- ص 154.

(24) هلاي عبد اللاه أحمد - إتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية معلقا عليها - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - مصر - 2008- ص 197، 198.

(25) عائشة بن قارة- مرجع سابق - ص 161.

(26) هلاي عبد اللاه أحمد- مرجع سابق- ص 231، 230.

(27) نص المادة 20 و 21 من إتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية - المنبثقة عن اجتماع المجلس الأوروبي ببودابست - المجر تحت رقم 185- بتاريخ 21 نوفمبر 2001.

(28) بوغناد فاطمة الزهرة- "مكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع الجزائري"-مقالة علمية منشورة بمجلة الندوة للدراسات القانونية- العدد الأول - مركز الدراسات القانونية - الجزائر- سنة 2013- ص 72.

(29) هلاي عبد اللاه أحمد- مرجع سابق- ص 275، 274.

(30) Les Ennemis d'internet 2014 -Op cit - P 05.

(31) Les Ennemis d'internet 2014 -Op cit - P07

(32) Les Ennemis d'internet 2014 -Op cit - P08

(33) المقدم عزالدين عزالدين من مركز الوقاية من جرائم المعلوماتية ومكافحتها القيادة العامة للدرك الوطني - الإطار القانوني للوقاية من الجرائم المعلوماتية ومكافحتها- ورقة بحثية مقدمة لأشغال الملتقى الوطني للوقاية من الجرائم

المعلوماتية و مكافحتها- كلية الحقوق- جامعة بسكرة - الجزائر - 16 و 17 نوفمبر 2015- ص 30

(34) المواد 11-13-14-18-21 من المرسوم الرئاسي 15-261 الذي يحدد تشكيلة و تنظيم و كفاءات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها.

استخدام القوة المسلحة لحماية المدنيين في إطار المسؤولية عن الحماية *

Dr. BRAHMIA EL Zahra
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université d'Annaba.
AZZOUZI Abdelmalek, Doctorant
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université d'Annaba,
Maitre assistant «A»,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Jijel.

د. براهيمية الزهراء
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عنابة.
عزوزي عبد المالك، طالب دكتوراه
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عنابة،
أستاذ مساعد "أ"،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل.

الملخص:

جاءت فكرة المسؤولية عن الحماية نتيجة الانتقادات الشديدة التي تعرض لها مبدأ التدخل الإنساني، بين الرافضين للمبدأ والمؤيدين له، وكذلك نتيجة للآثار السلبية التي تركتها الممارسات الدولية العملية لهذا المبدأ، وخاصة منذ ميلاد النظام العالمي الجديد.

وقد أجابت اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول عن تساؤلات الأمين العام للأمم المتحدة بهذا الخصوص، من خلال ابتكارها لفكرة المسؤولية عن الحماية، والتي حاولت من خلالها التوفيق بين مبدأ سيادة الدول وواجبات المجتمع الدولي اتجاه حماية المدنيين، والذي يجب أن لا يبقى مكتوف الأيدي في حال ارتكاب جرائم فضيعة مثل جرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، وجريمة الإبادة، وجريمة التطهير العرقي.

الكلمات المفتاحية:

المسؤولية عن الحماية- استخدام القوة المسلحة- حماية المدنيين.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/09/20 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/10/14 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

L'usage de la force armée pour protéger les civils dans le contexte de la responsabilité de protéger

Résumé:

L'émergence du concept de la responsabilité de protéger est la conséquence de division qu'a connu l'Organisation des Nations-Unies, entre partisans du « droit à l'intervention humanitaire » et ceux qui considéraient que cette doctrine portait atteinte au respect de la souveraineté nationale.

Le concept de la responsabilité de protéger a été formellement établi en 2001 par le rapport éponyme de la commission internationale de l'intervention et de la souveraineté nationale(CISSE), et se veut une réponse aux menaces de génocide, de crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité perpétrés contre les populations civiles.

Au vu du concept de la responsabilité de protéger, la protection contre les menaces incombe à l'Etat sur le territoire duquel les exactions ont lieu et subsidiairement à la communauté internationale, en application du chapitre VI de la charte.

Mots clés:

La responsabilité de protéger, l'usage de la force armée, la protection des civils

The use of armed force to protect civilians in the context of the responsibility to protect

Abstract:

The idea of the responsibility to protect as a result of the severe criticism of the principle of humanitarian intervention, between those who reject the principle and its supporters, as well as a result of the negative effects left by the operation of international practices to this principle, especially since the birth of the new world order.

The International Commission responsible for Intervention and State Sovereignty answered the questions of the Secretary-General of the United Nations in this regard, through the innovation of the idea of the responsibility to protect, which tried through it to reconcile the principle of State sovereignty and duties of the international community to protect the direction of civilians, which must not remain indifferent in the case of committing terrible crimes such as war crimes, and crimes against humanity, and the crime of genocide and the crime of ethnic cleansing.

KeyWords:

The use of armed force, the responsibility to protect, The protection of civilians

مقدمة

أدى ظهور النظام الدولي الجديد على الساحة الدولية إلى بروز ما يسمى بالتدخل الإنساني، واختلفت آراء المجتمع الدولي بخصوصه، بين مؤيد ومعارض له، وقد برّر المؤيدون موقفهم بحماية الأقليات تارة وبحماية حقوق الإنسان ومحاربة الإرهاب تارة

أخرى، كما برّر الرافضون لما يسمى بالتدخل الإنساني موقفهم بعدم شرعيته، وعدم تأييده باعتباره يتناقض مع سيادة الدول، ومع مبدأ تحريم التدخل في الشؤون الداخلية للدول من جهة ومن جهة ثانية اعتبروه مجرد مبرر للقيام بعمليات سيطرة استعمارية جديدة، ونتيجة لهذا التناقض في المواقف الدولية، حاول كل طرف تفسير المواثيق الدولية وقرارات مجلس الأمن الدولي، بالإضافة إلى اجتهادات الفقهاء والباحثين كل حسب مبتغاه، من أجل تبرير مشروعية التدخل من عدمها.

وأمام هذا الجدل المتزايد، وجه السيد كوفي عنان سؤاله الشهير أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 2000: "إذا كان التدخل الإنساني يمثل حقا تعدياً غير مقبول على السيادة، فعلى أي نحو ينبغي علينا أن نستجيب لحالات شبيهة برواندا وبسريبرينيتشا، والانتهاكات الجسيمة والمنظمة لحقوق الإنسان التي تمثل تعدياً على كل مبدأ من مبادئ إنسانيتنا المشتركة؟"⁽¹⁾. إنَّ التدخل الإنساني مسألة حساسة تكتنفها صعوبات سياسية ولا يسهل إيجاد أجوبة لها لكن من المؤكد أنه ما من مبدأ قانوني حتى مبدأ السيادة نفسه يمكن أن يحمي الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية⁽²⁾

وكجواب على هذا السؤال أنشأت حكومة كندا اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول⁽³⁾ في أيلول سبتمبر سنة 2000، وأصدرت هذه اللجنة في شهر ديسمبر 2001 تقريرها المعنون بمسؤولية الحماية، ومنذ ذلك الحين ظهر هذا المصطلح "مسؤولية الحماية" ليعوض مصطلح "التدخل الإنساني".

ويطرح هذا الموضوع الإشكالية التالية.

هل يمثل استخدام القوة المسلحة في إطار المسؤولية عن الحماية نهجا جديدا

للأمم المتحدة لحماية المدنيين؟

وسنجيب على هذه الإشكالية وفقا للخطة التالية

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية عن الحماية

المبحث الثاني: أسس استخدام القوة المسلحة في إطار المسؤولية عن الحماية

المبحث الثالث: التطبيقات العملية لاستخدام القوة المسلحة في إطار المسؤولية

عن الحماية.

المبحث الأول/مفهوم المسؤولية عن الحماية

جاءت فكرة المسؤولية عن الحماية نتيجة الانتقادات الشديدة التي تعرض لها مبدأ التدخل الإنساني، بين الرافضين للمبدأ والمؤيدين له، وكذلك نتيجة للآثار السلبية التي تركتها الممارسات الدولية العملية لهذا المبدأ، وخاصة منذ ميلاد النظام العالمي الجديد.

المطلب الأول/تعريف المسؤولية عن الحماية

يمكن تعريف مسؤولية الحماية على أنّها "المسؤولية عن حماية السكان المدنيين من الإبادة وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، وهي المسؤولية التي تقع على عاتق كل دولة على حدى، كما تستلزم هذه المسؤولية منع وقوع تلك الجرائم، بما في ذلك التحريض على ارتكابها عن طريق الوسائل الملائمة والضرورية"⁽⁴⁾.

كما يمكن تعريفها بأنّها " ذلك المبدأ الناشئ قيد البحث والذي يؤيد التدخل لأغراض الحماية البشرية بما في ذلك التدخل العسكري في حالات الشدة البالغة، عندما يحدث أذى بليغ للمدنيين أو يخشى أن يحدث قريباً، وتكون الدولة المعنية غير قادرة أو غير راغبة في وضع حد لهذا الأذى ، أو تكون هي نفسها التي تلحقه بالناس"⁽⁵⁾. وتعتمد فكرة المسؤولية عن الحماية حسب ما نص عليه تقرير الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره الخاص بـ "تنفيذ المسؤولية عن الحماية" إنّ هذا المبدأ المستجد والمتمثل في المسؤولية عن الحماية، يعتمد على ثلاث ركائز، وهي: مسؤولية الدولة عن الحماية، المساعدة الدولية وبناء القدرات، ثم الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة⁽⁶⁾.

الركيزة الأولى/مسؤولية الدولة عن الحماية

إنّ حقوق الإنسان ذات طابع عالمي وغير قابلة للتجزئة، ويجب معاملة حقوق الإنسان على قدم المساواة وبنفس الدرجة من الأهمية، مع الأخذ بعين الاعتبار الخصوصيات الوطنية والإقليمية، والخلفيات الثقافية والدينية المختلفة، ويتعين على جميع الدول بصرف النظر عن أنظمتها السياسية، تعزيز هذه الحقوق وحمايتها⁽⁷⁾.

إنّ مسؤولية حماية حقوق الإنسان تقوم في الأساس على مسؤولية الدولة، لأنّ الوقاية والحماية تبدأ من الداخل، وتعدّ حماية السكان، مواطنين كانوا أم أجانب، من المبادئ الراسخة التي يتحدّد على أساسها - في القرن الواحد والعشرين- ما إذا كانت الدولة متمتعة بالسيادة، بل وما إذا كانت تعد دولة حقا، وقد أكد على هذه المسؤولية مجلس الأمن الدولي "وإذ يكرر تأكيد مسؤولية السلطات الليبية عن حماية السكان المدنيين... " ، "...وإذ يحث هذه السلطات على الوفاء بالتزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني"⁽⁸⁾.

إنّ احترام حقوق الإنسان، ومسؤولية المنع والردع في هذا المجال مؤشر أساسي من مؤشرات السيادة المسؤولة، وحتى تقوم الدولة بدورها على أحسن وجه، تلجأ إلى عدة سبل منها:

- السياسية، كإقامة دولة ديمقراطية، والفصل بين السلطات، والتناوب على السلطة وسيادة القانون، والمساواة في الحقوق واحترام الأقليات.
- الاقتصادية، كبناء نظام اقتصادي قوي وعادل، يقوم على توزيع متساوي للثروات على فئات الشعب، وتفادي حالات النمو غير المتكافئ، والقضاء على تهميش الأقليات، والقضاء على الفقر الذي يعتبر من أهم الأسباب التي تؤدي إلى الاضطرابات والتوترات، والنزاعات داخل المجتمع الواحد.
- القانونية وتشمل جهود الدولة في تعزيز سيادة القانون والانضمام إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة منها بحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، والقانون الجنائي الدولي بما فيها الانضمام للمحكمة الجنائية الدولية.

الركيزة الثانية/المساعدة الدولية وبناء القدرات

عند إخفاق الدولة في حماية المدنيين، فإنّ الركيزة الثانية تتطلب من أعضاء المجتمع الدولي مساعدة الدولة على الوفاء بالتزاماتها، إنّ مبادئ الأمن الجماعي تعني أنّ جزءا من تلك المسؤوليات التي تقع في الأصل على الدولة، سيضطلع بها المجتمع الدولي الذي يتصرف وفقا لميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، من أجل المساعدة في بناء القدرات اللازمة أو توفير الحماية الضرورية لكل حالة على حدى.

إنّ إعمال هذه الركيزة يكون في الحالات التي تكون فيها الدولة غير قادرة على الاستجابة للأزمات الإنسانية، حيث جاء في الفقرة 138 من الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي "ينبغي للمجتمع الدولي أن يقوم حسب الاقتضاء بتشجيع ومساعدة الدول على الاضطلاع بهذه المسؤولية، ودعم الأمم المتحدة في إنشاء قدرة على الإنذار المبكر"⁽⁹⁾.

وتشمل هذه المساعدات على ما يلي:

- المساعدة على ممارسة هذه المسؤولية.
- مساعدة الدول على بناء قدراتها على الحماية.
- مساعدة الدول التي تشهد توترات قبل أن تنشب فيها أزمات ونزاعات.

الركيزة الثالثة/الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة

تتمثل الركيزة الثالثة في مسؤولية الدول الأعضاء عن التحرك في الوقت المناسب في إطار استجابة جماعية حاسمة عندما يتجلى إخفاق إحدى الدول في توفير هذه الحماية⁽¹⁰⁾.

في حالة قصور الوسائل السلمية في وضع حدّ للانتهاكات الجسيمة لحقوق المدنيين، أعرب قادة العالم سنة 2005 على استعدادهم لاتخاذ إجراء جماعي في الوقت المناسب، وبطريقة حاسمة عن طريق مجلس الأمن، وتمثل هذه الوسائل في العقوبات الاقتصادية والمالية، والسياسية، والعسكرية.

المطلب الثاني/نشأة المسؤولية عن الحماية

يمكن القول أنّ فكرة المسؤولية عن الحماية بدأت كإشكالية منذ أن وجه الأمين العام السابق للأمم المتحدة السيد "كوفي عنان" في الجمعية العامة سنة 1999 وكرر ذلك سنة 2000، نداءات ملحة إلى المجتمع الدولي ليحاول التوصل إلى توافق جديد في الآراء في كيفية معالجة الأمور المتعلقة بالتدخل العسكري لأغراض إنسانية بعد الخلاف الشديد الذي عرفه المجتمع الدولي عندما تدخل حلف شمال الأطلسي في كوسوفو سنة 1999.

وجه السيد كوفي عنان سؤاله الشهير أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 2000: "إذا كان التدخل الإنساني يمثل حقا تعديًا غير مقبول على السيادة، فعلى أي نحو ينبغي علينا أن نستجيب لحالات شبيهة "برواندا" و"بسربرينيتشا"، والانتهاكات الجسيمة والمنظمة لحقوق الإنسان التي تمثل تعديا على كل مبدأ من مبادئ إنسانيتنا المشتركة؟"⁽¹¹⁾ إن التدخل الإنساني مسألة حساسة تكتنفها صعوبات سياسية ولا يسهل إيجاد أجوبة لها لكن من المؤكد أنه ما من مبدأ قانوني حتى مبدأ السيادة نفسه يمكن أن يحمي الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية⁽¹²⁾.

وكاستجابة لهذا السؤال أعلنت حكومة كندا مع مجموعة من المؤسسات الكبيرة في الجمعية العامة للأمم المتحدة في أيلول سبتمبر 2000 إنشاء اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول.⁽¹³⁾

وأصدرت اللجنة في كانون أول ديسمبر 2001 تقريراً بشأن المشاورات التي أجرتها والنتائج التي توصلت إليها، ودعت لقبول مسؤولية من قبل المجتمع الدولي عن حماية السكان المدنيين الذين يعانون من خسائر في الأرواح وتطهير عرقي على نطاق واسع⁽¹⁴⁾. وجاء في ديباجة التقرير "وفي إعلان الألفية الذي اعتمدهته الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة الخامسة والخمسين، إتفق رؤساء الدول والحكومات المجتمعون ليس فقط على أنه تقع على عاتقهم مسؤوليات مختلفة تجاه مجتمعاتهم المنفردة بل أيضا مسؤولية جماعية، وواجب، اتجاه شعوب العالم الأكثر ضعفا" وأضاف التقرير في الديباجة مخاطبا الأمين العام للأمم المتحدة "إنكم في التقرير الذي قدمتموه إلى اجتماع الألفية وضعتم الدول أمام تحدي النظر في الكيفية التي ينبغي على المجتمع الدولي أن يرد بها على الانتهاكات الجسيمة للأعراف الإنسانية في سياق احترام حقوق السيادة للدول"⁽¹⁵⁾.

وقد قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بمناقشة تقارير الأمين العام الخاصة بالمسؤولية عن الحماية⁽¹⁶⁾.

ففي سنة 2005 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار المتعلق بـ "نتائج مؤتمر القمة العالمي لعام 2005" وتطرق هذا القرار للمسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم ضد الإنسانية، وذلك في

الفقرات 138، إلى 140⁽¹⁷⁾ وجاء في هذا القرار "إنّ المسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية تقع على عاتق كل دولة على حدى، وتستلزم هذه المسؤولية منع وقوع تلك الجرائم، بما في ذلك التحريض على ارتكابها، عن طريق الوسائل الملائمة والضرورية، ونحن نوافق على تحمّل تلك المسؤولية وسنعمل بمقتضاها، وينبغي للمجتمع الدولي أن يقوم حسب الاقتضاء، بتشجيع ومساعدة الدول على الاضطلاع بهذه المسؤولية، ودعم الأمم المتحدة في إنشاء قدرة على الإنذار المبكر"⁽¹⁸⁾.

واعتمد مجلس الأمن بالإجماع القرار⁽¹⁹⁾ 2006/1674 في 2006/04/28 بشأن حماية المدنيين في النزاعات المسلحة ويتضمن القرار أول إشارة رسمية من قبل مجلس الأمن إلى مسؤولية الحماية⁽²⁰⁾، حيث أكد القرار على ما جاء في الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي 2005 وأشار إلى إمكانية استعداد مجلس الأمن للنظر في الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان⁽²¹⁾.

ومن ناحية ثانية يعتبر قرار مجلس الأمن 1674 قرارا نظريا يؤكّد اختصاص مجلس الأمن الدولي بحماية المدنيين فقط، بينما يعتبر القرار 1973/2011 المتعلق بليبيا⁽²²⁾ قرارا نموذجيا تطبيقيا لتحديد مفهوم استخدام القوة المسلحة لحماية المدنيين.

وقد أولى قرار مجلس الأمن 2011/1973 اهتماما بالغ الأهمية بحماية المدنيين في ديباجة القرار، بالإضافة إلى الإذن الصريح للدول التي أبلغت مجلس الأمن الدولي باستخدام جميع الوسائل بما في ذلك استخدام القوة المسلحة لحماية المدنيين في ليبيا⁽²³⁾.

وفي سنة 2009 أصدر الأمين العام للأمم المتحدة التقرير A/63/677 بعنوان تنفيذ المسؤولية عن الحماية حيث وضع في هذه التقرير الركائز الثلاث للمسؤولية عن الحماية، وتتمثل الركيزة الأولى في مسؤولية الدولة عن الحماية، والركيزة الثانية حول المساعدة الدولية وبناء القدرات، والركيزة الثالثة تعلق بالاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة⁽²⁴⁾.

وفي سنة 2010 أصدر الأمين العام للأمم المتحدة التقرير A/64/864 والمتعلق بالإنداز المبكر والتقييم والمسؤولية عن الحماية⁽²⁵⁾. ويهدف هذا التقرير إلى تقديم الرؤى التي يمكن أن تكون ذات قيمة في الجهود الدولية الرامية إلى منع الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم التطهير العرقي، والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية.

وفي سنة 2011 أصدر الأمين العام تقريره المتعلق بدور الترتيبات الإقليمية ودون الإقليمية في تنفيذ المسؤولية عن الحماية A/65/877-S/2011/393 وذلك بتاريخ 2011/06/28⁽²⁶⁾ ويتمحور هذا التقرير حول الأبعاد الإقليمية لاستراتيجية التنفيذ، وخاصة من ناحية التعاون على الصعيدين العالمي والإقليمي لمساعدة الدول على تعزيز قدراتها لمنع ارتكاب الفظائع الجماعية أو وقفها.

وفي سنة 2012 جاء تقرير الأمين العام للأمم المتحدة والمعنون مسؤولية الحماية: الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة A/66/874-S/2012/578 بتاريخ 2012/07/25⁽²⁷⁾، ويلخص هذا القرار الطرق الواجب إتباعها من أجل إجراء جماعي وفي الوقت المناسب وبطريقة حاسمة عن طريق مجلس الأمن ووفقا لميثاق الأمم المتحدة بما في ذلك الفصل السابع منه على أساس كل حالة على حدى، وبالتعاون مع المنظمات الإقليمية ذات الصلة حسب الاقتضاء في حالة قصور الوسائل السلمية وعجز السلطات الوطنية البين عن حماية سكانها من الجرائم الفضيعة⁽²⁸⁾.

وقد استند هذا القرار إلى دور الاتحاد الإفريقي في تطوير مفهوم التدخل لأغراض حماية المدنيين من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وفقا لما تنص عليه المادة الرابعة من القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي.

وفي سنة 2013 أصدر الأمين العام للأمم المتحدة التقرير A/67/929 S/2013/399 المعنون: المسؤولية عن الحماية: مسؤولية الدولة والمنع وذلك بتاريخ 09 جويلية 2013⁽²⁹⁾، وقد حاول الأمين العام في هذا التقرير تحديد الحالات التي تستوجبها عملية منع الجرائم الفضيعة والمتمثلة في بذل الدول مجهودا مستمرا، وتوفير المساعدة اللازمة أو اتخاذ إجراءات عندما تخفق الدول بشكل واضح في حماية سكانها.

وفي سنة 2014، أصدر الأمين العام تقريره A/68/947- S/2014/449 المعنون: الوفاء بمسؤولياتنا الجماعية: المساعدة الدولية والمسؤولية عن الحماية وذلك بتاريخ

11 جويلية 2014⁽³⁰⁾، ويوجز هذا التقرير الوسائل التي تستطيع الجهات الفاعلة الوطنية والإقليمية والدولية بواسطتها أن تساعد الدول في الوفاء بمسؤولياتها عن حماية سكانها من الجرائم الفظيعة.

المطلب الثالث/تمييز مسؤولية الحماية عن التدخل الإنساني

يرى البعض أنّ المجتمع الدولي لا يتدخل بما فيه الكفاية، ويرى آخرون أنّه يتدخل في أحيان أكثر من اللازم، ويرى البعض أنّ القضية الحقيقية الوحيدة هي ضمان كون التدخلات القصيرة فعالة، ويرى آخرون أنّ المسائل المتعلقة بالشرعية والعملية وإمكانية استخدام السوابق أكبر بكثير من ذلك، ويرى البعض أنّ التدخلات الجديدة تبشر بعالم جديد تتفوق فيه حقوق الإنسان على سيادة الدول، ويرى آخرون أنّها تنذر بعالم تتغطرس فيه الدول الكبرى على الدول الصغرى متلاعبة بالكلام عن الإنسانية وحقوق الإنسان، وقد كشف الجدل عن انقسامات أساسية في المجتمع الدولي، ومن الضروري أن تحل هذه الانقسامات لأجل جميع هؤلاء الضحايا الذين يعانون ويموتون عندما تفشل القيادة وتفشل المؤسسات⁽³¹⁾.

وإذا عدنا إلى سؤال كوفي عنان ... إذا كان التدخل يمثل حقا اعتداء غير مقبول عن السيادة، فعلى أي نحو ينبغي علينا أن نستجيب لحالة شبيهة بروندا وسيريرينيتسا ولانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان التي تسبب إلى كل مبدأ من مبادئ إنسانيتنا المشتركة؟⁽³²⁾

وقد أدى هذا السؤال الشجاع والمحوري إلى ضرورة إعادة النظر في فكر التدخل الإنساني والبدء بالعمل على إنشاء نظرية جديدة تسمى مسؤولية الحماية، وهو ما بدأ بالفعل عقب إنشاء حكومة كندا للجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول في أيلول سبتمبر 2000.

وترى اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول أنّ أي نهج جديد للتدخل بداعي الحماية البشرية، يحتاج إلى تلبية أربعة أهداف أساسية على الأقل وهي⁽³³⁾:

- وضع قواعد وإجراءات ومعايير واضحة لتقرير ما إذا كان ينبغي التدخل ومتى؟ وكيف يكون؟

- إثبات شرعية التدخل العسكري عندما يكون ضروريا وبعد أن تفشل جميع النهج الأخرى.

- ضمان تنفيذ التدخل العسكري عند حدوثه، لأغراض المقترحة فقط، وأن يكون فعالا ومدفوعا بالحرص الصحيح على تقليل ما ينتج عنه من خسائر بشرية وأضرار بالمؤسسات إلى الحد الأدنى.

- المساعدة على إزالة أسباب الصراع حيثما أمكن ، مع زيادة احتمالات إقامة سلام دائم وقابل للاستدامة.

كما أنّ نظريات التدخل الإنساني قد برزت في تسعينيات القرن الماضي، وعبارة الحق في التدخل تم ابتكارها من قبل مؤسسي منظمة "أطباء بلا حدود" وهما "برنار كوشنير" و"ماريو بيتاتي" كما أظهر عمل "فرنسيس دينغ" كممثل خاص للأمين العام بشأن الأشخاص النازحين داخليا فكرة السيادة كمسؤولية وسعى "كوفي عنان لإعادة تعريف مفهوم سيادة الدولة بالتعبير عن ذلك بأنه جرى وزنها وموازنتها مع سيادة الفرد كما أقرت في صكوك حقوق الإنسان الدولية⁽³⁴⁾.

وقد كان "غاريت ايفانس" الرئيس المساعد للجنة سريعا في الدفاع عن أي تلميح بأن مسؤولية الحماية هي مجرد اسم آخر للتدخل الإنساني وأكد أنّ مسؤولية الحماية معدّة لتكون أكثر من مجرد تدخل عسكري قسري من أجل أغراض إنسانية، يتجلى بوضوح في تركيز مسؤولية الحماية على المنع، وأشكال غير عسكرية للتدخل، وإعادة بناء في فترة ما بعد النزاع ، بالإضافة إلى التدخل العسكري، وفي هذا الصدد ليس هناك شك في أنّ مسؤولية الحماية توفر نهجا أكثر تكاملية وتكاملا لمنع النزاع⁽³⁵⁾.

إنّ التغيير في اللغة في إطار مسؤولية الحماية، بعيدا عن فكريتي "الحق في التدخل" و"التدخل الإنساني" له بعض الأهمية ، وتبنت اللجنة الأسلوب لأنّ لغة المناقشات كانت تكتسي أهمية بالغة لثلاث أسباب رئيسية، وهي أولا، كانت هناك حاجة لتركيز الانتباه على المستفيدين من العقيدة بدلا من حقوق الدول المتدخلة، وثانيا، كانت هناك حاجة لإدماج عنصري المسعى الوقائي والمساعدة ما بعد النزاع ، اللذين غالبا ما يتم إهمالهما، وثالثا، كانت هناك إشكالية في استخدام كلمة "حق" إذ أنّها رجحت النتيجة لصالح التدخل حتى قبل أن تبدأ المناقشات، ويذهب "بيلامي" بعيدا في القول

إنّ استخدام اللغة ، من أجل منع إساءة استخدام العقيدة من قبل أولئك اللذين يرغبون في استخدام حجج إنسانية لتبرير التدخلات التي هي بمثابة أي شيء ماعدا الإنسانية، يشكل إحدى الإستراتيجيتين الرئيسيتين المعتمدين من قبل مسؤولية الحماية لمنع تكرار وقوع ما حدث في روندا وكوسوفو في المستقبل، ومعنى إنساني هو معنى عرضة للتأويل كما هو الحال بالنسبة لأفكار روسيا والصين أفكار تختلف عن أفكار الولايات المتحدة وبريطانيا⁽³⁶⁾.

المبحث الثاني/قواعد استخدام القوة المسلحة في نظرية مسؤولية الحماية

تعتمد الركيزة الثالثة من ركائز المسؤولية عن الحماية والمتعلقة بالاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، على تحديد مبادئ التدخل العسكري واستخدام القوة المسلحة والتي يجب أن تخضع للمعايير الأساسية التي حددها تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، وقد حددت هذه الركيزة عدة قواعد يجب أن تتوفر في كل عملية تدخل لحماية المدنيين من الجرائم الفظيعة⁽³⁷⁾.

القاعدة الأولى/عتبة القضية العادلة

التدخل العسكري لأغراض الحماية البشرية تدير استثنائي فوق العادة، ويجب تبريره أن يكون من المرجح أن يلحق بالناس أو يكون من المرجح أن يلحق بالناس أذى خطيرا لا يمكن إصلاحه من النوع التالي⁽³⁸⁾:

01. خسارة كبيرة في الأرواح واقعة فعلا أو يخشى أن تقع سواء أكانت أم لم تكن بنية الإبادة الجماعية، وتكون نتيجة لتصرف متعمد من قبل الدولة أو نتيجة إهمال الدولة أو عدم قدرتها على التصرف، أو نتيجة لإخفاق الدولة.

02. عملية تطهير عرقي كبيرة واقعة فعلا أو يخشى أن تقع، سواء أكان تنفيذها بالقتل أو الإبعاد كرها أو القيام بأعمال إرهابية أو بالاغتصاب.

وهذان الشرطان لوصول القضية إلى عتبة العدالة ،أي خسائر في الأرواح وعملية تطهير عرقي واسعة النطاق ،ما هي إلا انعكاس للمخاوف الدولية الإنسانية الأساسية في أواخر التسعينيات من القرن الماضي⁽³⁹⁾.

ومن المهم في عملية تحديد المسائل التي تشكل قضية عادلة للتدخل هو عدم تسهيل الأمور على الدولة للقيام بعملية التدخل، فهناك أسباب قوية يمكن أن تساق

لمعارضة التدخل، ويلزم أن يقتصر التخلي عن مبدأ عدم التدخل فقط عندما يكون هناك تهديد صارخ لحقوق الإنسان⁽⁴⁰⁾.

القاعدة الثانية/النية الصحيحة

يجب أن يكون الغرض الأساسي للتدخل واستخدام القوة المسلحة هو وقف المعاناة الإنسانية أو تفاديها، ويحتمل أن يكون استخدام اللجنة لكلمة "النية" بدلا من "الدوافع" أو "الغرض" استخداما له مدلوله الخاص⁽⁴¹⁾، ولكي تكون النية سليمة أن تكون العملية متعددة الأطراف، ومؤيدة بوضوح من الرأي الإقليمي والضحايا المعنيين⁽⁴²⁾.

وبعبارة أخرى يمكن للنية أن تكون سليمة إذا لم تتخللها دوافع أخرى وراء التدخل، كالدوافع الاستعمارية أو الاستغلالية للدولة المتدخل فيها وللشعوب المتدخل من أجلها سواء كانت هذه الدوافع بعيدة أو قريبة المدى.

القاعدة الثالثة/أن يكون استخدام القوة المسلحة هو الملجأ الأخير

لا يمكن تبرير التدخل العسكري واستخدام القوة المسلحة إلا بعد استطلاع كل الخيارات غير العسكرية لمنع وقوع الأزمة أو حلها سلميا، ووجود أسباب معقولة للاعتقاد بأنّ التدابير الأقل من التدخل العسكري لن تنجح⁽⁴³⁾.

وينتقد البعض فكرة الملجأ الأخير، إذ يرون ويحدّثون من أنّ الوقت الذي يستغرقه استنفاد الإجراءات الأخرى قبل استخدام القوة المسلحة غالبا ما يكون الوقت الذي يحدث فيه موت من هم في أمس الحاجة للحماية، بالإضافة إلى ذلك فقد قيل إنّ التأخير في تنفيذ التدخل العسكري يمكن أن ينجم عنه أي تدخل قد يكون أقل ملائمة من ناحية سياسية، وأكثر فتكا من ناحية عملية، بيد أنّ إدراج هذا المعيار ليس مفاجئا نظرا للهدف السامي للمجتمع الدولي المستند إلى الميثاق في استنفاد جميع الوسائل السلمية لفض النزاعات قبل اللجوء إلى استخدام القوة المسلحة⁽⁴⁴⁾.

القاعدة الرابعة/الوسائل التناسبية

يقصد بالوسائل التناسبية، أن يكون نطاق التدخل العسكري المخطط له ومدته وشدته عند الحد الأدنى، اللازم لضمان هدف الحماية البشرية المحدد ويجب أن تكون الوسائل متناسبة مع الغايات وعلى قدر الاستفزاز الأساسي، ويجب أن يكون الأثر على

النظام السياسي للبلد المستهدف محدودا، هنا أيضا بقدر ما هو ضروري حقا لتحقيق الغرض من التدخل وإن حدث وأن كانت ماهية الآثار العملية الدقيقة لهذه القيود مثار نقاش في كل حالة، فإنّ المبادئ التي تقوم على أساسها واضحة وضوحا كافيا⁽⁴⁵⁾.

القاعدة الخامسة/احتمالات نجاح معقولة

يقصد باحتمالات نجاح معقولة أن تكون ثمة فرصة معقولة للنجاح في وقف أو تفادي المعاناة التي كانت مبررا للتدخل، ويستبعد أن تكون عواقب العملية أسوء من عواقب عدم التصرف⁽⁴⁶⁾.

وترتبط بشكل فعلي احتمالات النجاح بدقة العمليات العسكرية، والعمل على تحقيق أهدافها المتمثلة في وقف الجرائم الفظيعة، المرتكبة في البلد المتدخل فيه، كما ترتبط بضرورة العمل على إعادة البناء في الدولة المنكوبة، اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا كمحاولة لمنع وقوع الجرائم مجددا وتجنّب المدنيين المزيد من المآسي.

القاعدة السادسة/الإذن الصحيح

من المعروف في القانون الدولي أنّ الإذن باستخدام القوة المسلحة لا يمكن أن تسمح به هيئة غير مجلس الأمن الدولي، إنّ مجلس الأمن الواجب عليه أن يتناول طلب الإذن بالتدخل حيث توجد ادعاءات بوقوع خسارة كبيرة في الأرواح أو تطهير عرقي⁽⁴⁷⁾.

ومجلس الأمن الدولي هو الهيئة الوحيدة التي تعطي الإذن باستخدام القوة المسلحة، وذلك بموجب أحكام الفصل السابع من الميثاق وخاصة المواد 39، 41، 42، حيث يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم والأمن الدوليين أو إخلال بهما، أو وقوع حالة من حالات العدوان، ويقدم في ذلك توصياته، أو يقرر ما يجب اتخاذه من تدابير طبقا للمواد 41 و 42 لحفظ السلم والأمن الدوليين⁽⁴⁸⁾.

المبحث الثالث/تطبيقات استخدام القوة المسلحة في نظرية المسؤولية عن الحماية "لا يوجد أحد يعرف أكثر من بلدي تكاليف إخفاق المجتمع الدولي في عدم التدخل لمنع قيام دولة بقتل شعبيها، لذلك تثني رواندا على مجلس الأمن الدولي لاستفادته من دروس رواندا، وهي تؤيد بالكامل القرارات التي اتخذها لحماية المدنيين في ليبيا، وساحل العاج، في الواقع وكما هو معروف اللامبالاة والتقاعد لا يعملان أبدا لمصلحة الضحية، بل دائما لمصلحة الظالم"⁽⁴⁹⁾.

أولاً/ تطبيق المسؤولية عن الحماية عن الوضع في ليبيا

وحتى لا تتكرر هذه المأساة مرة أخرى، اعتمد مجلس الأمن على مبدأ المسؤولية عن الحماية للمرة الأولى في تاريخه⁽⁵⁰⁾، على استعمال القوة لحماية المدنيين، حيث جاء في القرار رقم 2011/1973 فقرة 04، تحت عنوان حماية المدنيين "يأذن مجلس الأمن الدولي للأعضاء التي أخطرت الأمين العام، وهي تتصرف على الصعيد الوطني أو عن طريق منظمات وترتيبات إقليمية، وبالتعاون مع الأمين العام، باتخاذ جميع التدابير اللازمة ... لحماية المدنيين، والمناطق الأهلة بالسكان المدنيين⁽⁵¹⁾، ويرجع الفضل في اعتماد هذا القرار للجهود غير العادية التي قامت بها الجامعة العربية، ووقوفها لأول مرة في تاريخها مع المحكومين ضد الحاكم، كما كانت للتصريحات غير المسؤولة من طرف العقيد معمر القذافي، والتي توعد فيها بالقتل والتشريد والتدمير لكل من سؤلت له نفسه القيام بأي عمل مضاد لنظامه الحاكم، مما دفع المجتمع الدولي للتحرك لحماية المدنيين.

وقبل ذلك اعتمد مجلس الأمن القرار 2011/1970 والذي دعا من خلاله الحكومة الليبية إلى الوفاء بواجباتها في حماية مواطنيها، وحاول القرار أيضا منع مظاهر العنف من خلال حثه الحكومة الليبية على وقف هذا العنف من خلال فرض العديد من العقوبات، منها: حظر الأسلحة، منع السفر، تجميد الأصول، وإحالة الوضع في ليبيا على المحكمة الجنائية الدولية، وبالتوازي مع هذه العقوبات وردا على تصعيد مستوى العنف، الذي أدى إلى اتخاذ القرار 2011/1973 الذي جاء فيه النص على منطقة حظر الطيران، وإنفاذ حظر الأسلحة، وحظر الرحلات الجوية، وتجميد الأصول، وتحديد الأسماء التي تقع عليها العقوبات.

وقد حث القرار 2011/1973 على استخدام كل الوسائل الضرورية لحماية المدنيين، وعلى إثر ذلك تدخل "حلف شمال الأطلسي" بتفويض من مجلس الأمن، وهي المرة الأولى التي يطبق فيها مبدأ المسؤولية عن الحماية مع احترام ركائزها الثلاث، ولم تستخدم القوة المسلحة إلا بعد إذن مجلس الأمن، كما أوصت به لجنة "سحنون - إيفانس" سنة 2001.

غير أنّ ما يؤخذ عن أعمال المسؤولية عن الحماية في ليبيا، أنّ قوات حلف الأطلسي والدول المشاركة معه في العمليات الحربية في ليبيا، لم تقتصر مهامها على حماية المدنيين والمناطق الأهلة بالسكان فقط بل طالت أيضا تغيير النظام، وهو ما لم ينص عليه قرار مجلس الأمن 2011/1973.

ثانيا/تطبيق المسؤولية عن الحماية في كوت ديفوار

بعد أن اتخذ مجلس الأمن الدولي القرار 2011/1973 والقاضي باستخدام القوة المسلحة في ليبيا إعمالا للمسؤولية عن الحماية، ويهدف حماية المدنيين، وفي أقل من شهر من هذا القرار، لجأ مجلس الأمن الدولي إلى نفس الإجراء في كوت ديفوار، وأصدر القرار 2011/1975⁽⁵²⁾.

وقد سبق هذا القرار بيان مشترك من المستشارين الخاصين المعنيين بمنع الإبادة الجماعية، والمسؤولية عن الحماية، للأمين العام للأمم المتحدة حذرا فيهما من وقوع انتهاكات خطيرة، ويحثّان فيه المجتمع الدولي على التحرك للحيلولة دون وقوع جرائم خطيرة، كما أصدر مجلس حقوق الإنسان بيانا يندد فيه بالانتهاكات الجسيمة في كوت ديفوار.

وقد أشار القرار 2011/1975 "إلى الإذن الذي منحه مجلس الأمن لعملية السلام في كوت ديفوار، وقد شدد على دعمه التام لها، وهي تنفذ ولايتها بحياد، وباستخدام جميع الوسائل اللازمة لتنفيذ ولايتها لحماية المدنيين المعرضين لتهديدات جسدية وشيكة، في حدود إمكانياتها، وفي مناطق انتشارها، بما في ذلك منع استعمال الأسلحة الثقيلة ضد السكان المدنيين ويطلب إلى الأمين العام أن يبقيه على اطلاع فوري على جميع التدابير المتخذة والمبدولة في هذا الصدد"⁽⁵³⁾.

وكان القرار الذي أصدره مجلس الأمن فرض عقوبات على "لوران باكبو" وأكد أنّ حماية المدنيين هي مسؤولية الدولة، وإثر هذا القرار، ونظرا لعدم استجابة سلطات "كوت ديفوار" بتسليم السلطة للفائز في الانتخابات الرئاسية، تدخلت القوات الفرنسية، بتفويض من الأمم المتحدة، وأطاحت بـ "لوران باكبو" وسلمته بعد ذلك لمحكمة الجنايات الدولية.

خاتمة

حاولت الأمم المتحدة من خلال تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، وكذلك من خلال تقارير الأمين العام للأمم المتحدة وبعض قرارات مجلس الأمن الدولي الوصول إلى مفهوم وفكرة جديدة لمعنى التدخل الإنساني بهدف حماية المدنيين وتم بلورة هذه الفكرة في مصطلح المسؤولية عن الحماية، ويعتمد هذا النهج على استخدام القوة المسلحة لحماية المدنيين كملاذ أخير تسبقه العديد من الأعمال الوقائية لتجنب وقوع بعض الجرائم الفظيعة ضد السكان المدنيين، وقد خلصت هذه الدراسة إلى النتائج التالية.

- مسؤولية الحماية هي المسؤولية عن حماية السكان المدنيين من الإبادة وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، وهي المسؤولية التي تقع على عاتق كل دولة على حدى، كما تستلزم هذه المسؤولية منع وقوع تلك الجرائم، بما في ذلك التحريض على ارتكابها عن طريق الوسائل الملائمة والضرورية.
- يقوم نهج المسؤولية عن الحماية على ثلاث ركائز وهي: مسؤولية الدولة عن الحماية، المساعدة الدولية وبناء القدرات، ثم الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة.
- التدخل العسكري لأغراض الحماية البشرية من خلال مسؤولية الحماية هو تدير استثنائي فوق العادة، يكون في حالة خسارة كبيرة في الأرواح واقعة فعلا أو يخشى أن تقع سواء كانت أم لم تكن بنية الإبادة الجماعية، وتكون نتيجة لتصرف متعمد من قبل الدولة أو نتيجة إهمال الدولة أو عدم قدرتها على التصرف، أو نتيجة لإخفاق الدولة، أو في حالة وقوع عملية تطهير عرقي كبيرة واقعة فعلا أو يخشى أن تقع سواء أكان تنفيذها بالقتل أو الإبعاد كرها أو القيام بأعمال إرهابية أو بالاعتصاب.

الهوامش:

(1) تقرير الأمين العام: "نحن الشعوب" درو الأمم المتحدة في القرن الواحد والعشرين، الوثيقة A/54/2000 25 مارس 2000 ص 45، الفقرة 217، 219.

انظر كذلك: تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: A/57/303، بتاريخ 14/08/2002، ص 08، 09.

(2) نفس المرجع.

(3) أنشأت هذه اللجنة من طرف الحكومة الكندية سنة 2000 من أجل دراسة مسألة التدخل لأغراض الحماية البشرية وقد رأت اللجنة في هذا القرار، أنّ هناك فرصة حقيقية أمام مجلس الأمن لعمل مشترك لأغراض الحماية البشرية، ويتوافق ذلك مع الفهم الحديث لسيادة الدول التي كانت عائقا أمام التدخل لأغراض الحماية البشرية، والذي كان مبررا أيضا لتوسيع مبدأ التدخل كذريعة لشن حروب وقائية، وجاء في التقرير التأكيد على الفرق بين السيادة كسيطرة والسيادة كمسؤولية، وكان قد تولى رئاستها المشتركة الجزائري "محمد سحنون"، و"غاريت إيفانز" وزير خارجية أستراليا الأسبق.

(4) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، A/63/677، 12 جانفي 2009، تنفيذ المسؤولية عن الحماية، ص 13.

(5) تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: A/57/303، بتاريخ 2002/08/14، ص 34، 35.

(6) Bureau du conseiller spécial pour la prévention du génocide, la responsabilité de protéger. Disponible sur le lien : <http://www.un.org/fr/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml>

(7) انظر المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948.

(8) قرار مجلس الأمن الدولي 2011/1973 المتعلق بالوضع في ليبيا.

(9) تقرير الأمين العام بخصوص تنفيذ المسؤولية عن الحماية 2009، فقرة 28.

(10) نفس المرجع، فقرة 11، ص 12.

(11) تقرير الأمين العام: "نحن الشعوب" دور الأمم المتحدة في القرن الواحد والعشرين، الوثيقة A/54/2000 25 مارس 2000، ص 45، الفقرة 217، 219.

انظر كذلك: تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار رقم: A/57/303، بتاريخ 2002/08/14، ص 08، 09.

(12) نفس المرجع.

(13) نفس المرجع، ص 09.

(14) إيف ماسينغهام، التدخل العسكري لأغراض إنسانية: هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية مشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 876 ديسمبر كانون أول 2009، ص 160.

(15) تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مرجع سابق، ص 01.

(16) Bureau du conseiller spécial pour la prévention du génocide, op.cit.

(17) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة A/RES/60/1، بتاريخ 2005/10/24 المتعلق بنتائج القمة العالمي لعام 2005، ص 41.

(18) نفس المرجع، ص 138.

(19) قرار مجلس الأمن A/RES/1674(2006)، بتاريخ 2006/04/28، المتعلق بحماية السكان المدنيين في الصراعات المسلحة.

(20) إيف ماسينغهام، مرجع سابق ص 163، 164.

Voir aussi : Jean François THIBAULT, protection des civiles et responsabilité de protéger : les enjeux humanitaires d'une séparation du jus in bello et du jus ad bellum, bulletin du maintien de la paix, N°94, mai 2009, p 01, article disponible sur le lien : http://www.icim.uqam.ca/IMG/pdf/Bulletin_no_94_web.pdf

(21) إيف ماسينغهام، مرجع سابق ص 163، 164.

(22) قرار مجلس الأمن 1973 بتاريخ 2011/03/17 المتعلق بليبيا S/RES/1973(2011)

(23) نفس المرجع فقرة 4 ص 3.

أنظر كذلك: برونو بومبييه، استخدام القوة المسلحة لحماية المدنيين والعمل الإنساني حالة ليبيا وما بعدها، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، 2011، ص 5.

(24) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول تنفيذ المسؤولية عن الحماية A/63/677 بتاريخ 12 جانفي 2009.

(25) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول الانذار المبكر والتقييم و المسؤولية عن الحماية A/64/864 بتاريخ 14 جويلية 2010.

(26) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول دور الترتيبات الإقليمية ودون الإقليمية في تنفيذ المسؤولية عن الحماية A/65/877 بتاريخ 28 جوان 2011.

(27) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول مسؤولية الحماية الاستجابة في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة A/66/874 بتاريخ 25 جوان 2012.

(28) تم استخدام عبارة الجرائم الفظيعة، في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة في الدورة الثامنة والستون، المعنون بـ"الوفاء بمسؤوليتنا الجماعية: المساعدة الدولية والمسؤولية عن الحماية. (A/68/947-S/2014/449) سنة 2014 ص3. وذلك بغرض الإشارة الى الجرائم الأربعة المحددة في الفقرة 138 من الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي 2005، والجرائم الفظيعة هي: الإبادة الجماعية، جرائم الحرب، والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، وجريمة التطهير العرقي.

(29) أنظر تقرير الأمين العام رقم A/67/929-S/2013/399 المسؤولية عن الحماية :مسؤولية الدولة والمنع.

(30) أنظر تقرير الأمين العام رقم A/68/947- S/2014/449 الوفاء بمسؤوليتنا الجماعية: المساعدة الدولية والمسؤولية عن الحماية.

(31) تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مرجع سابق ص 17.

(32) نفس المرجع، ص 17.

(33) نفس المرجع ، ص 28.

(34) إيف ماسينغهام، مرجع سابق، ص 168.

(35) نفس المرجع ، ص 169.

(36) نفس المرجع ، ص 169، 170.

(37) ذكرت قواعد استخدام القوة المسلحة لحماية المدنيين في التقارير المتعلقة بالمسؤولية عن الحماية تحت اسم "الركائز" ونفضل استخدام مصطلح "قواعد" كي لا نخلط بين ركائز المسؤولية عن الحماية ككل وركائز استخدام القوة المسلحة لحماية المدنيين والت تضمنتها الركيزة الثالثة من ركائز المسؤولية عن الحماية.

(38) تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مرجع سابق، ص 13

(39) إيف ماسينغهام، مرجع سابق، ص 172.

(40) ديفد فيشر، الأخلاقيات والحرب هل يمكن أن تكون الحرب عادلة في القرن الحادي والعشرين؟ ترجمة عماد عواد، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد، 414، الكويت، 2014، ص 341.

(41) نفس المرجع، ص 174، 175.

(42) تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مرجع سابق، ص 13

⁽⁴³⁾ نفس المرجع، ص 13.

⁽⁴⁴⁾ إيف ماسينغهام، مرجع سابق، ص 175، 176.

⁽⁴⁵⁾ تقرير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مرجع سابق، ص 61.

⁽⁴⁶⁾ نفس المرجع، ص 14.

⁽⁴⁷⁾ نفس المرجع، ص 14.

⁽⁴⁸⁾ انظر المادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة.

⁽⁴⁹⁾ تصريح ممثل الأمم المتحدة في الذكرى العاشرة للإبادة في رواندا.

⁽⁵⁰⁾ Nils ANDERSSON, Entre droit d'ingérence humanitaire et responsabilité de protéger, ou passe la frontière ? responsabilité de protéger et guerres « humanitaire » le cas de la Libye. L'Harmattan, PARIS 2012, p 52.

⁽⁵¹⁾ القرار 2011/1973 فقرة 04 مرجع سابق.

⁽⁵²⁾ مجلس الأمن، الوضع في كوت ديفوار، S/RES/1975 بتاريخ 20/03/2011.

⁽⁵³⁾ نفس المرجع، ص 03.

مدى فعالية نظام روما في مكافحة الجرائم الدولية *

DJEDADOUA Adel, Doctort
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université d' Annaba.

جدادوة عادل، طالب دكتوراه
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة عنابة.

الملخص:

المحكمة الجنائية الدولية هي عبارة عن مؤسسة دولية قضائية مستقلة ودائمة ذات اختصاص جنائي، أنشئت بموجب المعاهدة الموقع عليها في روما عام 1998 لغرض التحقيق و محاكمة الأشخاص الطبيعيين، الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة على المستوى الدولي على وفق ما أشارت إليه المادة الخامسة من نظامها، وهي الإبادة الجماعية ، الجرائم ضد الإنسانية ، جرائم الحرب وجريمة العدوان، علما بأنها ليست كيانا فوق الدول ولا بديل عن القضاء الجنائي الوطني وإنما مكملة له، وبعد مرور أكثر من عشر سنوات على إنشائها أثبت الواقع العملي وجود العديد من العقبات التي تحول دون تحقيق أهدافها، مما يحتم عليها تدارك الثغرات والنقائص التي تعترى نظامها الأساسي للحد من إفلات الجناة من العقاب، وكذلك العمل على زيادة عالمية نطاقها من خلال حث الدول على الانضمام إليها والتعاون معها، لأن أمل البشرية في أن تصبح هذه المحكمة درعا قويا تعمل على تحقيق العدالة وتتصدى لمنتهكي حقوق الإنسان، وهذا يتطلب منها نضالا مستمرا للوصول للعدالة الجنائية الدولية المنشودة.

الكلمات الدالة:

نظام روما، المحكمة الجنائية الدولية، الجرائم الدولية، الإفلات من العقاب، التحديات والرهانات.

* تم استلام المقال بتاريخ 2014/06/02 وتم تحكيمه بتاريخ 2014/09/04 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

The Effectiveness of the Rome Statute in the fight Against International Crimes

Abstract:

The International Criminal Court is an international judicial institution independent and permanent with criminal jurisdiction, established under the Treaty which was signed in Rome in 1998 for the purpose of the investigation and trial of natural persons who commit the most serious crimes at the international level as indicated by Article 5 of the system, which is Genocide, crimes Against Humanity, War crimes and the crime of Aggression, note that it is not an entity above countries is no substitute for national criminal justice, but rather a complement to him, and after more than ten years after the establishment practice has proved that there are many obstacles to achieve their goals, which having to remedy the gaps and deficiencies in the statute to limit the impunity of the perpetrators, as well as work on a global scale increased by urging states to join them and cooperate with them, because the human hope that this court to become a strong shield works to achieve justice and to address the human rights violators this requires them to reach a constant struggle of international criminal justice desired.

Key words:

Rome Statute, the International Criminal Court, International Crimes, Impunity, Challenges and Stakes.

L'Efficacité du Statut de Rome dans la Lutte Contre les Crimes Internationaux

Résumé:

La Cour Pénale Internationale est une institution judiciaire internationale indépendante et permanente avec la juridiction pénale, établie en vertu du traité qui a été signé à Rome en 1998 dans le but de l'enquête et le procès des personnes physiques qui commettent les crimes les plus graves au niveau international comme indiqué par l'article 5 de la charte de Rome, qui est crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crime d'agression, noter qu'il ne constitue pas une entité ci-dessus pays est pas de substitut à la justice pénale nationale, mais plutôt un complément à lui, et après plus de dix ans après la pratique de l'établissement a prouvé que les obstacles sont nombreux pour atteindre leurs objectifs, qui ayant à remédier aux lacunes et insuffisances dans la loi pour limiter l'impunité des auteurs, ainsi que le travail à l'échelle mondiale accrue par les États exhortant se joindre à eux et de coopérer avec eux, parce que l'espérance humaine que ce tribunal pour devenir un bouclier forte travaille à réaliser la justice et de traiter les violations des droits humains Cela suppose de parvenir à une lutte constante de la justice pénale internationale souhaitée.

Mots clés:

Statut de Rome, Crimes Internationaux, Impunité, Défis et Enjeux.

مقدمة

بعد أن شهد العالم مآسي الحربين العالميتين الأولى والثانية، فإنّ المجتمع الدولي سعى إلى الاستفادة من تجارب الماضي، وذلك بإنشاء منظمات دولية وإقليمية حكومية وغير حكومية لحماية وضمان حقوق الإنسان على إمتداد نصف القرن الماضي، إلا أنّ ملايين البشر ظلوا يقعون ضحايا الانتهاكات الخطيرة من إبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب. وما يبعث على الخجل أنه لم يقدم للعدالة أمام المحاكم الوطنية سوى حفنة من المسؤولين عن تلك الجرائم، ودأبت الحكومات في معظم الأحوال على التراجع لتطبيق سياسة واقعية ملائمة يتم من خلالها التفاوض بالمسؤولية الجنائية والعدالة في مقابل الوصول إلى حل سياسي، مما ساهم في شيوع ارتكاب المجازر على نطاق واسع، وبدل من أن تقوم الحكومات بمنعها أو الحدّ منها، فإنّها وللأسف استمرت سلبية وبلا تغيير في معظم الأحوال، بل وفي أحوال أخرى مساندة لتلك الانتهاكات، ورغم ذلك فقد أبدى المجتمع المدني الدولي معارضة متصاعدة إزاء منح منع العقاب خاصة للقادة الذين أصدروا الأوامر بارتكاب تلك الفظائع وكذلك الضباط المسؤولين عن تنفيذ هذه الأوامر غير المشروعة، ومن هنا بدأ الرأي العام العالمي ينادي بضرورة إنشاء نظام لتحقيق العدالة الجنائية الدولية، إذ أنّه لم يعد من المقبول بعد ذلك أن تكون الحصانة هي المكافأة التي ينالها أولئك الذين يرتكبون أفظع الجرائم الدولية وانتهاكات حقوق الإنسان.

فبالإضافة إلى العديد من أولئك الذين أفلتوا من المحاكم الخاصة والتي أنشئت عقب بعض النزاعات الدولية، فإنّ هناك مجرمين آخرين لم يمثلوا أمام العدالة لما إرتكبوه من جرائم في منازعات داخلية عديدة. ونظرا لتكرار هذه الجرائم وبخاصة خلال الحروب أو طغيان الأنظمة الاستبدادية، فقد تمكّن المجتمع الدولي من إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة تختص بالمحاكمات الجزائية ضد مرتكبي الجرائم الدولية، وبتخاذ هذا القرار التاريخي في روما 1998 تحقق إنجاز إنساني ضخم من شأنه أن يفتح الطريق أمام تحقيق حلم الشعوب المقهورة والدول المغلوب على أمرها، فقد أنعش هذا الحدث التاريخي آمال الذين ظلوا لعقود طويلة عرضة لجرائم الدول الاستعمارية والعنصرية والأنظمة الديكتاتورية.

إنّ إنشاء المحكمة يمثل بحق خطوة غير مسبوقّة في التاريخ الإنساني من شأنها خلق سلطة قضائية دولية تختص بتأمين سيادة القانون الدولي وتطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني، وذلك بملاحقة الجناة وسدّ فجوة الإفلات من العقاب والقضاء على الجرائم الدولية.

وعليه يمكن القول ما مدى فعالية المحكمة الجنائية الدولية في مكافحة الجرائم الدولية في ظل الظروف الدولية الراهنة ؟

سوف نحاول الإجابة على هذه الإشكالية وفقا لما يلي :

المبحث الأول/ دور المحكمة الجنائية الدولية في التصدي للجرائم الدولية.

المحكمة الجنائية الدولية هي عبارة عن مؤسسة دولية قضائية مستقلة ودائمة ذات اختصاص جنائي، أنشئت بموجب المعاهدة الموقع عليها في روما عام 1998 لغرض التحقيق و محاكمة الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة على المستوى الدولي على وفق ما أشارت إليه المادة الخامسة من نظامها و الذي ستعمل وفقا له هذه المحكمة، علما بأنّها ليست كيانا فوق الدول، ولا بديل عن القضاء الجنائي الوطني وإنما مكمل له⁽¹⁾.

و بعد مرور أربعة سنوات، و في 11/04/2002 بالتحديد عقب مصادقة الدولة رقم 60 دخل نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ، و في 01/07/2002 أصبحت للمحكمة أهلية تامة لمحاكمة الأفراد في قضايا الإبادة الجماعية و الجرائم ضد الإنسانية و جرائم الحرب⁽²⁾.

وقد بدأت المحكمة الجنائية الدولية نشاطها فعلا، إذ تلقت عدة حالات من طرف الدول الأطراف فيما كما هو الشأن بالنسبة للقضية المحالة إليها من طرف جمهورية الكونغو الديمقراطية، القضية المحالة من طرف جمهورية إفريقيا الوسطى. كما تلقت المحكمة إحالة قضية أولى من نوعها من طرف مجلس الأمن بمقتضى القرار رقم 1593 المؤرخ في 31/03/2005 و المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية و جرائم الحرب المرتكبة بإقليم دارفور⁽³⁾.

المطلب الأول/إختصاصات المحكمة الجنائية الدولية ومبدأ التكامل القضائي الفرع الأول/الاختصاص الموضوعي

بحسب مانصت عليه المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإنّ اختصاص المحكمة يقتصر على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي إختصاص النظر في الجرائم التالية:

(أ) جريمة الإبادة الجماعية؛

(ب) الجرائم ضد الإنسانية؛

(ج) جرائم الحرب؛

(د) جريمة العدوان⁽⁴⁾.

وعلى ذلك فإنّ ما يميز الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية المذكورة، أنّها لا تمثّل الجرائم الدولية جميعها وإنّما وبحسب وصف نص المادة الخامسة الفقرة الأولى من النظام الأساسي، وهي الجرائم الأشد خطورة وموضع اهتمام المجتمع الدولي⁽⁵⁾.

الفرع الثاني/الإختصاص الزماني، المكاني والشخصي

أولا/الإختصاص الزماني

تمارس المحكمة الجنائية الدولية وفقا للمادة (11) من النظام الأساسي للمحكمة اختصاصها فقط بخصوص الجرائم التي تم ارتكابها بعد دخول النظام الأساسي حيز النفاذ " مبدأ عدم الرجعية"، فاختصاص المحكمة هو اختصاص مستقبلي فقط و لذلك لا يسري على الجرائم التي ارتكبت قبل سريان المعاهدة⁽⁶⁾.

وفيما يتعلق بالدول التي تنضم إلى المعاهدة، فإنّ الاختصاص يطبق على الجرائم التي ترتكب بعد انضمام الدولة.

ثانيا/الاختصاص المكاني

إنّ المحكمة تختص بنظر الجرائم التي تقع في إقليم كل دولة طرف، أو قد تصبح طرفاً في نظام روما، أما إذا كانت الدولة التي وقعت على إقليمها الجريمة ليست طرفاً في المعاهدة، فالقاعدة أنّ تلك المحكمة لا تختص بنظرها إلا إذا قبلت الدولة باختصاص تلك المحكمة بنظر الجريمة، وهذا تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر المعاهدات⁶. كما

للمحكمة الصلاحية في نظر أي قضية تحال إليها من قبل مجلس الأمن و بغض النظر عما إذا كانت الدولة المعنية طرفا في النظام أم لا، إستنادا لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.⁽⁷⁾

رابعا/الإختصاص الشخصي

1- مسؤولية الأشخاص الطبيعيين دون غيرهم : إنّ تقرير مبدأ المسؤولية الجنائية على الأفراد يعدّ من الأمور الأساسية لمنع الجرائم الدولية وقمعها⁽⁸⁾. وهذا ما أكدته المادة 25 من النظام الأساسي للمحكمة على أنّ الإختصاص الشخصي للمحكمة يقتصر على محاكمة الأشخاص الطبيعيين، الذين يكونون مسؤولين بصفتهم الفردية عن ارتكاب أية جريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة و يكونون عرضة للعقاب وفقا لهذا النظام الأساسي، وبالتالي فإنّه تم استبعاد نظرية المسؤولية الجنائية الدولية للدولة أو للمنظمة الدولية، وبقيت هاته المسؤولية مدنية⁽⁹⁾.

و تمتد المساءلة الجنائية الفردية أمام المحكمة الجنائية الدولية لتشمل ليس الفاعل المباشر فقط، و إنّما أيضا الشريك في ارتكاب الجريمة بأي صورة من الصور المنصوص عليها في النظام الأساسي، و كذلك يسأل الشخص في حالة الشروع في ارتكاب أي من هذه الجرائم⁽¹⁰⁾.

2- عدم الاعتداء بالصفة الرسمية : لقد خطا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة على نهج الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة التي سبق و أن تم إنشاؤها بغرض ضمان مكافحة إفلات المجرمين الدوليين من العقاب، إذ تضمن نصا صريحا بخصوص إمكانية متابعة كبار الموظفين السامين في الدولة بتأكيده على مبدأ عدم جواز الدفع بالحصانة القضائية أو الصفة الرسمية بغرض عرقلة ممارسة المحكمة لاختصاصها و التملص من المسؤولية الجنائية الدولية، يتمثل في نص المادة 27 التي تضمنت بأنّه من حق المحكمة أن تمارس اختصاصها في الاتهام و المحاكمة تجاه كل الأشخاص الذين يرتكبون جرائم دولية تدخل في اختصاصها الموضوعي بغض النظر عن حصانتهم القضائية الجنائية التي تقرها أحكام القانون الدولي أو القانون الداخلي، طبقا لمبدأ المساواة و عدم التمييز بين المتهمين بسبب الصفة الرسمية⁽¹¹⁾.

3- مسؤولية القادة والرؤساء عن أعمال مرؤوسهم: وقد أضاف النظام الأساسي حكما خاصا آخر، يتعلق بمسؤولية القادة والرؤساء عن الجرائم التي يقترفها من يكون تحت إمرتهم أو رئاستهم، حيث قررت المادة 28 من ذلك النظام مسؤولية القائد العسكري أو الشخص القائم فعلا بأعمال القائد العسكري مسؤولية جنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، والتي إرتكبتها قوات تخضع لإمرته و سلطته الفعليتين وذلك بشرطين هما:

- أن يعلم ذلك القائد أنّ قواته ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب هذه الجرائم.
- إذا لم يتخذ القائد العسكري أو الشخص جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة.

وتضيف المادة 28 حكما آخر يتعلق بمسؤولية الرئيس عن أعمال مرؤوسيه، حيث يسأل الرئيس جنائيا عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتكبة من جانب مرؤوسين يخضعون لسلطته وسيطرته الفعليتين، بسبب عدم ممارسة سيطرته على هؤلاء المرؤوسين ممارسة سليمة في الحالات التالية:

- إذا كان الرئيس قد علم أو تجاهل عن وعي، أية معلومات تبين بوضوح أنّ مرؤوسيه يرتكبون أو على وشك أن يرتكبوا هذه الجرائم .

- إذا تعلقت الجرائم بأنشطة تندرج في إطار المسؤولية والسيطرة الفعلية للرئيس.
- إذا لم يتخذ الرئيس التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق أو المقاضاة⁽¹²⁾ .

الفرع الثالث/مبدأ التكامل القضائي

لقد نصت الفقرة العاشرة من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة والمادة الأولى منه، على أنّ المحكمة تكمل اختصاص المحاكم الوطنية، وأوضحت المادة 17 منه والمتعلقة بالمقبولية الأحكام الرئيسية التي يقوم عليها هذا المبدأ الجديد في ميدان القانون الدولي. فالقاعدة العامة هي أنّ اختصاص المحكمة ليس بديلا أو معدّلا أو ملغيا لاختصاص القضاء الجنائي الوطني للدول الأطراف، بل هو نظام من شأنه أن يعزّز الالتزام الأساسي للدول، بمنع ارتكاب هذه الجرائم ومعاقبة مرتكبيها من القضاء

الوطني كما أنّ الأولوية تكون بمقتضاه لهذا القضاء وليس للمحكمة الجنائية الدولية . ومن ثمة فإنّ الاختصاص ينعقد للقضاء الوطني من حيث الأصل⁽¹³⁾ ، ولا يمكن أن تمارس المحكمة الجنائية الدولية اختصاصها إلا في حالات استثنائية لذلك جاءت صياغة المادة 17 على النحو الذي يمكن من خلاله استنتاج تلك الحالات من مفهوم المخالفة. إذ بينت أنّ المحكمة يجب أن تقرر أنّ الدعوى غير مقبولة في حالات أربع وهي:

1- إذا كانت تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى، دولة لها اختصاص عليها ، ما لم تكن الدولة حقا غير راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة أو غير قادرة على ذلك.

2- إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها اختصاص عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني، ما لم يكن القرار ناتجا عن عدم رغبة الدولة، أو عدم قدرتها على المقاضاة.

3- إذا كان الشخص المعني، قد سبق أن حوكم على السلوك موضوع الشكوى، ولا يكون من الجائز للمحكمة إجراء محاكمة طبقا للمادة 20 فقرة 3.

4- إذا لم تكن الدعوى على درجة كافية من الخطورة تبرر اتخاذ المحكمة إجراء آخر. مما تقدم يتضح أنّ الأولوية للقضاء الجنائي الوطني للدول الأطراف ، التي يمكنها أن تتمسك بأحكام مبدأ التكامل اتجاه المحكمة للاحتجاج بأنّ دعوى ما بخصوص إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة الخامسة من النظام الأساسي هي من اختصاصها⁽¹⁴⁾ .

المطلب الثاني/الواقع العملي للمحكمة الجنائية الدولية

الفرع الأول/آليات عمل المحكمة

هناك ثلاث جهات يحق لها إحالة الدعوى أو التقدم بشكوى أمام المحكمة الجنائية الدولية وهي:

1-الإحالة عن طريق دولة طرف، بأن تحدد هذه الدولة الظروف المحيطة وترفق بها المستندات المدعمة⁽¹⁵⁾ ، ومع ذلك يجوز للدولة غير طرف في النظام الأساسي أن تتقدم بشكوى للمحكمة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة، أن تقبل المحكمة ممارسة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة⁽¹⁶⁾ .

2-الإحالة عن طريق مجلس الأمن وفقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، على أن تتضمن تلك الحالة تهديدا للسلم والأمن الدوليين، ويتمتع مجلس الأمن بسلطة تأجيل التحقيق والمحاكمة للحالة التي تم إحالتها للمحكمة، إما عن طريق الدولة الطرف (المادة 1/13) أو بمعرفة المدعي العام من تلقاء نفسه (المادة 15) لمدة 12 شهر (مادة 16) وهذا التأجيل يحدث بموجب قرار صادر عن مجلس الأمن وفقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ردا على تهديد الأمن والسلم⁽¹⁷⁾.

3-يقوم المدعي العام من تلقاء نفسه بمباشرة التحقيق دون الإحالة من قبل إحدى الدول الأطراف أو مجلس الأمن أو دول غير طرف، ويقوم المدعي العام قبل البدء في إجراءات التحقيق بتقديم طلب مدعم بالمستندات المادية للدائرة التمهيدية والحصول على موافقتها بأغلبية الأصوات⁽¹⁸⁾.

الفرع الثاني/القضايا المحالة على المحكمة الجنائية الدولية

باشرت المحكمة الجنائية الدولية تحقيقاتها في عدة حالات وعدد من القضايا، ضد أفراد متهمين بأبشع الأفعال مسؤولة عن ارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب في أوغندا وجمهورية الكونغو الديمقراطية وجمهورية أفريقيا الوسطى، وكينيا وليبيا وساحل العاج وأعمال إبادة جماعية في دارفور بالسودان... الخ

أولا/القضايا المحالة من قبل الدول الأطراف في النظام الأساسي

تتمثل أهم القضايا المعروضة أمام المحكمة والمحالة من قبل الدول الأطراف في نظامها الأساسي في القضية المحالة من قبل جمهورية الكونغو الديمقراطية، أوغندا، إفريقيا الوسطى، وساحل العاج.

1-القضية المحالة من قبل الكونغو الديمقراطية: توجه رئيس الكونغو الديمقراطية في مارس 2004 برسالة إلى المحكمة الجنائية الدولية أحال بموجها الوضع في الكونغو الديمقراطية إلى المحكمة الجنائية الدولية، من أجل الجرائم الدولية الخطيرة التي تورط في ارتكابها جميع أطراف النزاع في المنطقة الداخلية والإقليمية (حركات تمرد مدعومة من قبل رواندا وأوغندا ضد القوات النظامية المدعومة من طرف أنغولا، التشاد، وزيمبابوي منذ 1997) واستمرت الأعمال العدائية إلى غاية منتصف 2008، مما ساهم في تفاقم وتدهور الأوضاع الإنسانية .

وبعد إتباع الإجراءات القانونية اللازمة، باشر المدعي العام تحقيقه في الجرائم المرتكبة في جوان 2004 وعقب ذلك أصدرت الدائرة التمهيدية في 10 فيفري 2006 قرارا بتوقيف المتهم توماس لوبانغادييلو وذلك لالتهامه بارتكاب جرائم حرب وفي 26 جانفي 2009 بدأت المحكمة أولى جلسات محاكمته.

كما أصدرت الدائرة التمهيدية قرارا يقضي بتوقيف المتهم جيرمينكا تانغا في 02/07/2007 لالتهامه بارتكاب جرائم حرب ضد المدنيين، وفي 06/07/2007 صدر قرار من نفس الدائرة بتوقيف ماتيو نقيد جولوشوي جراء ارتكابه جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية في حق سكان قرية بوغورو في فيفري 2004⁽¹⁹⁾.

2- القضية المحالة من قبل أوغندا: في شهر ديسمبر من العام 2003، قرر رئيس جمهورية أوغندا إحالة الوضع المتعلق بالجماعة المتمردة والمسمّاة بجيش الرب للمقاومة إلى المدعي العام لدى المحكمة. وفي 29/07/2004 قرر المدعي العام بعد أن تبين له وجود أسباب جدية بدء التحقيق في هذه القضية، حيث تركزت مهمته في التحري عن الجرائم التي ارتكبت في مخيم بارلونيا في 21/02/2004 في شمال شرق البلاد، ليتبين له ارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية في حق المدنيين العزل. وعلى هذا الأساس أصدر المدعي العام لدى المحكمة في 20/10/2005 مذكرة توقيف بحق خمسة متهمين⁽²⁰⁾.

3- القضية المحالة من قبل إفريقيا الوسطى: أحالت حكومة إفريقيا الوسطى في 06/01/2005 وضعية الجرائم المرتكبة في إقليمها إلى الولاية القضائية للمحكمة الدولية للتحقيق والكشف عن المسؤولين في ارتكاب جرائم القتل، النهب، الإغتصاب والهجوم على المدنيين أثناء محاولة قمع الإنقلاب الذي قام به الجنرال فرنسوا بوزيزيه ضد الرئيس السابق أنج فيليكسبا تاسيه في الفترة الممتدة من 2002 إلى 2003

أعلن المدعي العام في 22 ماي 2007 عن فتح تحقيق في الإدعاءات عن الجرائم الخطيرة التي ارتكبت في حق المدنيين، حيث تبين له بأنّ زعيم حركة تحرير الكونغو "جون بيير بيمبا غومبو" المقيم ببلجيكا متهم بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية بصفته قائدا عسكريا، وتم توقيفه من جانب السلطات البلجيكية وسلم إلى المحكمة الجنائية الدولية في 24/05/2008.⁽²¹⁾

ثانيا/القضايا المحالة من قبل مجلس الأمن

1- قضية دارفور : لقد تم إحالة الوضع في دارفور على المحكمة الجنائية الدولية بموجب قرار مجلس الأمن رقم 1593 إستنادا إلى المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة، حيث شكّل القرار سابقة دولية فهي المرة الأولى التي يقوم فيها مجلس الأمن بإعمال سلطة الإحالة المخولة له .

وبعد قبول المحكمة الجنائية الدولية قرار الإحالة من مجلس الأمن بالرغم من أنّ السودان ليست طرفا في هذا النظام ، وبعد إتمام إجراءات التحقيق اللازمة لخص المدعي العام إلى ثبوت ارتكاب جرائم دولية في الإقليم تتمثل في جرائم حرب و جرائم ضد الإنسانية في حق جماعة الفور والمساليت والزغاوة، وعلى أساس ذلك أصدر أوكامبو في 2007/04/27 مذكرة إعتقال في حق وزير الشؤون الإنسانية أحمد هارون وقائد مليشيا الجنجويد علي كوشيب لإتهامهما بارتكاب الجرائم المذكورة آنفا ، وقد رفضت الحكومة السودانية تسليمهما.

وفي الرابع من مارس 2009 أصدرت الدائرة التمهيدية الأولى في المحكمة الجنائية الدولية أمرا بالقبض على الرئيس السوداني عمر البشير لإتهامه بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب في دارفور، وقد حملت المحكمة عمر البشير مسؤولية ذلك باعتباره رئيس البلاد والحاكم الفعلي وله سلطة مطلقة ورئيس الحزب الحاكم وقائد الجيش، وهو في قمة السلطة أخضع قوات الجنجويد لتعليماته، وفي نفس الوقت يستخدمها ليتهرباً من المسؤولية⁽²²⁾ .

وعلى هذا الأساس أعربت المحكمة في مذكرتها بأنّ هناك أسبابا معقولة للإعتقاد بأنّ عمر البشير يتحمل المسؤولية الجنائية بمقتضى المادة 3/25 (أ) من النظام الأساسي كمرتكب غير مباشر أو شريك غير مباشر في جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية . تعدّ مذكرة الإعتقال هذه سابقة فريدة من نوعها في حق رئيس دولة لازال يمارس مهامه على قمة هرم السلطة⁽²³⁾ .

وبتاريخ 2014/12/14 حفظت المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية السيدة "فاتو" التحقيق في الجرائم المرتكبة في إقليم دارفور بغرب السودان لعدم تحرك مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة للضغط من أجل اعتقال المتهمين للمثول أمام

المحكمة. وصرحت المدعي العام: "أنه بسبب الموارد المحدودة وفي ظل عدم تحرك مجلس الأمن بشأن ما يحدث في دارفور لم يعد أمامي من خيار سوى وقف مجريات التحقيق في دارفور وقد حولت الموارد إلى قضايا أخرى ملحة خصوصا تلك القضايا التي إقترب موعد المحاكمة فيها، كما أكدت المدعي العام بنسودا بأننا نجد أنفسنا في مأزق، لن يشجع الجناة إلا على مواصلة ارتكاب جرائمهم الوحشية، لذا المطلوب حدوث تحول كبير في نهج هذا المجلس للقبض على المتهمين في قضية دارفور⁽²⁴⁾ .

أما الرئيس السوداني عمر حسن البشير فقد أعلن "الانتصار" على المحكمة الجنائية الدولية بعدما قررت المحكمة حفظ التحقيق في قضية دارفور، واعتبر أنّ المحكمة فشلت في القبض عليه بسبب ما وصفه "بوقوف الشعب السوداني ضد مخططاتها، وأضاف أنّ المحكمة فشلت في محاولاتها "إذلال" السودان⁽²⁵⁾ .

2- قضية ليبيا : إستنادا إلى قرار مجلس الأمن رقم 1970 الصادر بتاريخ 26 /02/ 2011 القاضي بمنح الولاية القضائية للمحكمة الجنائية الدولية حول الوضع في ليبيا. حيث أشتبه في أنّ نظام العقيد القذافي ارتكب جرائم ضد الإنسانية إبتداء من 15 فبراير 2011 أثناء قمعه التمرد الذي انفجر في شرق البلاد وشنه هجمات منتظمة وعلى نطاق واسع ضد المدنيين خصوصا في طرابلس وبنغازي ومصراتة. فتح المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، لويس مورينو أوكامبو تحقيقا إبتداء من 3 مارس 2011، ثم أصدر مذكرات توقيف دولية في 27 جوان 2011 ضد الأشخاص الثلاثة الذين يبدو أنّهم يتحمّلون القسط الأكبر من المسؤولية⁽²⁶⁾ ، وهم الزعيم الليبي معمر القذافي الذي أعتيل في أكتوبر 2011 على يد الثور بعد معارك دامية، ونجلاه سيف الإسلام وقائد المخبرات العسكرية عبد الله السنوسي اللذان يخضعان في الوقت الراهن لمحاكمات داخلية، و لم تفلح كل محاولات المحكمة الجنائية الدولية لتوليها القضية لعدم قدرة وجاهزية القضاء الليبي الذي ليس باستطاعته توفير الضمانات الكافية للمحاكمة الجزائية العادلة⁽²⁷⁾ .

من خلال تفحصنا للقضايا المطروحة على المحكمة الدولية فإنه يبدو لنا أنّ القضاء الدولي الجنائي، قضاء يختص بالنظر في الجرائم الدولية التي تقع داخل الدول الضعيفة فقط، ولن تكون له قدرة على محاكمة مجرمي كبار الدول، كما هو الحال مع

أمريكا وبريطانيا وجرائمهما في العراق، وما تمارسه إسرائيل من جرائم بشعة وفضيعة في حق الشعب الفلسطيني. بل والأدهى من ذلك فإن الولايات المتحدة الأمريكية عملت على تسييس المحكمة مستغلة الثغرات القانونية في نظامها الأساسي لتحقيق مآربها الشخصية وتقويض دورها للإفلات من العقاب .

المبحث الثاني/تقييم أداء المحكمة الجنائية الدولية في مكافحة الجرائم الدولية.

منذ دخول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ في 2002/07/01، وهي تباشر اختصاصاتها بالنظر في القضايا المطروحة عليها إلى غاية يومنا هذا، حيث تعرضت للعديد من الصعوبات والعوائق وواجهت الكثير من التحديات وهذا ما سنتطرق له بالدراسة والتحليل حيث نستهل دراستنا بالخوض في معوقات عمل المحكمة الجنائية الدولية، ثم ننتقل إلى الرهانات والتحديات التي تواجهها.

المطلب الأول/معوقات عمل المحكمة الجنائية الدولية

لقد انطوى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية على بعض مواطن النقص وثغرات قانونية، بالإضافة إلى جهود الولايات المتحدة الأمريكية لتحجيم دورها من أجل خدمة مصالحها. وهذا ما سنحاول معالجته في هذه الجزئية.

الفرع الأول/مواطن النقص في النظام الأساسي

إنّ البحث في الثغرات والنقائص التي تعترى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يتطلب الكثير من الدراسة والتحليل، ونظراً لتشعب هذه الجزئية سنحاول التركيز على العناصر الأساسية التي لازالت تثير العديد من الإشكالات.

أولاً/إشكالية تعريف جريمة العدوان

لقد تباينت مواقف الدول من إدراج جريمة العدوان ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية وانقسمت ما بين أغلبية مؤيدة لهذا الاختصاص وأقلية معارضة له، حيث بدا واضحاً أثناء انعقاد مؤتمر روما وجود إرادة قوية لدى غالبية الدول في أن يشمل الاختصاص الموضوعي للمحكمة جريمة العدوان وهو ما عبرت عنه هذه الدول بصورة واضحة وصريحة سواء في مداخلتها الرسمية أمام المؤتمر أو في مناقشات إجتماعات اللجان المتخصصة.

وقد كانت الولايات المتحدة في مقدمة الدول التي عارضت هذا الاتجاه وطالبت باستبعاد العدوان من إختصاص المحكمة وعدم خضوعه لها، واعتبرت قرار الجمعية العامة 3314 الصادر في الدورة التاسعة والعشرين يوم 14/12/1974 لا يحاول تعريف العدوان كجريمة فردية وما يفعله هو مجرد تكرار لصيغة ميثاق نورمبرغ ولهذا فإنّ الولايات المتحدة الأمريكية تعارض إدراج جريمة العدوان ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة⁽²⁸⁾.

ظل موضوع تعريف العدوان كجريمة يشملها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية محل أخذ ورد حتى إعاقد المؤتمر الإستعراضي للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في كمبالا بأوغندا في الفترة الممتدة بين 31 ماي - 11 جوان 2010 والذي اعتمد قرارا أدخل بموجبه تعديلا على هذا النظام، بحيث أصبح يتضمن تعريفا لجريمة العدوان من خلال إضافة المادة 8 مكرر، ويضع الشروط التي بموجبها يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة، وتبقى الممارسة الفعلية لهذا الإختصاص في مفهومه الجديد خاضعة للقرار الذي سيتخذ في 01/01/2017 من قبل الأغلبية نفسها للدول الأطراف المطلوبة لاعتماد أي تعديل حسب ما هو منصوص عليه في المادتين 121 و122 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽²⁹⁾.

ثانيا/ طبيعة علاقة المحكمة الجنائية الدولية بمجلس الأمن

منذ انعقاد مؤتمر روما، و الولايات المتحدة و معها الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن تسعى إلى ضمان دور المجلس في مجال الإدعاء الدولي أمام المحكمة الجنائية الدولية، وهذا ما تم اعتماده حيث تبوأ مجلس الأمن مركز الإدعاء الدولي أمامها جنبا إلى جنب مع الدول الأطراف والمدعي العام، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة⁽³⁰⁾.

وكذلك منح سلطة تعليق أو تأجيل النظر في قضية معينة أمام المحكمة الجنائية الدولية لمدة إثني عشر شهرا⁽³¹⁾. والواقع أنّ منح هذه الصلاحية لمجلس الأمن لها ما يبررها إنطلاقا من مسؤولية مجلس الأمن الأساسية في المحافظة على السلم و الأمن الدوليين إستنادا إلى ميثاق الأمم المتحدة، الذي يبدو أنّه يخوّل المجلس صلاحية إنشاء

محاكم مخصصة لهذه الغاية، فمن المنطق أن يمنح لمجلس الأمن الحق في طلب تدخل المحكمة وتحريك الدعوى عندما يتعلق الأمر بالجرائم التي تدخل في اختصاصها. وبالرغم من وجهة هذه الأسباب إلا أنّها تبقى موسومة بالطابع السياسي حيث تشير الفقرة (ب) من المادة (13) صراحة إلى أنّ حق مجلس الأمن في الإحالة يكون استناداً إلى الفصل السابع من الميثاق، ومما لا شك فيه أنّ هذه الحالات بالضرورة هي ذات طبيعة سياسية⁽³²⁾.

الفرع الثاني/ دور الولايات المتحدة في تقويض المحكمة الجنائية الدولية

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية الدولة الوحيدة التي أبدت معارضة كبيرة وصارمة على إنشاء المحكمة منذ بداية الأشغال التحضيرية في هذا الصدد، وقد كانت ضمن سبع دول فقط صوتت ضد اعتماد نظام روما، وبخاصة بعدما رفضت معظم الدول منح مجلس الأمن صلاحيات كبرى للإشراف على الحالات التي ستبت فيها المحكمة، ومع ذلك فقد وقّعت على النظام الأساسي للمحكمة في عهد الرئيس الأسبق "بيل كلينتون" بتاريخ 31 ديسمبر 2000، قبل أن تراجع عن ذلك في عهد الرئيس "جورج بوش" الابن في 06/05/2002، لتتوالى بعد ذلك حملاتها المعرّضة التي استهدفت تقويض وإضعاف هذه المؤسسة الدولية، بغية ضمان إفلات مواطنيها من ولايتها القضائية، على الرغم من ارتكابهم لجرائم تدخل ضمن اختصاصات المحكمة. وسنوضح فيما يلي بإيجاز أهم الحواجز والعراقيل التي وضعتها أمريكا لتقوض عمل المحكمة⁽³³⁾.

أولاً/ قرار مجلس الأمن رقم 1422 : أصدر مجلس الأمن في 12 جويلية 2002 القرار رقم 1422 الذي يطلب من المحكمة الجنائية الدولية وفقاً للمادة 16 من النظام الأساسي بوقف إجراءات التحقيق أو المقاضاة في الدعاوى المتعلقة بالموظفين السابقين أو الأشخاص الحاليين المنتميين للدول المشتركة في عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام إذا كانت تلك الدول ليست بأعضاء في نظام روما، وذلك لمدة 12 شهراً تبدأ في 07/1/2002 إلا إذا قرر المجلس عكس ذلك. وفي هذا الإتجاه انطوى مجلس الأمن على منح حصانة شاملة إلى مواطني الدول غير الأعضاء بالمحكمة المشتركة في عمليات حفظ السلام والتي تقدر بخمسة عشر عملية في أنحاء العالم بغير إيجاد أي فعل يمثل تهديداً للسلام والأمن. وبهذا يكون قرار مجلس الأمن مخالفاً للمادة 16 من نظام المحكمة،

الذي يعطي للمجلس حق طلب وقف الإجراءات بصورة مؤقتة بالنظر إلى كل قضية على حدى، ويمكن القول بأنّ موافقة الولايات المتحدة على هذا القرار أكبر دليل على اعترافها بالمحكمة الجنائية الدولية⁽³⁴⁾.

ثانيا/قانون حماية أعضاء القوات المسلحة ASPA: وقّع الرئيس جورج بوش في 2002/08/02 على القانون الخاص بحماية الأفراد الأمريكيين العاملين بالخدمة العسكرية (ASPA)، والذي يحتوي على فقرات خاصة تحرم على الأجهزة والهيئات الأمريكية التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية وأخرى تحدّ من مشاركة القوات الأمريكية في عمليات الأمم المتعلقة بحفظ السلام، بالإضافة إلى فقرة تتعلق بحرمان الدول الأعضاء بالمحكمة من المعونة العسكرية الأمريكية. وإذ يحظر هذا القانون على المحاكم الأمريكية والحكومات المحلية والحكومة الفيدرالية كل تعاون مع المحكمة الجنائية، يشمل كذلك حظر وقف أي شخص موجود على الأراضي الأمريكية، سواء أكان مواطناً أمريكياً أو من الأجانب المقيمين في الولايات المتحدة الأمريكية، لإحالاته إلى المحكمة وحظر تخصيص موارد الحكومة الأمريكية لتمويل العمليات التي تقوم بها المحكمة لاعتقال أو حبس أو تسليم أو ملاحقة أي مواطن أمريكي أو أجنبي مقيم بصفة دائمة في الولايات المتحدة، وحظر القيام على الأراضي الأمريكية بتنفيذ أية تدابير للتحري بطلب أولي أو عمليات تحقيق أو مقاضاة أو أي إجراء آخر من إجراءات المحكمة⁽³⁵⁾.

ثالثاً/إبرام إتفاقيات ثنائية للإفلات من العقاب : لم يتوقف عمل الولايات المتحدة عند هذه الإجراءات، بل بدأت تبرم إتفاقيات ثنائية مع أكبر عدد ممكن من الدول لمنع تسليم المواطنين الأمريكيين إلى المحكمة الجنائية الدولية وتسليمهم للولايات المتحدة لمحاكمتهم عما قد يرتكبه من جرائم تختص بنظرها المحكمة وذلك إستشهاداً بالمادة 98 من النظام الأساسي التي تنص أنّه يجب الحصول على موافقة الدولة المرسله لتقديم أي شخص إلى المحكمة، ولا يجوز أن يوجه طلب تقديم شخص إلى دولة إذا كان في ذلك إخلال لالتزاماتها بموجب القانون الدولي، أي بشكل يستوجب إحترام المعاهدات الموقعة بين الدول والإلتزام القانوني الناشئ عنها. وحتى تاريخ 2005/09/29 أبلغت وزارة الخارجية الأمريكية عن توقيع 100 إتفاقية ثنائية. وفي هذا السياق قام

البرلمان الأوروبي في 25 سبتمبر 2002 بإصدار القرار رقم 1300 والذي عارض فيه الإتفاقيات الثنائية التي تطالب الولايات المتحدة بعقدتها مع الدول الأوروبية التي صادقت على إتفاقية روما من حيث مخالفتها للغرض الذي من أجله أنشئت تلك الإتفاقية.

ونخلص إلى القول بأنّ تعدد أشكال التدابير التي تتخذها الحكومة الأمريكية من أجل ضمان إفلات رعاياها، أو أي شخص يعمل لحسابها من العقاب إثر إرتكاب أكثر الجرائم خطورة، ومن بينها الحملة الدبلوماسية الجارية، فهي لا تهدف إلى التصديق على إتفاقيات تسمى "بإتفاقيات الإفلات من العقاب" إستنادا إلى المادة 98 من نظام روما الأساسي فقط، بل توأكها في أغلب الأحيان وعود إقتصادية أو صناعية واسعة النطاق، وفي حالة رفض الدولة المستهدفة التوصل إلى حل وسط، تتحول هذه الوعود إلى تهديدات جدية على الصعيدين العسكري والاقتصادي معا.

إلى ذلك يمكن القول بأنّ المعنى العميق و التاريخي لقرار إنشاء المحكمة الجنائية الدولية يتمثل في حقيقة أنّ البشرية شيّدت مؤسسة فكرتها الرئيسية ومصدر شرعيتها العمل من أجل أعضاء الأسرة البشرية جمعاء، حتى يكف العالم عن أن يصبح قرية آمنة للطغاة، وأن تكف السياسة عن أن تكون حقل الجريمة الجماعية، وأن تكف الديبلوماسية عن أن تكون حصن المجرمين وموطنهم الآمن، وأن تخط البشرية طريقها نحو إرساء مبدأ عدم الإفلات من العقاب⁽³⁶⁾.

إنّ تفرد الو.م.أ في سياستها هذه لا يمكن تبريره إلا في حاجتها لإعلاء مفهوم السياسة على مفهوم العدالة الدولية لتحقيق مصالحها وأهدافها.

المطلب الثاني/رهانات وتحديات المحكمة الجنائية الدولية

تواجه المحكمة الجنائية الدولية اليوم وقبل أي وقت مضى مجموعة من التحديات لضمان تحقيق العدالة الدولية المنشودة، بإعمال المعايير القانونية وفقا لروح نظام روما بعيدا عن الاعترافات السياسية، وتبقى العبرة في تنفيذ هذه النصوص في الفترة الزمنية المقبلة. وهذا ما سنحاول معالجته فيما يلي:

الفرع الأول/تصويب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

إنّ إعادة النظر في نظام روما الأساسي أصبح حتمية لا بد منها، إذ يستوجب إدخال بعض التعديلات عليه للحد من إفلات الجناة من العقاب وكذلك تعزيز الأداء التكميلي للمحكمة.

أولاً/تدارك الثغرات القانونية للحدّ من الالاعقاب

إنّ إعادة النظر في نظام روما الأساسي المقرر بعد أكثر من 10 سنوات على نفاذه، يستوجب إدخال بعض التعديلات عليه، وأهمها الإسراع في تفعيل جريمة العدوان وفقاً للتعريف المنبثق عن مؤتمر كامبالا في جوان 2010، إضافة مساءلة الأشخاص الإعتباريين، وإدخال ضمن مفهوم الجرائم المرتكبة استخدام الأسلحة النووية وكافة أسلحة الدمار الشامل الأخرى، جرائم الإرهاب، جرائم الإتجار غير المشروع كالمخدرات والجرائم المرتكبة ضد سلامة الطيران المدني. كما يجب توضيح المعيار الذي نعرف من خلاله أنّ دولة لها ولاية النظر في الدعوى غير راغبة بالسير فيها أو أنّها سارت بالدعوى والتحقيق بشكل جدي وليس صوري، مما سيفتح الباب على مصريه لإستغلال هذه الثغرة القانونية في المستقبل⁽³⁷⁾.

إنّ تدخل مجلس الأمن في عمل المحكمة من شأنه أن يخل بفاعليتها ومهامها ولا ينبغي للمحكمة أن تتقيد بالاعتبارات التي تحكمه، كما يكتنف الخلط طبيعة العلاقة بينهما، باعتبار أنّ المحكمة أداة طيعة له عبر تمكين الو.م.أ من الاستفادة من نظام المحكمة حسب ما يخدم مصالحها فقط⁽³⁸⁾.

وفيما يتعلق بالجهات التي لها حق إتخاذ الإجراءات القضائية فإننا نرى بضرورة الإعتراف لهيئات أخرى غير الدول كالمنظمات الحكومية وغير الحكومية لإحالة الدعوى، إذ أنّ هاته الأخيرة تكون أهدافها بعيدة عن أي تأثير سياسي يمكن للدول أن تأخذه بعين الإعتبار للمحافظة على مصالحها السياسية.

ثانياً/تعزيز أداء المحكمة الجنائية الدولية التكميلي

إنّ مبدأ التكامل يعد حجر الزاوية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وعلى هذا الأساس فإنّ أولوية الإختصاص تكون للقضاء الوطني. فإذا ما امتنع عليه ممارسة ولايته الجنائية بسبب عدم رغبته أو قدرته في مباشرة اختصاصه فإنّ

الاختصاص ينعقد حينئذ للمحكمة الجنائية الدولية بوصفها قضاء مكتملا للقضاء الوطني. وهذا ما ترفضه غالبية الدول وتعتبره مساسا بالسيادة الوطنية، لكن فقهاء القانون الدولي يرون أنّ هذا المساس مبرر باعتبار أنّ هذا النظام يستند بالأساس إلى اتفاقية دولية أبرمت بتراضي الدول الأطراف جميعاً ، واتفاقها على إيجاد هذه المحكمة بمحض اختيارها وإرادتها، بل إنّ هذا التصرف الصادر من هذه الدول ما هو إلا تعبير حر ووجه واضح من أوجه التعبير عن هذه السيادة فليس هناك ما أجبر الدول الأطراف رغما عن إرادتها، وبالتالي فمن الضروري دفع الدول لكي تقوم بإجراء تعديلات في تشريعاتها الوطنية لتتوافق مع القضاء الجنائي الدولي خاصة وأنّ المفهوم التقليدي لسيادة الدول لم يعد كما كان سابقا، ولأنّ هذه الدول أعضاء في المجتمع الدولي فيجب عليها أن تعمل على أن تكون تشريعاتها الوطنية متوافقة مع القانون الدولي⁽³⁹⁾.

الفرع الثاني/زيادة عالمية نطاق المحكمة الجنائية الدولية

أولا/حث الدول على الإنضمام للمحكمة

رغم أنّ عددا معتبرا من الدول صادق على نظام المحكمة الجنائية الدولية، إلا أنّ جهود إضفاء العالمية على المحكمة يحتاج إلى مزيد من الدعم والتعزيز، حيث أنّه لم تصادق دول مؤثرة مثل الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا والصين على نظام المحكمة وفي بعض المناطق تحديدا الشرق الأوسط وآسيا لم يتم إنضمام دول كثيرة للنظام المنشئ للمحكمة. ويصعب هذا على المحكمة - إن لم يكن يجعله مستحيلا - من أن تمارس اختصاصها القضائي إزاء العديد من الإنتهاكات الجسيمة المرتكبة في العديد من المناطق مثل سوريا ، فلسطين، سريلانكا، وبورما. ومن ثم فهناك حاجة إلى المزيد من التصديقات على النظام الخاص بالمحكمة من أجل توسيع نطاق اختصاصها. فالحدود المفروضة على اختصاص المحكمة تسهم في التصور الخاص بأنّ المحكمة غير محايدة، ويعزّز من هذا التصور حقيقة أنّ جميع التحقيقات القائمة تتم في القارة الأفريقية، حيث تقع بالفعل جرائم جسيمة. كما يجب على مكتب المدعي للمحكمة الجنائية الدولية أن يتم تحليله الأوّلي الخاص بحالات أخرى في مناطق غير أفريقيا، مثل كولومبيا، حيث التحقيق من جانبه في الأوضاع هناك مبرر وضروري⁽⁴⁰⁾.

ومن الواجب على الدول العربية الإنضمام إلى المحكمة كي لا تبقى بعيدة عن سرب العدالة الدولية، وأنّ التردد الحاصل من قبل الحكومات يعكسه طبيعة هذه الأنظمة وسوء فهم مضمون المحكمة ونظامها الأساسي⁽⁴¹⁾.

ثانيا/الإزام الدول بالتعاون مع المحكمة

على الدول الإلتزام بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، التي لا تتوفر على شرطة دولية خاصة بها، إذ تعاني بشدة من عدم تعاون الدول بالشكل الكافي معها مما يضعف من سلطتها وفعاليتها. حيث أنّه في مطلع عام 2012 تم تنفيذ 5 أوامر فقط من أصل 18 أمر توقيف أصدرتها المحكمة، بالإضافة إلى التعاون القضائي والفني الضروري من الدول، ويجب على الدول الأطراف أن تزيد من دعمها السياسي والدبلوماسي المستمر للمحكمة وأن تتبنى تصريحات وبيانات علنية لدعم الولاية الكابحة للجرائم والواقية منها. كما أنّه ينبغي على الدول الإمتناع عن استقبال أو التعامل مع أي فرد أصدرت المحكمة الجنائية الدولية بحقه أمر توقيف. ويتعين على الدول التي لم ترتكب جرائم على أراضيها أن تظهر دعما متزايدا ومحايدا للمحكمة وذلك عن طريق إحالة الأوضاع والحالات الخاضعة لاختصاصها كما ورد في المادة 14 من النظام إلى المحكمة. يجب أيضا إبداء هذا الدعم من خلال الأولويات التي تتبناها المنظمات الإقليمية مثل الإتحاد الأوروبي والإتحاد الإفريقي، ولا بد على هذا الأخير أن يعمل على الإلتزام بقرارات المحكمة وتعزيز أدائها التكميلي في مقاضاة المسؤولين عن الجرائم الدولية⁽⁴²⁾.

خاتمة

يمثل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة إنجازا كبيرا في مجال العدالة الدولية. وتتولى المحكمة إجراءات التحقيق والمحاكمة في جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب عندما تكون السلطات المحلية على المستوى الوطني عاجزة أو عازفة.

وما انضمام 124 دولة حتى أفريل 2014 من أصل 192 دولة، إلا اعتراف دولي بالحاجة الماسة لرؤية العدالة الدولية تسود بتطبيقاتها من خلال جهاز قضائي دولي دائم متخصص يمارس سلطانه الوقائي والردعي والعقابي تجاه أولئك العابثين بأمن البشرية وسلامة أرواحها.

إنّ التصديق على النظام الأساسي ومساعدة المحكمة على تحقيق الولاية القضائية العالمية هما الكفيلان بتمكين المحكمة من أن تلقي بشباكها إلى مدى أوسع كما تمسك بجميع أولئك الذين يتحملون المسؤولية الجنائية سواء في الداخل أو في الخارج.

النتائج والتوصيات:

- رغم العقوبات المختلفة التي تعرقل تأسيس عدالة جنائية دولية صارمة كفييلة بمنع الإفلات من العقاب، فإنّ إنشاء المحكمة الجنائية الدولية يعدّ في حد ذاته خطوة مهمة على طريق دعم السلم والأمن الدوليين وتعزيز احترام القانون الدولي.
- ومن شأن تطور هذه العدالة وتفعيلها أن تدفع الدول إلى تبني إصلاحات قانونية وتشريعية مهمة تروم احترام حقوق الإنسان، والحيلولة دون إفلات الجناة من العقاب تحت ظروف مختلفة بما فيها ذريعة سيادة الدول.
- الاتجاه إلى تبني نظام روما الأساسي لجميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وبالتالي لا ضرورة للرجوع إلى مجلس الأمن.
- مناشدة كافة الدول العربية بالإنضمام إلى المحكمة، وعدم البقاء خارج فعاليتها التي قد تصيبها في أي وقت في صميم سيادتها، وحتى تتمكن من المشاركة في إصلاح ثغرات نظام المحكمة من خلال جمعية الدول الأطراف .
- إنّ مدى فاعلية المحكمة الجنائية الدولية ونجاحها في تحقيق الأهداف التي أنشأت من أجلها ، إنّما يتوقف بشكل أساسي على تعاون الدول التام معها في شتى الميادين والمستويات.

الهوامش:

- (1) د. طلال ياسين العيسى وعلى جبار الحسيناوي، المحكمة الجنائية الدولية، دار اليازوري للنشر، ط. 12009 الأردن، ص 48.
- (2) د . محمد فهد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف. 2005. الإسكندرية ص : 373.
- (3) د. خلفان كريم، الإطار القانوني والسياسي لمذكرة اعتقال الرئيس السوداني، مجلة دراسات إستراتيجية ، دار الخلدونية لنشر والتوزيع، العدد 07 جوان 2009 ص 12 وما بعدها ..
- (4) للمزيد حول مفهوم الجرائم الدولية وأركانها، انظر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- (5) Bassioni .m.Cherif. The Statute Of The ICC. Transnational Publishers, Inc, New.York 1999. P225

- (6) د.علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، القانون الدولي الجنائي أهم الجرائم الدولية، المحاكم الجنائية الدولية، منشورات الجلي الحقوقية، ط1، بيروت، 2001، ص 328.
- (7) لندة معمريشوى، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، دار الثقافة، ط1، الأردن 2008، ص 178.
- (8) د.عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، مصر 2008، ص 320.
- (9) انظر نص المادة 25 فقرة 1، 2 و 4 من النظام الأساسي للمحكمة.
- (10) انظر نص المادة 25 فقرة 3 من النظام الأساسي للمحكمة.
- (11) انظر المادة 27 من النظام الأساسي للمحكمة.
- (12) المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- (13) د.علي خلفه الشرعة، مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية، دار حامد للنشر، الأردن 2012، ص 52.
- (14) د. براء منذر كمال، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، دار حامد للنشر، ط1، الأردن 2008، ص 232، 233.
- (15) المادة (2/14) من النظام الأساسي للمحكمة.
- (16) المادة (3/12) من النظام الأساسي للمحكمة.
- (17) د.محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، روز اليوسف، 2002، مصر، ص 165 وما بعدها.
- (18) د. محمد فهد الشلالدة، مرجع سابق، ص 384.
- (19) د.عمر محمود المخزومي، مرجع سابق، ص 367.
- (20) راجع ملف اوغندا ضمن القضايا المعروضة على المحكمة الجنائية الدولية على الموقع www.icc-cpi.int
- (21) أهشام محمد فريحة، القضاء الجنائي الدولي، دار الراجحة للنشر، الأردن، 2012 ص 264 إلى 270.
- (22) للمزيد أنظر مذكرة اعتقال عمر البشير الصادرة عن محكمة الجنائية الدولية في 04/03/2009 تحت رقم ICC-02/05-01/01.
- (23) لقد تم إصدار مذكرة توقيف دولية ثانية ضد عمر البشير في 12/07/2010 لانهامه بارتكاب جريمة إبادة
- (24) وفي تصريح للمدعية العامة لوسائل الإعلام بتاريخ 31/03/2015 أكدت أنّها ستواصل الدعوة إلى تنفيذ هذه المذكرات. لأنّ هذه القضية كما تعلمون هي قضية أتت لتكون حية. لقد قدمت عدة طلبات للحصول على مذكرات توقيف ضد عمر البشير وغيره من المتهمين، وأيضا الحالات التي تصلنا فيما يتعلق بكل مجريات الوضع في دارفور. صحيح أنّ القضية أخذت فترة طويلة ولكن نحن كنا نعمل بجديّة للغاية، ولا يمكن متابعة القضية مع القضاة دون جلب المتهمين أمامهم حتى تبدأ إجراءات التقاضي، هذا هو الأمر المطلوب يجب أن يكون هناك تنفيذ لأمر القبض على المتهمين أولا، وتقديمهم للمحاكمة ثانيا، لبدء عملية عرض البيانات أمام المحكمة الجنائية الدولية...الآن احتمالات حدوث ذلك ما تزال بعيدة المنال جدا. وفي الوقت الراهن إزاء الوضع في دارفور لا تزال آفاق الاعتقال وإجبار شخص ما للحضور أمام المحكمة أمرا صعب التحقيق.
- (25) منظمة هيومان رايتس ووتش ترى أنّ البشير أساء فهم قرار تعليق تحقيق حول الاتهامات الخاصة بارتكاب جرائم دولية بدارفور.
- (26) إيف بومور، التدابير القمعية للمحكمة الجنائية الدولية وحدودها، مركز الأبحاث الدولية، فرنسا، ماي 2011.

- (27) د.أيمن سلامة، سيف القذافي بين المحكمة الجنائية الدولية والحكومة الليبية، معهد العربية للدراسات والتدريب، أكتوبر 2012، مقال منشور على شبكة الانترنت.
- (28) د.نايف أحمد العليمات، جريمة العدوان في ظل نظام المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة، ط1، الاردن 2010، ص 294، 295.
- (29) تنص المادة 122 فقرة 02 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على: "تعتمد جمعية الدول الأطراف أو مؤتمر استعراضي بأغلبية ثلثي الدول الأطراف، أية تعديلات مقدمة بموجب هذه المادة يتعذر التوصل إلى توافق آراء بشأنها، ويبدأ نفاذ هذه التعديلات بالنسبة إلى جميع الدول الأطراف بعد انقضاء ستة أشهر من اعتمادها من قبل الجمعية أو من قبل المؤتمر حسب الحالة".
- (30) انظر المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة.
- (31) لندة معمريشوي، مرجع سابق، ص 246.
- (32) د. علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، دار الثقافة للنشر، ط1 الأردن 2008، ص 125.
- (33) د. ضاري خليل محمود، باسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، منشأة المعارف، مصر 2008، ص 285.
- (34) د.أكرم عبد الرزاق المشهداني، مفهوم الحصانة القضائية للجنود الأمريكيين، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمركز الرافدين للدراسات والبحوث الإستراتيجية، العراق، أكتوبر 2010.
- (35) د.زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان 2009، ص 448.
- (36) انظر تقرير منظمة العفو الدولية حول جهود الولايات المتحدة لإحراز الإفلات من العقاب، الصادر في 2002/08/13.
- (37) د. زياد عيتاني، مرجع سابق ص 510.
- (38) د.أحمد عبد الظاهر، دور مجلس الأمن في النظام الجنائي الدولي، منشأة المعارف، مصر 2013، ص 310.
- (39) د. علي خلفه الشرعة، مرجع سابق، ص 172.
- (40) راجع تقرير المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي المنعقد في كمبالا 2010، متوفر على الموقع الإلكتروني للمحكمة الجنائية الدولية ICC-ASP-20100612-PR546
- (41) د. مانع جمال عبد الناصر، آفاق انضمام الدول العربية إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني للهيئة العلمية لنشر الثقافة القانونية في العالم العربي.
- (42) أ. محمد لطفي، آليات الملاحقة في القانون الجنائي الدولي، دار الفكر والقانون، مصر 2006، ص 322.

ضرورة التعاون بين الدول لمواجهة جرائم الفساد*

MALKIA Nabil, M.A «A»
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Abbes Laghrour Khenchela.

مالكية نبيل، أستاذ مساعد "أ"
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة عباس لغرور خنشلة.

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تقديم رؤية وصفية تحليلية حول الجهود الدولية الأمنية والقضائية المتخذة من قبل الدول لمواجهة جرائم الفساد، انطلاقاً من نصوص وأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي تعد من أحدث الوثائق القانونية التي توصل إليها العالم الحديث في موضوع الفساد، ومن ثم رصد لأهم الحلول والتجارب الناجعة بين الدول سواء المتقدمة منها أو حتى الدول العربية، والتي تهدف في الأخير إلى القضاء أو على الأقل التقليل من الأخطار المتزايدة لجرائم الفساد.

وقد توصلت الدراسة إلى إبراز أهمية ودور اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على التشريعات الوطنية، على أساس أنها تفرض على المشرع الوطني التزاماً بإقرار ما ورد من نصوص دولية تتعلق بتجريم أفعال معينة، حتى يمكن للمحاكم الوطنية تطبيقها، وهذا كله قصد تحقيق الغرض المتمثل في حماية النزاهة ومكافحة الفساد بشتى صورته وأنماطه.

الكلمات المفتاحية:

جرائم الفساد، مكافحة الفساد، التعاون الدولي، المصادرة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/02/24 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2015/05/24 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

The necessary of cooperation between countries to face of corruption crimes

Abstract:

The aims of This study to provide an analytical and descriptive vision for the international efforts taken to combat the corruption crimes, based on the texts and provisions of the United Nations Convention against Corruption, which is one of the latest legal documents reached by the international community in the subject of corruption, and then monitoring the most important effective solutions and experiences between both developed countries in the world or even the Arab countries, which aims to eliminate or at least to reduce the increased risks of corruption crimes.

The study reached to explain the importance and the role of the United Nations Convention against Corruption in the national legislations on the grounds that it imposes an obligation on the national legislators to adopt the international provisions related to the criminalization of certain acts, so that the national courts could apply them, and all this in order to achieve the purpose of protecting the integrity and combat the corruption in all its forms and patterns.

Key Words:

Corruption crimes, against Corruption; international cooperation, confiscation

La nécessaire coopération entre Etat pour lutter contre la corruption

Résumé:

Cette étude vise à fournir une vision et une analyse descriptive sur la sécurité internationale et les efforts judiciaires pris par les pays pour faire face à la corruption. elle est basée sur les textes et les dispositions de la Convention des Nations-Unies contre la corruption, qui est l'un des derniers documents juridiques conclus par le monde moderne sur la question de la corruption.

L'étude a pour objet également d'évoquer les solutions efficaces à travers les expériences des Pays développés ainsi que quelques expériences de certains pays arabes ; le tout dans le but d'éliminer ou, au moins réduire les risques croissants de la corruption. Le rôle de la convention des Nations-Unis dans la lutte contre la corruption est mis en évidence dans la présente étude.

Mots clés:

La corruption, la lutte contre la corruption, la coopération internationale, confiscation.

مقدمة

لقد بدأت التشريعات الحديثة تدرج ضمن منظومتها التشريعية الداخلية ما يسمى بآليات إدماج القواعد والتوصيات الدولية المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية، حتى تكسب هذه الأخيرة الصفة الإلزامية التي تنقصها، وحتى على مستوى القواعد الاتفاقية فإنّ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، وفي صدر

نصوصها نجدها تحت الدول الأطراف على اتخاذ ما هو ممكن من تدابير وإجراءات، قصد تحقيق أغراض هذه الاتفاقية وعلى رأسها ترويج وتدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة جرائم الفساد بصورة أكفأ وأنجع، والجزائر كبقية الدول، ووفاء منها لالتزاماتها الدولية، وإرادة منها لمكافحة أشكال وأنماط الفساد بشتى أنواعه، سنت القانون الخاص الذي يعنى بالوقاية من الفساد ومكافحته، كما استحدثت أحكاما موضوعية وإجرائية لم تعرف من قبل في قانون العقوبات، وأكد المشرع على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الفساد سواء كانت تدابير قبل ارتكاب الجريمة (تدابير وقائية)، أو كانت تدابير في إطار تسهيل ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية من أجل الوقاية من الفساد ومكافحته، بما في ذلك استرداد الموجودات.

وسيهتم البحث بدراسة مظاهر التعاون بين الدول على المستويين الأمني والقضائي لمواجهة جرائم الفساد، على اعتبار أنّ التعاون الأمني والقضائي يعتبر شرطا أساسيا لنجاح السياسة الجنائية في مكافحة الجريمة المنظمة عموما، والفساد على وجه الخصوص، سنتناولها بالدراسة في هذا البحث، كما سنبرز أهمية هذا التعاون الدولي وذلك من خلال الإجابة على الإشكالية:

ما مدى أهمية التعاون الدولي على المستويين الأمني والقضائي قصد مواجهة جرائم الفساد بشتى أنماطها؟ وما هي مظاهر هذا التعاون؟ سنحاول الإجابة على الإشكالية السابقة وفقا للخطة التالية:

المطلب الأول: أهمية التعاون الدولي لمواجهة جرائم الفساد.

الفرع الأول: الزامية التعاون الدولي لمواجهة جرائم الفساد.

الفرع الثاني: سياسة التعاون الدولي لغرض اتساق التشريعات الداخلية المعنية بمواجهة الفساد.

المطلب الثاني: مظاهر التعاون الدولي لمواجهة جرائم الفساد

الفرع الأول: التعاون الأمني بين الدول لمواجهة جرائم الفساد

الفرع الثاني: التعاون القضائي بين الدول لمواجهة جرائم الفساد .

خاتمة.

المطلب الأول/أهمية التعاون الدولي لمواجهة جرائم الفساد

إن أهمية التعاون بين الدول في مجال مكافحة الفساد تبرز من خلال مدى

الزاميته من جهة، وكذا في مدى إمكانية وضع سياسة جنائية للتعاون الدولي قصد تحقيق اتساق التشريعات الجنائية الوطنية في مجال مكافحة الفساد من جهة أخرى، لاسيما في صورته العابرة للحدود الوطنية⁽¹⁾، وسيتم تناول هذين العنصرين فيما يلي:

الفرع الأول/ الزامية التعاون الدولي لمواجهة جرائم الفساد.

إن الطابع المحلي أو الوطني الذي تتسم به الوسائل التي تتخذها كل دولة على حدة في تشريعاتها الداخلية، سواء في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية، أو حتى في القوانين الخاصة لمواجهة الفساد -انطلاقا من مبدأ السيادة الإقليمية - يتناقض مع اتساع نطاق صفه العالمية لجرائم الفساد، واتجاه التنظيمات الإجرامية إلى التحالف فيما بينها لممارسة أنشطتها غير المشروعة دون تقييد بالحدود الجغرافية للدول⁽²⁾، ولكن تلك الحدود تعترض عمل السلطات المختصة بمكافحة الجريمة سواء كانوا من رجال الشرطة أو القضاء⁽³⁾، مما يحتم معه على الدول المختلفة أن تتعاون فيما بينها من خلال الاتفاقيات والترتيبات الدولية في إطار مبدأ المعاملة بالمثل وذلك لدرء الخطر المتزايد لهذا الإجراء المستحدث على المجتمع الدولي ككل⁽⁴⁾.

وفي هذا السياق صدرت العديد من الاتفاقيات الدولية، منها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وتعدّ هذه الاتفاقية من أكثر الاتفاقيات شمولاً وتفصيلاً لموضوع الفساد، وتولي الاتفاقية عناية خاصة بالتعاون الدولي ودوره في مكافحة جرائم الفساد من خلال تسهيل إجراءات تبادل المعلومات، (إنشاء وحدة المعلومات الاستخبارية) والإجراءات القضائية وتسليم المجرمين واسترداد الأموال والتدريب والمساعدة الفنية⁽⁵⁾.

وقبل ذلك تم توقيع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بمدينة باليرمو الإيطالية في ديسمبر سنة 2000، ودخلت حيز التنفيذ في 29/09/2003، والتي جاءت في مادتها الثامنة بتجريم الفساد، ثم تلتها المادة 09 بتدابير مكافحة الفساد ومن أهم هذه التدابير التعاون الدولي، الذي عنيت به المادة 13 من ذات الاتفاقية.

كما تعتبر الاتفاقيات الإقليمية ضد الفساد من أهم نتائج الجهود الدولية

الإقليمية الرامية لمكافحة الفساد، ومن أهم تلك الاتفاقيات:

أولاً/اتفاقية المجلس الأوروبي للقانون الجنائي بشأن الفساد لسنة 1999، وهي أول اتفاقية تسعى إلى تجريم الرشوة في القطاع الخاص، كما كانت هذه الاتفاقية أول من طالبت بمنح صفة مستقلة للكيانات، أو الأشخاص المعنيين بمكافحة الفساد حتى يصبحوا قادرين على ممارسة وظائفهم بكفاءة بعيداً عن أية ضغوط.

ثانياً/اتفاقية مكافحة الفساد بإعداد كل من منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وبنك التنمية الآسيوي في نوفمبر 2001م، وقعت عليها 17 دولة بمدينة طوكيو اليابانية، وقد وضع بنك التنمية الآسيوي خطة ضد الفساد تضمنت العديد من المسائل المتعلقة بالشفافية والعمل من أجل القضاء على الفساد، ومن هذه المسائل غسيل الأموال ومساءلة الشركات وإجراءات المراجعة وشفافية أنظمة الصفقات العمومية⁽⁶⁾.

ثالثاً/اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربه المعتمدة من رؤساء دول وحكومات الاتحاد الإفريقي بمابوتو عاصمة الموزمبيق في يوليو 2003⁽⁷⁾.

وعلى مستوى التشريع الجزائري فقد تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ضمن الباب الخامس، التعاون الدولي مخصصاً له المادة 57 منه التي نصت على أنه:

"ومع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل وفي حدود ما تسمح به المعاهدات والاتفاقيات والترتيبات ذات الصلة والقوانين، تقام علاقات تعاون قضائي على أوسع نطاق ممكن⁽⁸⁾، خاصة مع الدول الأطراف في الاتفاقيات في مجال التحريات والمتابعات والإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

وبطبيعة الحال، فإنّ التعاون الدولي في مكافحة جرائم الفساد الإداري يستوجب إتمامه بالأخذ بعين الاعتبار أمرين أساسيين:

1- عدم المساس بمبدأ السيادة الإقليمية للدولة.

2- ضمان حماية الحقوق والحريات الأساسية للأشخاص المشتبه فيهم أو المتهمين⁽⁹⁾.

الفرع الثاني/سياسة التعاون الدولي لغرض اتساق التشريعات الداخلية المعنية بمواجهة الفساد.

إنّ تباين واختلاف نصوص التشريعات الجنائية الوطنية المقررة لمواجهة جرائم الفساد، يعدّ من الصعوبات التي تواجه المجتمع الدولي في الحد من هذا النوع من

الإجرام⁽¹⁰⁾، لأنّ الجماعات الإجرامية تستغل هذا الاختلاف والتباين لارتكاب جرائمها عبر الدول التي يكون فيها الملاذ الآمن، أو يكون فيها خطر تطبيق القانون الجزائي على المجرمين فيها أقل منه في غيرها، ولذا كان من الضروري أن تتعاون الدول فيما بينها على نحو يجعل تلك الجماعات الإجرامية معرضة للعقاب في أية دولة تمارس فيها أنشطتها غير المشروعة، بحيث لا يفلت الجناة من العقاب أيا كان الإقليم الذي وقعت فيه الجريمة، وبصورة مماثلة أو على الأقل متقاربة.

وقصد تحقيق هذا الغرض، كان من الأهمية بمكان العمل للتوصل إلى مفاهيم مشتركة أو موحدة للجرائم الجسمية ذات الطابع الدولي⁽¹¹⁾، وأن تتضمن قوانين الجزاء الوطنية سواء على المستوى الإقليمي أو الدولي، الجرائم المستحدثة لمواجهة تحديات جرائم الفساد بجميع أنماطها خاصة الإداري والمالي، فالنص على مثل هذه الجرائم يتيح لقانون العقاب القضاء على بناء الجماعة الإجرامية لا سيما إن كانت منظمة، باعتبار أنّ مجرد وجود تلك الجماعة سيشكل في ذاته خطرا على المجتمع.

كما يستلزم الأمر تحقيق الاتساق بين التشريعات- أو النصوص القانونية- الجنائية الوطنية المتعلقة بمكافحة غسيل الأموال والرشوة لمنع المجرمين، من استغلال الثغرات التي تشوب بعض هذه التشريعات في هذا الشأن، والاتساق في مجال تجريم غسيل الأموال يشمل من ناحية التوسع في نطاق هذا التجريم بحيث لا يقتصر فقط على متحصلات جرائم الرشوة وإتّما يمتد أيضا إلى كافة الجرائم التي تنطوي على درجة معينة من الجسامة، كالاختلاس واستغلال النفوذ، ومن ناحية أخرى لا بد أن تنص التشريعات الداخلية على إلزام البنوك وغيرها من المؤسسات المصرفية بإبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المالية المشبوهة واعتبار الإخلال بها جريمة جنائية⁽¹²⁾.

وفي هذا يرى البعض من الفقه أنّ الجهود الدولية للتوفيق بين التشريعات الوطنية من الناحية الموضوعية -بغرض مواجهة جرائم الفساد، يجب أن يمتد بالموازاة إلى القوانين غير الجنائية كالقانون الإداري، لاسيما أنّ جرائم الفساد تتسم بالركن المفترض بان يرتكها موظف عمومي، وكذا القانون التجاري وقانون البنوك والتشريع الضريبي، تكملة للدور الذي يقوم به قانون العقوبات في هذا المجال⁽¹³⁾، مما

يعني أنه ينبغي العمل على تنسيق السياسات الوقائية التي تهدف إلى القضاء أو على الأقل الحد من مخاطر ارتكاب الجريمة.

وبالرجوع لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نجدتها قد عبرت عن المعنى السابق، أي أهمية اتساق السياسات الجنائية الوطنية لمواجهة جرائم الفساد، وذلك بحثها الدول الأطراف على التعاون في المسائل الجنائية، كما أوصت الدول على النظر حيثما كان ذلك مناسباً ومتسقاً مع نظامها القانوني الداخلي، في مساعدة بعضها البعض في التحقيقات والإجراءات الخاصة بالمسائل المدنية والإدارية ذات الصلة بالفساد⁽¹⁴⁾.

من جهتها عبرت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، على ذات المعنى أي ضرورة الاتساق بين التشريعات الوطنية- وذلك عندما حثت الدول الأطراف على اتخاذ الإجراءات اللازمة لتجريم العديد من صور الجريمة المنظمة في إطار قوانينها الداخلية، وعينت الاتفاقية بصفة خاصة على الرشوة أو الفساد الإداري سواء وقع من الموظف العام الوطني أو الأجنبي⁽¹⁵⁾.

ومما لا شك فيه أن مثل هذه الاتفاقيات الدولية تأثيرها على التشريعات الداخلية للدول الأطراف، على أساس أنها تفرض على المشرع الوطني التزاماً بإقرار ما ورد بها من نصوص دولية تتعلق بتجريم أفعال معينة، حتى يمكن للمحاكم الوطنية تطبيقها⁽¹⁶⁾. من جانب آخر وفي نفس السياق أثير التساؤل حول مدى إمكانية الأخذ بالاختصاص العالمي قصد ضمان ملاحقة مرتكبي الجريمة المنظمة، وهو يعبر عنه أيضاً بمبدأ عالمية النص الجنائي⁽¹⁷⁾، ومؤداه أنه يجوز لكل دولة يقبض على الجاني في أراضها أن تعاقبه وفقاً لأحكام قانونها على جريمة تم ارتكابها في الخارج وذلك أياً كان البلد الذي وقعت فيه هذه الجريمة⁽¹⁸⁾، أي دون التقيد بمبدأ الإقليمية، ولا مبدأ الشخصية، وعلى حتى بمبدأ عينية النص الجنائي.

وللإجابة على ذلك فإن الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وإلى جانب نصها على مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية الايجابية والسلبية، أخذت بمبدأ عالمية النص الجنائي، فأجازت بمقتضى المادة 42 من الاتفاقية ضمن الولاية القضائية في الفقرة الرابعة منها على أنه "يجوز لكل دولة طرف أيضاً أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير لإخضاع الأفعال

المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية لولايتها القضائية عندما يكون الجاني موجودا في إقليمها ولا تقوم بتسليمه "ويكفي في مراعاة أحكام المادة الرابعة من الاتفاقية التي تقضي بضرورة الحفاظ على السيادة الإقليمية للدول، وعدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية لأية دولة طرف بحجة تنفيذ الالتزامات المقررة بموجب هذه الاتفاقية.

وقبل ذلك ذهبت في نفس السياق المادة 15/2 من اتفاقية باليرمو لعام 2000 المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية إلى إقرار هذا المبدأ، إذ أجازت لكل دولة طرف أن تقرر اختصاصها بنظر هذه الجرائم عندما ترتكب في الخارج من شخص يقيم في الدولة على نحو معتاد⁽¹⁹⁾.

كما تضمنت المادة 57 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أهم محاور التعاون الدولي على مستوى التحري والمتابعة في إطار ما تسمح به الاتفاقيات والترتيبات ذات الصلة والقوانين، على أن يكون هذا التعاون على أوسع نطاق ممكن، وبذلك تكون الجزائر قد تبنت مبدأ ضرورة اتساق التشريع الداخلي مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، إيماناً منها بحتمية الالتزامات التي قبلت بها من خلال المصادقة والتوقيع على تلك الاتفاقيات، والشيء الذي يترتب على هذا الاتساق يبرز بشكل عملي في إطار التعاون الدولي على المستوى الأمني والقضائي، وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي :

المطلب الثاني/مظاهر التعاون بين الدول لمواجهة جرائم الفساد

كما سبق ذكره فإنّ تبني الدول مبدأ اتساق التشريع الداخلي مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية- يقينا منها بحتمية الالتزامات التي قبلت بها من خلال المصادقة والتوقيع على تلك الاتفاقيات- يتطلب على الصعيد العملي تبيان هذا الاتساق من خلال إبراز مظاهر التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم الفساد، والتي يمكن تقسيمها على المستويين الأمني والقضائي، وهو ما سنتطرق إليه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول/التعاون الأمني بين الدول لمواجهة جرائم الفساد

تعدّ منظمة الشرطة الجنائية الدولية من أهم العناصر المكونة للمجهود الدولي لمكافحة الفساد، وفي الجمعية العامة للمنظمة التي عقدت في الكامبيرون سنة 2002م التي شارك فيها ممثلون لـ 169 دولة، التزم الحضور بتبني مقاييس عالمية شاملة لمكافحة الفساد في مرافق الشرطة وفرقها الميدانية، وتعتبر هذه المقاييس-رغم أنّها غير

ملزمة قانوناً-ضرورة لأجهزة مهمتها الأساسية تبادل معلومات حساسة وخطرة، وستتولى منظمة الشرطة الجنائية الدولية مهمة المراقبة على هذه المقاييس، وتقديم الدعم للدول التي ترغب التطبيق في شكل برامج للتدريب والمدربين المتخصصين في هذا المجال⁽²⁰⁾.

أولاً/ دور الانتربول في مواجهة جرائم الفساد

تأسست المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول) في فيينا سنة 1923 تحت اسم اللجنة الدولية للشرطة الجنائية⁽²¹⁾، ثم اتخذت اسمها الحالي⁽²²⁾، في عام 1956⁽²³⁾، ويقع مقرها في مدينة ليون Lyon بفرنسا، ويبلغ عدد أعضائها 177 دولة وتمثل المهمة العامة للمنظمة كما نصت عليه المادة الثانية من ميثاقها في:

1- تطوير المساعدة المتبادلة، وعلى أوسع نطاق بين سلطات الشرطة الجنائية في إطار القوانين المعمول بها في مختلف الدول، وعلى ضوء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

2- إنشاء وتطوير كافة النظم الفعالة للوقاية والعقاب على جرائم القانون العام.

ووفقاً للمادة الثالثة من الميثاق المذكور، يحظر على الانتربول التدخل في الشؤون ذات الطابع السياسي أو العسكري أو الديني أو العرقي أو ممارسة أي نشاط من هذا القبيل.

وتعدّ منظمة الانتربول من أهم وأكبر شبكة اتصالات لتبادل المعلومات الشرطية على مستوى العالم بين رجال الشرطة في الدول الأعضاء⁽²⁴⁾.

وتمارس المنظمة عملها عن طريق مكاتبها المتواجدة في كل دولة من الدول الأعضاء، وتعتبر هذه المكاتب أساس التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، إذ تقوم بجمع البيانات اللازمة حول الجريمة، وتبادلها مع المكاتب الأخرى الموجودة في الدول الأعضاء.

ثانياً/ وسائل التعاون الشرطي بين الدول لمكافحة الجريمة

بالإضافة إلى تبادل المعلومات فيما بين أجهزة الشرطة في الدول المعنية بشأن التنظيمات الإجرامية وما ترتكبه من جرائم، وهي الوسيلة التي يركز عليها الانتربول كما سبق ذكره، فقد أشار المؤتمر الدولي السادس عشر لقانون العقوبات الذي عقد في بودابست سنة 1999، إلى التطور الملحوظ في مجال التعاون الدولي الشرطي لمكافحة الجريمة، لاسيما استخدام وسائل أو قنوات جديدة منها: ضباط الاتصال، وفرق

الاستدلال المشتركة التي يتكون أعضاؤها من ضباط شرطة لعدة دول، والأجهزة الشرطة الإقليمية (مثل نظام الأوروبول في أوروبا) واستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة لنظام المراقبة عبر الحدود بواسطة الأقمار الصناعية وأوصى المؤتمر بضرورة أن تكون هناك رقابة قضائية على الإجراءات التي يقوم بها رجال الشرطة وبخاصة الإجراءات التي تنطوي على مساس بحقوق وحرية الأفراد، وبطبيعة الحال ينبغي دائماً الحفاظ على السيادة الإقليمية، وهو ما يقتضي حظر قيام الشرطة من دولة معينة بأي إجراءات استدلال أو تحقيق بشأن جريمة على إقليم دولة أخرى دون موافقة هذه الأخيرة⁽²⁵⁾.

وأنّ أية أدلة يتم الحصول عليها بالمخالفة للقوانين الداخلية للدولة، فإنّها تكون غير مشروعة ويتعين بالتالي استبعادها⁽²⁶⁾.

وقد أوصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على التعاون الشرطي بين الدول الأطراف لمواجهة جرائم الفساد المنصوص عليها في الاتفاقية، وذلك في المادة 48 منها والتي تقضي بأن "تتعاون الدول الأطراف بصورة وثيقة بما يتوافق مع نظمها القانونية والإدارية الداخلية كي تعزز فاعلية تدابير نفاذ القانون من أجل مكافحة الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية وتتخذ الدول الأطراف على وجه الخصوص تدابير فعالة لأجل:

1- تعزيز قنوات الاتصال بين سلطاتها وأجهزتها ودوائرها المعنية، وإنشاء تلك القنوات عند الضرورة، من أجل تيسير تبادل المعلومات بطريقة آمنة وسريعة عن كل جوانب الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية.

2- تبادل المعلومات عند الاقتضاء مع الدول الأطراف الأخرى بشأن وسائل وطرائق معينة تستخدم في ارتكاب جرائم الفساد، بما في ذلك استخدام هويات زائفة أو وثائق مزورة أو زائفة أو غيرها من وسائل إخفاء الأنشطة.

3- تسهيل التنسيق الفعال بين سلطاتها وأجهزتها ودوائرها المعنية، وتشجيع تبادل العاملين وغيرهم من الخبراء، بما في ذلك تعيين ضباط اتصال رهنا بوجود اتفاقات أو ترتيبات ثنائية بين الدول الأطراف المعنية.

4- تبادل المعلومات وتنسيق ما يتخذ من تدابير إدارية وتدابير أخرى - حسب الاقتضاء لغرض الكشف المبكر عن الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية.

وأضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه على الدول الأطراف أن تنظر في إبرام اتفاقيات أو ترتيبات ثنائية أو متعددة الأطراف تنص على التعاون المباشر بين أجهزتها المختصة بإنفاذ القانون، وفي حالة عدم وجود مثل هذه الاتفاقيات أو الترتيبات بين الدول الأطراف المعنية، يجوز اعتبار الاتفاقية (اتفاقية مكافحة الفساد) أساسا للتعاون المتبادل في المجال المذكور.

ثالثا/ جهاز الشرطة ومكافحة الجريمة الاقتصادية والمالية في الجزائر

تقوم مديرية الشرطة القضائية على المستوى المركزي ممثلة في المديرية الفرعية للقضايا الاقتصادية والمالية SDAEF بالإشراف على كل ما يتعلق بالجرائم الاقتصادية والمالية وطنيا، ولكن بدون أدوات مركزية فعالة، وتقوم على المستوى الإقليمي المصالح الولائية للشرطة القضائية (الفرق الاقتصادية والمالية) بمهمة التحقيقات ومعالجة القضايا الطارئة محليا، أما على صعيد التعاون بين مصالح الدرك الوطني والشرطة في مجال مكافحة الجريمة الاقتصادية والمالية الكبرى، فنلاحظ أنّ هذا التعاون غير موجود تماما لانعدام هيكل تنسيق قارة ونفس الأمر بالنسبة للتعاون مع أجهزة الرقابة الأخرى⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني/التعاون القضائي بين الدول لمواجهة جرائم الفساد

لقد حرصت الدول - منذ زمن طويل - تحقيقا لمصلحتها المشتركة على عدم إفلات المجرمين من العقاب، وذلك بإبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف بشأن التعاون القضائي فيما بينها في المجال الجنائي بصفة عامة⁽²⁸⁾، واتخذت كمظاهر لهذا التعاون صورا متنوعة، كالإنابة القضائية، وتسليم المتهمين، ونقل المحكوم عليهم والاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية وتنفيذها... الخ، إلا أنّ التحديات الكبيرة التي تفرضها الجريمة المستحدثة اليوم، بالإضافة إلى أنّها زادت من أهمية التعاون القضائي الدولي كأداة فعالة للمساهمة في مكافحة الجريمة، فإنّها تقتضي ضرورة تيسير القواعد التي تحكم الوسائل التقليدية لهذا التعاون، واستحداث وسائل أخرى لتعزيزه⁽²⁹⁾.

وفي ضوء ذلك سنقسم هذا الفرع إلى عنصرين نتناول في الأول قواعد التعاون القضائي الدولي لمواجهة جرائم الفساد في شكلها المبسط، كما يتضح من بعض الاتفاقيات الدولية وفي مقدمتها اتفاقية مكافحة الفساد، بينما نتناول في العنصر الثاني

الوسائل الجديدة المتخذة لتفعيل هذا التعاون القضائي الدولي. أولاً/قواعد التعاون القضائي الدولي لمواجهة جرائم الفساد

يعتبر التعاون القضائي ضرورة في مكافحة الجريمة لاسيما العابرة للحدود الوطنية ويأخذ هذا التعاون عدة أشكال: مثل تبادل الخبرات والمعلومات القضائية والمساعدة التقنية أو الإنابة القضائية أو المصادرة أو تسليم المجرمين أو الاعتراف بالأحكام الجنائية، أو نقل الإجراءات وغير ذلك من صور التعاون القضائي التي سنتناولها في النقاط التالية:

1- المساعدة القضائية المتبادلة.

تقضي المادة 46 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، بأنه على الدول الأطراف أن تقدم كل منها للأخرى أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات، والإجراءات القضائية المتصلة بالجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، ويمكن أن تطلب المساعدة القضائية للأغراض التالية حسبما هو وارد في الفقرة الثالثة من المادة 46 من الاتفاقية:

أ. أخذ شهادة الشهود أو إقرارات الأفراد.

ب. إعلان الأوراق القضائية.

ت. إجراء التفتيش والضبط والتجميد.

ث. فحص الأشياء ودخول الأماكن.

ج. توفير المعلومات والمستندات وتقارير الخبراء.

ح. توفير النسخ الأصلية للمستندات أو صور منها مصادق عليها، بما في ذلك المستندات الإدارية والبنكية والمالية والتجارية، وسجلات الشركات.

خ. تحديد ماهية متحصلات الجريمة وأماكنها والأموال والأدوات أو غيرها من الأشياء بغرض جمع الأدلة.

د. تسهيل الحضور الاختياري للأشخاص إلى الدولة طالبة للمساعدة في الإجراءات الجنائية المتعلقة بالجرائم المشمولة بالاتفاقية.

ذ. تقديم أية صورة أخرى للمساعدة في هذا الشأن، ويتفق مع القانون الداخلي للدولة الطرف المطلوب إليها.

ولا يجوز، كما تنص الفقرة الثامنة من المادة المذكورة للدول الأطراف الاستناد إلى مبدأ سرية الحسابات البنكية، لرفض تقديم المساعدة القضائية المنصوص عليها في هذه المادة.

ومن الأحكام الهامة التي قررتها اتفاقية مكافحة الفساد لتبسيط شروط تقديم المساعدة القضائية في مجال مكافحة جرائم الفساد، أنها أجازت للدول الأطراف بمقتضى الفقرة 9 من المادة 46 الاستناد إلى عدم توافر شرط ازدواجية التجريم لرفض الاستجابة لطلب هذه المساعدة، ولكنها مع ذلك، أجازت في هذه الحالة للدولة المطلوب إليها أن تقدم المساعدة القضائية المطلوبة إذا كانت الواقعة المرتكبة تشكل في قانونها الداخلي جريمة⁽³⁰⁾.

ومن صور المساعدة القضائية التي نصت عليها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أيضا، أنها وبموجب الفقرة 10 من المادة 46- أجازت نقل الأشخاص المسجونين المحكوم عليهم بعقوبة سالبة للحرية (ويخضعون لتنفيذها) في إقليم دولة طرف في الاتفاقية إلى دولة طرف أخرى، لتأدية الشهادة أو لتقديم أية مساهمة أخرى للحصول على أدلة في التحقيقات أو إجراءات المحاكمة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية⁽³¹⁾ ويشترط في ذلك موافقة ذلك الشخص الذي يراد نقله إلى الدولة الطالبة، مما يفترض علمه بالغرض من النقل، وموافقة السلطات المختصة في الدولتين المعنيتين (المادة 46/ف10)، وهنا على الدولة التي ينقل إليها المحكوم عليه (الطالبة) أن تبقى عليه محبوسا، ما لم تطلب الدولة التي نقل منها، أو تجيز غير ذلك، على أن تخصص مدة هذا الحبس من مدة العقوبة المحكوم بها، كما تلتزم الدولة الطالبة بأن تعيد هذا الشخص بدون تأخير إلى الدولة التي نقل منها طبقا للاتفاق المسبق بين الدولتين، ولتسهيل إجراءات طلب المساعدة القضائية المتبادلة بين الدول، تنص الاتفاقية على أنه على " كل دولة طرف أن تحدد السلطة -أو السلطات- المركزية التي تتولى مسؤولية تلقي طلبات المساعدة، سواء لتنفيذها مباشرة أو لإحالتها إلى الجهة المختصة بتنفيذها وذلك دون الإخلال بحق أية دولة طرف من أن تشترط تقديم مثل هذه الطلبات أو أي اتصال بشأنها بالطرق الدبلوماسية، وفي حالة الاستعجال

وبموافقة الدول الأطراف عن طريق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، إذا كان ذلك ممكناً (المادة 46/ف 13).

2- شروط تسليم المجرمين في مجال جرائم الفساد

من المقرر أنه يشترط لإمكان تسليم المجرمين أن يكون الفعل المرتكب والذي يستند إليه طلب التسليم، مجرماً بموجب القوانين الداخلية للدولتين الطالبة والمطلوب إليها، وهذا ما يعبر عنه بشرط " ازدواج التجريم " ⁽³²⁾، " La double incrimination " وإن كانت أغلب الدول لا تعتد- في هذا الصدد- بما قد يوجد بين تشريعاتها الداخلية من اختلاف في التكييف القانوني للجريمة المنسوبة إلى المتهم المطلوب تسليمه، وتشترط العديد من الاتفاقيات الدولية أن تكون هذه الجريمة على درجة معينة من الجسامه، فتقتصر مجال التسليم على الجنايات والجناح المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنة ⁽³³⁾.

ويعرف تسليم المجرمين بأنه عمل بمقتضاه تقوم الدولة التي لجأ إلى أرضها شخص متهم أو محكوم عليه في جريمة، بتسليمه إلى الدولة المختصة بمحاكمته أو تنفيذ العقوبة عليه ⁽³⁴⁾.

ويدخل تسليم المجرمين في القانون الدولي العام، لأنه يقتضي وجود علاقة بين دولتين بمناسبة جريمة ترتكب عادة في بلاد واحدة منهما، من شخص لجأ إلى بلاد أخرى، ولذا فإنّ القواعد الخاصة بالتسليم ليس فيها شيء مطلق أو ثابت، فهي تنتج إما عن العادات أو القوانين المحلية وإما عن المعاهدات الدولية ⁽³⁵⁾.

وحثت الاتفاقية الدول الأطراف عموماً على السعي إلى إبرام اتفاقيات أو ترتيبات ثنائية ومتعددة الأطراف، بشأن تسليم المجرمين أو لزيادة فعاليته (م 18/44)، ويجب التأكيد على ضرورة تمتع الخاضع للتسليم في مجال جريمة الفساد، كما في غيرها بمحاكمة عادلة فلا يجوز أن يترتب على القول بتبسيط إجراءات تسليم المجرمين في هذا المجال، الإخلال بالضمانات المقررة لحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية ⁽³⁶⁾، وفي هذا نصت المادة 14/44 من اتفاقيات مكافحة الفساد على وجوب أن تكفل للمتهم الخاضع للتسليم في كافة مراحل الإجراءات، جميع الحقوق والضمانات

التي ينص عليها القانون داخل الدولة الطرف التي يوجد ذلك الشخص في إقليمها، كما لا تجوز محاكمة الشخص عن ذات الفعل المرتكب مرتين.

وأكدت الاتفاقية السابقة أنه لا يوجد ثمة التزام على الدولة الطرف التي تلقت طلب التسليم بأن تستجيب له، إذا ما توفر لديها أسباب وجيهة للاعتقاد بأن الطلب المقدم إليها يهدف إلى ملاحقة الشخص بسبب جنسه أو عرقه أو دينه أو جنسيته أو آرائه السياسية أو أن التسليم سوف يلحق ضرراً بهذا الشخص لأي سبب من الأسباب (المادة 15/44).

ووفقاً للفقرة 13 من المادة 44، فإن لكل دولة طرف يوجد في إقليمها شخص متهم بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية وترفض تسليمه، أن تتخذ التدابير التشريعية اللازمة لتقرير اختصاصها بالفصل في هذه الجرائم، وهذا الفرض يتعلق بالشخص الأجنبي الذي وجد في إقليم دولة معينة (المطلوب إليها التسليم) وأتهم بارتكاب جريمة فساد في دولة أخرى (الطالبة)، وترى الدولة الأولى عدم ملائمة تسليمه.

أما بالنسبة للمواطنين، فغالبية النظم القانونية الداخلية للدول ترفض تسليمهم⁽³⁷⁾. وفي هذه الحالة (عدم تسليم المواطن المتهم بارتكاب إحدى جرائم الفساد)، وكما تقتضي المادة 11/44 تلتزم الدولة - التي ينتهي إليها المتهم المطلوب تسليمه، وبناء على طلب الدولة الطرف طالبة بأن تعرض الوقائع المنسوبة إلى المتهم بدون تأخير على سلطاتها المختصة بغرض ملاحقته عنها، وأن تتعاون الدول الأطراف المعنية فيما بينها وبخاصة في مجال الإجراءات والأدلة لضمان فعالية الملاحقة، وعلى أي حال فإن معالجة هذا الغرض (حتى لا يفلت المجرم من العقاب بسبب عدم جواز تسليمه) تتم في كثير من الدول تطبيقاً لمبدأ شخصية قانون العقوبات⁽³⁸⁾.

ثانياً/ الوسائل الجديدة لتعزيز التعاون القضائي الدولي في مواجهة جرائم الفساد إنَّ الرغبة الملحة للدول قصد تدعيم التعاون المتبادل بين سلطاتها القضائية بغرض القضاء على الأخطار المتزايدة للجريمة المنظمة، أدت إلى استحداث عدة وسائل في هذا المجال أهمها ما يلي:

1/ إقرار نظام الاتصال المباشر بين السلطات القضائية المختصة في الدول المعنية:

وذلك بدلا من الطريق الدبلوماسي لضمان سرعة إنجاز الإنابات القضائية بصفة

عامة، كذلك يعد نظام قضاة الاتصال "Magistrat de liaison" من الوسائل التي تحقق الاتصال المباشر بين القضاة في الدول المختلفة⁽³⁹⁾، وهو يفترض وجود اتفاقيات ثنائية بين الدولتين المعنيتين، ويكفل سرعة البت في طلبات المساعدة القضائية المتبادلة وتسليم المتهمين.

2/ انتقال أعضاء النيابة العامة أو القضاة

من دولة معينة، أو دول- إلى دولة - أو دول- أخرى (بناء على موافقة هذا الأخيرة) لإتخاذ أو المساهمة في الإجراءات الجنائية المتعلقة بجمع الأدلة بشأن جرائم الفساد، مثل سماع الشهود، أو استجواب بعض المشتبه فيهم

3/ استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة

قصد تسهيل التعاون القضائي بين الدول، ومثال ذلك السماح للقاضي في دولة معينة بسماع الشهود في دولة أخرى عن طريق الدوائر التلفزيونية بدلاً من الانتقال، وتحقق هذه الوسيلة عدة أغراض منها توفير الوقت والجهد.

4/ جواز تنفيذ الإنابة القضائية

وفقاً للأحكام الإجرائية المنصوص عليها في قوانين الدولة الطالبة، وذلك خلافاً للقاعدة التي تقضي بأن تنفذ هذه الإنابة طبقاً لقانون الدولة المطلوب إليها -تقيداً بمبدأ الإقليمية- ولكن الاتفاقية الدولية الحديثة، حاولت التخفيف من حدة هذه القاعدة، فأجازت للقاضي في الدولة المطلوب إليها المساعدة تنفيذ الإنابة القضائية وفقاً للإجراءات الواجبة الإلتباع في قانون الدولة الطالبة. وذلك في الحالات التي لا يوجد فيها تعارض مع المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية في دولته، وهذه الوسيلة الجديدة تسهل استعمال الأدلة التي تم الحصول عليها عن طريق الإنابة القضائية أمام محاكم الدولة الطالبة، وهو ما لا يمكن تحقيقه في كثير من الأحوال عند تطبيق قانون الدولة المطلوب إليها⁽⁴⁰⁾.

خاتمة

تناولنا في هذه الدراسة موضوع ضرورة التعاون بين الدول لمواجهة جرائم الفساد بمختلف أنماطها، والتي أصبحت من أكثر الجرائم خطورة على المجتمع، إذ بات الفساد عيباً من العيوب التي توصم مؤسسات الديمقراطية وقيمها، والقيم الأخلاقية والعدالة

ويعرض التنمية المستدامة وسيادة القانون للخطر.

ومن خلال دراستنا للموضوع، تم التوصل إلى أهم النتائج التالية:

أولاً/ إنَّ قانون العقوبات الجزائري في صورته السابقة قبل التعديل بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لم يكن له القدرة الكافية والإحاطة الوافية، في التصدي لتطور جرائم الفساد الإداري، لاسيما أمام الاتجاه الدولي الحديث في إطار عولمة القواعد القانونية ومواجهة خطر الإجرام العالمي المعاصر.

ثانياً/ لقد تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تدابير للتعاون بين الدول سواء في مجال التحقيق الأمني المشترك أو على مستوى التحقيق القضائي، وهي تدابير اقتضتها طبيعة وظروف جرائم الفساد، كما اقتضتها من جانب آخر التعهدات الدولية التي التزمت الجزائر بالخضوع لها من خلال المصادقة على أهم الاتفاقيات التي عنيت بموضوع الفساد.

ثالثاً/ إنَّ للتعاون بين الدول في مجال مواجهة جرائم الفساد أهمية بالغة على المستويين الأمني والقضائي، وفي ذلك ضمانة أساسية لملاحقة مرتكبي هذا النوع من الإجرام وعدم إفلاتهم من المساءلة الجزائية، ويستشف ذلك من خلال الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بأطر هذا التعاون وأساليبه.

رابعاً/ إنَّ سبل القضاء على جرائم الفساد أو على الأقل التخفيف من مخاطرها، والتي هي في ذات الوقت تعدّ من الضمانات التي تتعلق بحماية الأفراد من مواطني الدولة في مواجهة الإدارة، أو السلطات العامة المختلفة، يتطلب تضافر جميع الجهود من سلطات معنية، وإشراك وسائل التعاون الدولي.

المقترحات:

في ضوء النتائج السابقة توصي الدراسة بما يلي :

أولاً/ مراقبة ورصد التطورات الجديدة والمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، الحديثة العهد على الصعيد الوطني والإقليمي والعالمي، حيث ظهرت أبعاد جديدة للجريمة، مما يستدعي معه القول أنّ على المشرع توسيع وتكثيف أطر وآليات التعاون الدولي لمواجهة الإجرام الاقتصادي المعاصر، لاسيما جرائم الفساد.

ثانياً/ المشاركة الفاعلة في الندوات والمؤتمرات الدولية والإقليمية التي تعنى بموضوع

الفساد، والإطلاع على التقنيات المختلفة في التجريم والعقاب والوقاية، مع إبراز موقف التشريع اتجاه الفساد .

ثالثا/منح الصلاحيات الواسعة لجهات مكافحة الفساد -على الصعيدين الشرطي والقضائي- في جميع مراحلها سواء قبل وقوعه أو بعده بما يكفل قيامها بأعمالها على أحسن وجه.

وخلاصة القول فإننا نعتقد بأنّ للتعاون الدولي بين الدول في مجال مواجهة جرائم الفساد أهمية بالغة، بالنظر لتكاثر الجهود الدولية في هذا الموضوع ومن ثم محاولة إيجاد قواعد قانونية ذات صبغة إلزامية، تمكن من متابعة مرتكبي هذا النوع من الجرائم وعدم منحهم الفرصة للإفلات من العقاب . وهو ما يشكل ضمانا أساسية في لتحقيق العدالة، وهذا مع ضرورة حماية واحترام مبدأ السيادة.

الهوامش:

(1) محمد محي الدين عوض، الجريمة المنظمة، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، المجلد العاشر، العدد 19، 1416هـ، ص31.

(2) Borricand Jacques, la criminalité organisée transfrontière, aspects juridiques, pp165.

أشار إليه الشريف سيد كامل، الجريمة المنظمة في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2001، ص252.
(3) أعمال الندوة العربية التي أقامها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (سيراكوزا-إيطاليا) في الفترة من 5 إلى 11/12/1993، حول موضوع التعاون القضائي في المجال الجنائي في العالم العربي، دار العلم للملايين، 1994.

(4) Pisani Mario, criminalité organisée et coopération internationale, R.I.D.P,1999,pp551et ss

وأضيا أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، 2001، ص170.
(5) محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1428هـ، 2007 م، ص143.

(6) محمد الأمين البشري، نفس المرجع، ص ص 151، 152.

(7) صادقت الجزائر على الاتفاقية بموجب مرسوم رئاسي رقم 137/06 مؤرخ في 10/04/2006، ج ر عدد 24، 2006، ص3.

(8) وفي هذا الصدد أبرمت الجزائر العديد من الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال الجنائي ومنها على سبيل الخصوص :

-الإتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية والمملكة البريطانية وإيرلندا الشمالية، الموقعه بلندن في 11 يوليو 2006 والمصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم: 465/06 المؤرخ في: 11/12/2006، ج ر عدد 11، صادرة في: 13/12/2006، ص9.

-الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وحكومة الكونغو الديمقراطية السويسرية، الموقعه بالجزائر في 03 يوليو 2006 والمصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم: 473/06 المؤرخ في: 11/12/2006، ج ر عدد 20، صادرة بتاريخ: 13/12/2006، ص11.

(9) الشريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 253.

(10) Kendall Raymond, Interpol et la lutte contre la criminalité organisée, transnationale, p 229.

(11) Queloz Nicolas, les action internationale de lutte contre la criminalité organisée, R.S.C, 1997, p784.

(12) عبد المنعم التهامي، سرية الأعمال المصرفية، كلية التجارة وإدارة الأعمال، جامعة حلوان، جمهورية مصر العربية، ص ص 25، 26.

(13) الشريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 256.

(14) المادة 43/ ف1 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

(15) المادة 08 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

(16) Borricand jacques, Ibidem, p 175.

(17) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 06، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 140/ انظر أيضا أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1996، ص 111.

(18) مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، طبعة 4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 80.

(19) الشريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 258.

(20) محمد الامين البشري، مرجع سابق، ص 145/. وانظر أيضا موقع: www.INTERPOL.in/speeches.

(21) la commission internationale de police criminelle.

(22) l'organisation internationale de police criminelle, Interpol.

(23) ترجع الأصول التاريخية لنشأة الإنتربول إلى سنة 1914، وذلك خلال المؤتمر الأول للشرطة القضائية الذي عقد في موناكو في الفترة بين 14-18 ابريل العام المذكور، والذي حضره عدد من رجال القانون والشرطة من 14 دولة، ومن الموضوعات التي طرحت في هذا المؤتمر انشاء مركز دولي للتسجيل الجنائي وتوحيد إجراءات تسليم المتهمين.

(24) الأثر، مجلة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، أنتربول، عدد 469، 1988م، ص 2.

(25) للأسف فإن بعض الدول خالفت هذا المبدأ استنادا إلى قوتها العسكرية، وقامت بانتهاك السيادة الدولية للوطنية للدول.

(26) الجدير بالملاحظة أنّ هناك بعض الاتفاقيات الدولية، تجيز للشرطة في دولة أن تتدخل للعمل على إقليم دولة طرف أخرى دون إذن مسبق، وذلك في حالة الضرورة، وبشروط خاصة.

(27) ميراى بالسترازي (نائب مدير المعهد الوطني للشرطة الجنائية)، مكافحة الإجرام الاقتصادي والمالي الكبير وتبييض الأموال في سياق عولمة الاقتصاد، محاضرة القيت بالمعهد الوطني للشرطة الجنائية، مديرية الشرطة القضائية، المديرية العامة للأمن الوطني الجزائري، 2001، ص 22.

(28) انظر أعمال الندوة العلمية حول التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي في العالم العربي " التي أقامها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (سيراكوزا-إيطاليا) في ديسمبر 1993، دار العلم للملايين، طبعة 94/ وانظر أيضا عبد الرؤوف مهدي، التعاون الدولي في مجال الإجراءات الجنائية، باللغة الفرنسية، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات العليا، أكاديمية مبارك للأمن، العدد 2، 2000، ص 538 وما بعدها.

(29) الشريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 275.

(30) الشريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 277.

⁽³¹⁾ ويلاحظ في هذا الصدد أنّ اتفاقية مكافحة الفساد نصت أيضا على التعاون الدولي في مجال نقل الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة الحبس، أو بأشكال أخرى من الحرمان من الحرية بغرض تنفيذ ما تبقى من من العقوبة (المادة 45 من الاتفاقية).

⁽³²⁾ اسكندر غطاس، تسليم المجرمين في القانون المصري، ندوة التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي في العالم العربي، المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (سيراكوزا، إيطاليا)، 1993، دار العلم للملايين، 1994، ص 160.

⁽³³⁾ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص 558.

⁽³⁴⁾ جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، ج 2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 2008، ص 590.

⁽³⁵⁾ وفي هذا المجال تم إبرام اتفاقية دولية بشأن تسليم المجرمين بين الجمهورية الجزائرية وحكومة المملكة المتحدة البريطانية العظمى، وأيرلندا الشمالية الموقعة في لندن بتاريخ 11 يوليو 2006، وتم التصديق على هذه الاتفاقية بمرسوم رئاسي رقم: 464/06 المؤرخ في 2006/12/11، ج ر عدد 81 تاريخ: 2006/12/13، ص 4.

⁽³⁶⁾ الشريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 282.

⁽³⁷⁾ عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص 551.

⁽³⁸⁾ الشريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 284.

⁽³⁹⁾ وهناك أيضا نظام "السلطة المركزية" التي تحددها كل دولة لكي تكون هي المسؤولة عن طلبات التعاون القضائي الدولي، وقد نصت عليها المادة 13/46 اتفاقية مكافحة الفساد.

⁽⁴⁰⁾ الشريف سيد كامل، المرجع السابق، ص 288، 289.

الهيئات التعاهدية كألية للحماية الدولية لحقوق الإنسان: اللجنة المعنية بحقوق الإنسان نموذجاً*

SERAGHNI Bouzid, Doctorant
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.

سراغني بوزيد، طالب دكتوراه
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

اتخذت مسألة حقوق الإنسان بعدا دوليا بدخول ميثاق الأمم المتحدة حيز التنفيذ في أكتوبر 1945، أُنشئت هيئات ضمن الميثاق تعنى بحقوق الإنسان، تعرف بالهيئات المنبثقة عن الميثاق، كما أنّ آليات رقابة تنفيذ أنشئت، بمقتضى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، لتقييم أداء الدول، عبر نظام التقارير واستلام ودراسة الشكاوى. أثبت الواقع عدم كفاية هذه الآليات، في تحقيق الحماية المطلوبة، ما استدعى الخبراء إلى طرح أفكار جديدة لاستدراك النقص الحاصل.

الكلمات المفتاحية:

الحماية الدولية لحقوق الإنسان- اللجان التعاهدية- معاهدات حقوق الإنسان- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان- الشكاوى الفردية- التقارير الدورية- التقارير الأولية- التقارير اللاحقة.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2015/06/22 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/01/10 وقُبل للنشر بتاريخ 2016/05/02.

Treaty bodies as a mechanism of international protection of human rights : The Human Rights Committee as a model

Abstract:

The issue of human rights has taken an international dimension from entering the Charter into force in October 1945. The Charter had created bodies to protect human rights, known as organs emanating from the Charter. Also the international conventions of human rights have created monitoring tools , evaluation and verification of complaints.

Practice has proved the inadequacy of these mechanisms to provide the necessary protection; to address the shortage, experts suggest new idea to avoid this shortcomings.

key words:

International Protection of Human Rights, The treaty bodies, The international instruments on human rights, International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, Individual complaints, Periodic reports, Initial reports, Subsequent reports.

Les organes de traités comme un mécanisme de protection internationale des droits de l'Homme : Le Comité des droits de l'homme comme un modèle

Résumé:

La question des droits de l'homme a pris une dimension internationale depuis l'entrée en vigueur de la Charte des Nations-Unies en Octobre 1945. La Charte avait créé des organes pour protéger les droits de l'homme, connus sous le nom des organes émanant de la Charte. Aussi, les conventions internationales des droits de l'homme ont créé des instruments de suivi, d'évaluation et de vérification des plaintes.

La pratique a prouvé l'insuffisance de ces mécanismes à assurer la protection nécessaire...pour y remédier, les experts ont proposé de nouvelles idées.

Mots clés:

Protection internationale des Droits de l'homme, les organes conventionnels, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, pacte international relatif aux droits civils et politiques, Comité des droits de l'Homme, plaintes individuelles, rapports périodiques et rapports initiaux, rapports ultérieurs.

مقدمة

اتخذت حقوق الإنسان بعدا دوليا، بدخول ميثاق الأمم المتحدة حيز النفاذ في أكتوبر 1945، شكل الميثاق نظاما قانونيا دوليا لحمايتها، حين أشار إليها في سبعة مواطن، منها الديباجة، التي أكدت إيمانها بهذه الحقوق، لكن هذه الإشارات جاءت خالية من أي تعريف لها، كما أنها لم تنص على آلية للرقابة على تنفيذها.

تداركا لهذا النقص، قامت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بصياغة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذا خمسة موثيق مهمة هي: العهد الدولي الخاص بالحقوق

المدنية والسياسية مع بروتوكولين ملحقين به؛ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وبرتوكوله الاختياري الملحق به.

استحدثت هذه الصكوك وغيرها آليات لتقييم الأداء الحكومي⁽¹⁾ والتحقق من الشكاوى، بحث التوصيات التي تساعد على حل المشكلات ووضع حد للانتهاكات⁽²⁾.

يحاول المقال البحث في مدى فعالية الهيئات التعاقدية في حماية حقوق الإنسان، متخذاً من اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أنموذجاً للدراسة. حيث نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في مادته (28) على إنشاء اللجنة المعنية بحقوق الإنسان⁽³⁾، جاعلاً لها أربع اختصاصات: تلقي ونظر الشكاوى التي تقدمها دولة طرف، تدعي أنّ طرفاً آخر لا يلتزم بنصوص العهد⁽⁴⁾، وتلقي ونظر الشكاوى الأفراد الذين يدعون انتهاك حقوقهم من دولة طرف في العهد وبروتوكوليه⁽⁵⁾، وإصدار التعليقات والملاحظات الختامية، وأخيراً تلقي ودراسة التقارير التي تلتزم الدول الأطراف بتقديمها⁽⁶⁾.

إجابة على الإشكالية، ركّزنا على دراسة أهم اختصاصين للجنة، استلام ودراسة التقارير (المبحث الأول)، واستلام الشكاوى ودراستها (المبحث الثاني).

المبحث الأول/نظام التقارير

نظام التقارير من الآليات القديمة التي سبقت ظهور الأمم المتحدة؛ تم إتباعه في عهد العصبة، كما اعتمده المؤتمر الدبلوماسي بسويسرا سنة 1906 في اتفاقيات العمل، كما اعتمده منظمة العمل الدولية سنة 1919، أما في الأمم المتحدة فبدأ العمل به منذ عام 1947⁽⁷⁾.

رغم ضرورته، إلّا أنّ العديد من الدول لا تزال تعاني صعوبة في رفع تقارير تبين التقدم الذي أحرزته، لأنّها لا تعتبر أولوية حكومية في بعضها، أما في أخرى فلغياب الخبرة في مجال حقوق الإنسان، فضلاً عن ذلك، غالباً ما ينظر إلى التقارير كمهمة يجب إتمامها مرة واحدة فقط لا كعملية مستمرة، وفي بعض الحالات لا تملك بلدان أخرى القدرة والموارد لإجراء أبحاث موسّعة وتوثيق مفصل⁽⁸⁾.

التقارير أنواع تقدم في شكل معيّن (المطلب الأول)، بمضامين محددة (المطلب الثاني)، تتولى اللجنة دراستها لمتابعة التزام الدول الأطراف بتعهداتها (المطلب الثالث).

المطلب الأول/أنواع التقارير وشكلها

التقارير التي تطلبها اللجنة متنوعة وتقدّم في شكل موحد.

الفرع الأول/أنواع التقارير

التقارير على ثلاثة أنواع: أولية، دورية وإضافية.

أولا/التقارير الأولية

تعد الاختبار الأساسي لمدى التزام الدولة بالعهد، تقدّمه في غضون سنة من دخوله حيز النفاذ اتجاهها⁽⁹⁾، قد لا يكون كاملا، لكنه يزود اللجنة بفكرة عامة عن الإطار القانوني لحقوق الإنسان، فيشكّل مرجعا عند فحص التقارير الدورية، بقصد التعرف على مدى التقدم المحرز في تطبيق العهد⁽¹⁰⁾.

ثانيا/التقارير الدورية

بعض الدول تقدّم تقارير مختصرة جدا، ما جعل اللجان تشتراط احتواءها على جزأين، يتعلق الأول بتحديد الإطار القانوني العام، الذي تحترم ضمنه الحقوق المدنية والسياسية، ويتعلق الثاني بأهمية الإجراءات التشريعية والإدارية الخاصة بها. تركّز التقارير على نقطتين، تخص الأولى الملاحظات الختامية، مثل التوصيات على التقرير السابق ومحاضر المناقشات وتركز الثانية على إبراز التقدم المحرز، والحالة الراهنة لتمتع مواطنيها بحقوقهم، كما تجب الإشارة إلى أي تغيير أساسي قد يحدث في النهج السياسي والقانوني للدولة، من شأنه التأثير على الحقوق الواردة في العهد⁽¹¹⁾.

ثالثا/التقارير الإضافية

تسمى أيضا التكميلية، تقدّم طواعية أو بطلب من اللجنة، تتضمن معلومات تكمل التقارير الأولية أو معلومات جديدة تراها اللجنة ضرورية أو معلومات عن موقف طارئ في الدولة، فالتقارير الدورية والأولية تكون عادة غير كافية، فتغير الأوضاع يؤثر على احترام حقوق الإنسان في الدول، وقد لا يتوافق هذا التغير ومواعيد تقديم التقارير الدورية، الأمر الذي يساعد اللجنة على معرفة الأوضاع الفعلية في دولة ما في الوقت المناسب، خصوصا إذا كانت الفترة بين تقرير دولي وآخر بعيدة نسبيا⁽¹²⁾.

الفرع الثاني/شكل التقارير

تقدّم التقارير بشكل موحد؛ فينبغي أن لا تتجاوز الوثائق الأساسية المشتركة 80 صفحة وأن تقتصر الوثائق الدورية اللاحقة على 40 صفحة، وأن تكون الصفحات من القطع A4، وأن تكون المسافة بين السطور 1.5، وأن تكتب بالبنت 12 من الخط الحاسوبي Times New Roman، وأن تقدم على أقراص، أو بالبريد الإلكتروني، إضافة إلى تقديمها مطبوعة، مع نسخ من النصوص التشريعية الرئيسية. تُقدّم التقارير بإحدى اللغات الرسمية للأمم المتحدة، والتقارير الناقصة تعاد إلى الدولة لتعديلها⁽¹³⁾.

المطلب الثاني/مضمون التقارير

يسمى الجزء الأول من التقرير بالوثيقة الأساسية المشتركة، ويسمى الثاني بالوثيقة الخاصة بمعاهدة معينة، عليه أن يتضمن معلومات تسمح بالفهم الشامل لتنفيذ المعاهدة.

الفرع الأول/الوثيقة الأساسية المشتركة

يتضمن معلومات تخص المحاور الآتية:

أولاً/معلومات عامة عن الدولة المقدمة للتقرير

معلومات تساعد اللجنة على فهم واقع أعمال حقوق الإنسان، كالمعطيات الديموغرافية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للدولة، وهيكلها الدستوري والسياسي والقانوني.

ثانياً/الإطار العام لحماية وتعزيز حقوق الإنسان

ويشمل:

1- قبول المعايير الدولية لحقوق الإنسان

تقديم بيانات عن أوضاع المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، تتضمن معلومات عن التصديق عليها وعلى بروتوكولاتها، وعن قبول الإجراءات الاختيارية، معلومات عن التحفظات والإعلانات، طبيعتها ونطاقها وسبب الإبقاء عليها⁽¹⁴⁾، في حالة فرض الدولة قيوداً على أحكام المعاهدات، يجب شرحها وتبرير ظروفها مع تحديد إطارها الزمني.

2- الإطار القانوني لحماية حقوق الإنسان على المستوى الوطني

ينبغي أن تبين الدولة السياق القانوني المحدد الذي تجري فيه حماية حقوق الإنسان، مع الإشارة إلى الحقوق المحمية قانوناً.

3- إطار تعزيز حقوق الإنسان على المستوى الوطني

يجب أن تبين الدولة جهودها لتعزيز حقوق الإنسان، كالأجراءات التي يتخذها الموظفون الحكوميون، البرلمان، المجالس المحلية ومؤسسات حقوق الإنسان، وغيرها من العناصر الفاعلة في المجتمع المدني، تسهيل اقتناء المواد الدعائية لمعاهدات حقوق الإنسان بجميع اللغات الوطنية أو لغات الأقليات، التدابير المتخذة لتدريب الموظفين الحكوميين، ونشر هذا الوعي إعلامياً⁽¹⁵⁾ وتعزيزه عبر البرامج التعليمية، كما يجب توضيح مدى استفادة الدولة من المساعدة في تعزيز حقوق الإنسان، مع الإشارة أخيراً إلى الصعوبات التي تواجهها.

4- عملية إعداد التقارير على المستوى الوطني

على الدولة تقديم معلومات عن كيفية إعداد تقاريرها؛ عن مشاركة الإدارة والموظفين على المستوى الوطني والإقليمي والمحلي؛ عن طبيعة مشاركة المجتمع المدني، في الأخير تذكر الدولة التدابير المتخذة أو المزمع اتخاذها، لضمان متابعة الملاحظات الختامية التي تصدرها هيئات المعاهدات بعد النظر في تقارير الدولة⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني/الجزء الثاني للتقارير

يتكون من المبادئ التوجيهية الموحدة لتقارير الدول، وقد اعتمدها اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في دورتها الـ 66 (جويلية 1999)، وعدلتها في دورتها الـ 70 (أكتوبر 2000)، تقليلاً من اضطرار اللجنة إلى طلب مزيد من المعلومات⁽¹⁷⁾.

أولاً/في الإطار المتعلق بالتقارير في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

وفقاً للمادة (40) يتعهد كل طرف في غضون سنة من نفاذ العهد اتجاهه، بتقديم تقرير أولي عن التدابير التي اتخذتها لإعمال العهد، وعن التقدم المحرز، كما يتعهد بتقديم تقارير كلما طلبت اللجنة ذلك.

ثانيا/توجيهات عامة بشأن محتويات التقارير

ينبغي للدولة أن تعالج كل مادة من مواد الأجزاء: الأول، الثاني والثالث من العهد، ووصف القواعد القانونية وإعطاء أمثلة على الحالة الواقعية لحقوق الإنسان⁽¹⁸⁾، إذا تحفظت الدولة على أية مادة أو قدمت إعلانا بشأنها، فينبغي توضيحه وبيان دواعي استبقائه، وينبغي له أن يبين أيضا طريقة تطبيق المادة (2) من العهد والتدابير التي اتخذتها الدولة لإعمال الحقوق: هل تم إدماج العهد في القانون الداخلي؟ هل الحقوق الواردة في العهد مضمونة بالقانون⁽¹⁹⁾؟، كما ينبغي تبيان الصعوبات إن وجدت، وإيراد تفاصيل عن الإجراءات المتخذة للتغلب عليها، إضافة إلى وجوب تضمين التقرير بيانات كافية، لتمكين اللجنة من تقييم التقدم المحرز، كما ينبغي أن ترفق بالتقرير نسخ من النصوص القانونية ذات الصلة التي تضمن حقوق العهد.

المطلب الثالث/دراسة التقارير

في جويلية 1982 طلبت اللجنة من الدول الأطراف تقديم تقاريرها الدورية كل خمس سنوات، ابتداء من تاريخ تقديم التقرير الأول، دون المساس بحق اللجنة في طلب تقرير لاحق⁽²⁰⁾، رغم طول هذه المدة إلا أنها تمكّن الأطراف، بأن تضمن تقاريرها اللاحقة التعديلات التي أدخلت على نظامها القانوني.

ترسل التقارير إلى الأمين العام للأمم المتحدة الذي يرسلها إلى اللجنة، لتدرسها حسب تاريخ وصولها⁽²¹⁾، تمثل الدولة المعنية بوفد مؤهل للرد على أسئلة اللجنة⁽²²⁾.

إذا تعلق الأمر بالتقرير الدوري الثاني أو اللاحق، وفقا للمادة (62) من النظام الداخلي للجنة، تشكل مجموعة عمل تتولى حوصلة الأسئلة المختلفة للأعضاء، لا يستبعد هذا الإجراء إمكانية طرح أسئلة إضافية، كما أنّ اللجنة تستطيع الاعتماد في توجيه أسئلتها على الشكاوى الفردية ووثائق المنظمات غير الحكومية ووسائل الإعلام، كما يمكنها أن تطلب التقارير التي قدمتها الدول إلى أجهزة أخرى بموجب موثيق حقوق الإنسان، لتكوّن فكرة عن الوضعية الحقيقية لحقوق الإنسان في الدولة المعنية، وعلى العموم فإنّ الأسئلة تدور حول ثلاثة مواضيع: مكانة العهد في النظام القانوني، الصعوبات التي تواجه الدول وكيف يتم تطبيق مختلف مواد العهد⁽²³⁾. يعطي وفد

الدولة التوضيحات الضرورية، وإذا كانت إجابته غير كافية أو تهرب من الإجابة، فإن نفس السؤال يطرح عليه بمناسبة دراسة التقارير اللاحقة.

يسمح الحوار لكل طرف بالاستفادة من تجارب الآخر، وفي بعض الأحيان تطلب اللجنة تفاصيل إضافية، تكون موضوع تقرير تكميلي، وفي أحيان أخرى الدولة نفسها هي التي تقترح تقديم تقرير إضافي، في حالة عدم تمكنها من الإجابة على الأسئلة المطروحة، دون انتظار التقرير الدوري اللاحق.

تعتمد الآليات التعاهدية ما يعرف باسم الملاحظات الختامية، التي تشير إلى الجوانب الإيجابية في تنفيذ الدولة للمعاهدة والمجالات التي توصي فيها الهيئة الدولية، باتخاذ مزيد من الإجراءات، وعلى الدولة تبليغها في تقارير تالية، بالخطوات التي اتخذتها لتنفيذ هذه التوصيات.

مساعدة للدول على تنفيذ توصيات الهيئات التعاهدية، بدأت هذه الأخيرة في تطبيق إجراء تمثل في طلب بعضها، في ملاحظاتها الختامية، أن تعود الدول لتبلغ المقرر القطري⁽²⁴⁾، بالتدابير التي اتخذتها قبل تقديم تقريره إلى اللجنة⁽²⁵⁾.

بعد ذلك تنشرها اللجنة مرفقة بالمناقشات في دورية حقوق الإنسان التي تصدرها الأمم المتحدة، كما يمكن للجنة وضع تقارير خاصة بها وإعداد ملاحظاتها الختامية وتعليقاتها وفق المادة (04/40)⁽²⁶⁾.

المبحث الثاني/نظام الشكاوى

يقوم هذا النظام على إعطاء الأفراد والدول، حق تقديم الشكاوى أو الالتماسات ضد أي دولة تنتهك الاتفاق. هناك عشر هيئات تعتمد هذا النظام، هي⁽²⁷⁾: "اللجنة المعنية بحقوق الإنسان" ترصد تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966) و"بروتوكوليه الاختياريين"⁽²⁸⁾: "لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية" ترصد تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1966)؛ "لجنة القضاء على التمييز العنصري" ترصد تنفيذ الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (1965)؛ "اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة" ترصد تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (1979) و"بروتوكولها الاختياري (1999)؛ "لجنة مناهضة التعذيب" ترصد تنفيذ اتفاقية

مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (1984)؛ "لجنة حقوق الطفل" ترصد تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل (1989) وبروتوكولها الاختياريين (2000)؛ "اللجنة المعنية بالعمال المهاجرين" ترصد تنفيذ الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم (1990)؛ "اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة" ترصد تنفيذ الاتفاقية الدولية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة (2006)؛ "اللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري" ترصد تنفيذ الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري (2006)؛ "اللجنة الفرعية المعنية بمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة"، المنشأة عملاً بالبروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب (2002).

يتناول المطلب الأول الشكاوى الفردية والثاني الشكاوى التي تقدمها الدول، أما الثالث فخصصناه لعقد مقارنة بين الشكاوى الفردية والدولية.

المطلب الأول/ الشكاوى المقدمة من الأفراد

جاء في ديباجة البروتوكول الاختياري الأول: " إنّ الدول الأطراف في هذا البروتوكول، إذ ترى من المناسب، تعزيزاً لإدراك مقاصد العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ولتنفيذ أحكامه، تمكين اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المنشأة بموجب أحكام الجزء الرابع من العهد، من القيام وفقاً لأحكام هذا البروتوكول، باستلام ونظر الرسائل المقدمة من الأفراد الذين يدعون أنّهم ضحايا أي انتهاك لأي حق من الحقوق المقررة في العهد".

بدأ العمل بهذا الإجراء سنة 1982⁽²⁹⁾، عاكساً تطوراً واضحاً في مجال القانون الدولي؛ حيث سمح للمبادرة الفردية بأن تحدث آثاراً قانونية؛ أي أنّ الفرد لم يعد موضوعاً للقانون الدولي بل أصبح أحد أشخاصه، كما اعتبره البعض علامة على جدية الدولة في حماية حقوق الإنسان، بسماعها لرعاياها بالوصول إلى المنظمات الدولية طلباً للعدالة والإنصاف⁽³⁰⁾.

ترسل الشكاوى إلى أمانة اللجنة، عبر المفوضية السامية لحقوق الإنسان بجنيف، التي ترسلها للمقرر الخاص بالرسائل الجديدة، الذي يقوم بتحضير الرسالة للبحث⁽³¹⁾.

ينظر في البلاغات المقدّمة في جلسات مغلقة وتعتبر وثائقها سرية، ما لم تقرر اللجنة خلاف ذلك⁽³²⁾، إلاّ أنّه يمكن للمتنازعين الكشف عن أي بيانات تتعلق بالمداولات، ما لم تطلب اللجنة منهما احترام السرية، لا تبحث الشكاوى الفردية إلا إذا توفرت فيها عدة شروط. من هنا سنخصص الفرع الأول لدراسة شروط قبول الشكاوى، والثاني لبحث ودراسة الشكاوى.

الفرع الأول/شروط قبول الشكاوى

حدّد البروتوكول الأول شروطاً لا بد أن تتحقق مجتمعة هي:

- 1- أن تكون معلومة المصدر، وأن ترسل من شخص أو مجموعة أشخاص يخضعون للاختصاص القضائي للدولة المشتكى منها⁽³³⁾.
 - 2- أن تكون الدولة المشتكى منها طرفاً في العهد وفي البروتوكول الاختياري الأول⁽³⁴⁾.
 - 3- أن يكون الحق المدعى بانتهاكه، حقاً من الحقوق المنصوص عليها في العهد⁽³⁵⁾.
 - 4- أن لا يكون التبليغ متعارضاً مع نصوص العهد⁽³⁶⁾.
 - 5- أن لا تشكّل الشكاوى تعسفاً في استعمال حق تقديم الشكاوى⁽³⁷⁾.
 - 6- أن لا يكون موضوع الشكاوى محل تحقيق دولي أو تسوية⁽³⁸⁾.
 - 7- أن يستنفذ المبلّغ الوسائل الداخلية المتاحة، أو أن التقاضي الداخلي قد استغرق مدة تتجاوز الحد المعقول⁽³⁹⁾.
 - 8- أن يكون الانتهاك قد وقع بعد نفاذ الاتفاقية بالنسبة للدولة المعنية؛ اللهم إلا إذا كان للانتهاك مفعول مستمر، مثل عدم إيجاد الدولة حلاً لوضع شخص "اختفى" أو مثل وجود شخص في السجن، بسبب محاكمة غير نزيهة جرت قبل تاريخ النفاذ⁽⁴⁰⁾.
- تجدر الإشارة إلى نقطتين مهمتين، تتعلق الأولى بانسحاب الدول من البروتوكول الأول، أما الثانية فتوضح مكانة البروتوكول الثاني.
- النقطة الأولى: نصت المادة (12) من البروتوكول الأول على حق الأطراف في الانسحاب، بإشعار خطي توجيهه إلى الأمين العام للأمم المتحدة، يصبح نافذاً بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ استلام الأمين العام له، ولا يخل هذا بانطباق أحكام البروتوكول على الرسائل المقدمة قبل نفاذه.

– النقطة الثانية: نصت المادة (1/6) من البروتوكول الثاني على اعتبار أحكامه إضافية للعهد، فقد مدّدت مادّته (4) و(5) اختصاص اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، في استلام رسائل الدول والأفراد والنظر فيها لتشمل أحكامه، ما لم تصدر الدولة بياناً يفيد العكس عند التصديق عليه أو الانضمام إليه.

الفرع الثاني/دراسة الشكاوي

تحال الشكاوى المقبولة إلى الدولة المعنية، وعليها خلال ستة أشهر تقديم الإيضاحات اللازمة، مع الإشارة إلى التدابير التي اتخذتها لرفع الظلم وإنصاف المشتكي⁽⁴¹⁾، بعدها تعطى للمبلّغ فرصة التعليق عليها، ثم تبحث الشكاوى في جلسات مغلقة تقدم اللجنة بعدها رأيها دون أن تكون مرتبطة بموعد محدد⁽⁴²⁾.

ينشر رأي اللجنة برفض أو قبول الشكاوى بعد جلسة اعتماد الاستنتاجات في التقرير السنوي، الذي ترفعه اللجنة إلى الجمعية العامة، إضافة إلى نشر مجموعة مختارة من قراراتها في إطار البروتوكول الأول في مجلد⁽⁴³⁾، أو على موقع المفوضية السامية لحقوق الإنسان الشبكي⁽⁴⁴⁾.

قانوناً آراء اللجنة ليست ملزمة لأنها ليست هيئة قضائية⁽⁴⁵⁾، إلا أنّ الدول تجد صعوبة في رفضها لأنها مؤسسة على إجراءات شفافة، أعطيت من خلالها الدولة فرصة توضيح موقفها ومن ثمة فإنّ قوة آراء اللجنة تنبع من حيادها وموضوعيتها. لهذا فإنّ تجاهلها يعرض الدولة لا محالة للنقد لعدم وفائها بالتزاماتها الدولية⁽⁴⁶⁾، كأن يقال بأنّها تضطهد حقوق الإنسان، وهذا وصف له وزنه في العلاقات الدولية.

المطلب الثاني/الشكاوى المقدّمة من قبل الدول

ثبت للدول حق تقديم الشكاوى ضد بعضها بعضاً قبل أن يمكّن الأفراد من ذلك، فالعهد في مادّتيه (41) و(42) أعطى كل طرف حق تقديم شكاوى ضد أي طرف آخر، يرى أنه لم يفي بالتزاماته التعاقدية، لكن حتى سنة 2008 لم يكن هذا الإجراء قد استعمل قط⁽⁴⁷⁾! تتم دراسة هذه الشكاوى حسب المراحل الآتية:

الفرع الأول/مرحلة الاتصال المباشر بين الدولتين بعيدا عن اللجنة

إذا رأى طرف بأن طرفا آخر خرق أحكام العهد، جاز له أن يستعري نظره ببلاغ خطي يبين فيه هذا الخرق، وعلى الدولة المستلمة خلال 3 أشهر إيداع الدولة المرسلة تفسيراً خطياً، ينطوي على الإشارة إلى مساعي حل المشكلة⁽⁴⁸⁾ إذا لم تعالج المسألة بما يرضي الدولتين، خلال 6 أشهر ابتداء من تلقي الدولة للتبليغ الأول حقّ لكليهما إحالة المسألة على اللجنة عبر إشعار توجّهه إليها وإلى الدولة الأخرى⁽⁴⁹⁾.

الفرع الثاني/مرحلة محاولة الحل على مستوى اللجنة

قبل بدء اللجنة دراسة القضية تتأكد من استنفاذ الوسائل الداخلية، أو من أنّها قد طالت لحد غير معقول⁽⁵⁰⁾، ثم تعرض اللجنة مساعيها الحميدة⁽⁵¹⁾ على الطرفين للوصول إلى حل، على أساس احترام الحقوق المعترف بها في هذا العهد⁽⁵²⁾.
تعقد اللجنة اجتماعات مغلقة، وللدولتين حق إيفاد مبعوثين لحضورها لتوضيح موقفهما. هذا الجهد التوفيقى محكوم بسقف زمني محدد بـ 12 شهرا من تاريخ استلام الإشعار، تعدّ اللجنة خلاله تقريراً تقدمه إلى للطرفين.

إذا نجحت اللجنة في مساعيها الحميدة، فإنّ التقرير يقتصر على بيان موجز للوقائع وللحل، وفي غيابه فإنّه يقتصر على بيان بالوقائع مرفقا بالبيانات المقدمة من طرفي الخصومة، وكذا محضر الملاحظات الشفوية التي قد تدلي بها الدول المعنية⁽⁵³⁾.

الفرع الثالث/مرحلة الحل على مستوى لجنة التوفيق

إذا استمر الخلاف تعيّن اللجنة هيئة توفيق⁽⁵⁴⁾، بعد الحصول المسبق على موافقة الخصمين. تتألف من خمسة أشخاص تقبلهم الدولتان، فإذا تعذر تشكيلها خلال ثلاثة أشهر تنتخبهم اللجنة من أعضائها بالاقتراع السري وبأكثرية الثلثين، يعملون بصفتهم الشخصية ولا يكونوا من مواطني الدولتين المعنيتين أو من مواطني أية دولة غير طرف في العهد، أو تكون طرفا فيه لكنها لم تصدر الإعلان المنصوص عليه في المادة (41).

تقوم اللجنة بعد نظرها المسألة خلال مهلة لا تتجاوز 12 شهرا، بتقديم تقرير إلى رئيس اللجنة ليقدمه بدوره إلى الدولتين ويكون التقرير بحسب الحال، إذا تم التوصل إلى حل قصرت اللجنة تقريرها على عرض موجز للوقائع وللحل المتوصل إليه. أما إذا تعذر ذلك خلال 12 شهرا قصرت تقريرها على إشارة موجزة إلى المرحلة التي بلغتها في

نظرها وللنتائج الجزئية التي توصلت إليها وآرائها بشأن إمكانية حل المسألة وديا، وكذلك المذكرات الخطية ومحضر الملاحظات الشفوية. على الدولتين في غضون 3 أشهر من استلامهما تقرير الهيئة، إبلاغ رئيس اللجنة بقبولهما أو رفضهما التقرير. تتقاسم الدولتان بالتساوي سداد نفقات أعضاء اللجنة، على أساس تقديرات يضعها الأمين العام للأمم المتحدة، الذي له سلطة القيام عند اللزوم بدفعها قبل سداد الدولتان لها⁽⁵⁵⁾.

واضح من خلال ما تقدم أنّ دور اللجنة ومعها هيئة التوفيق، ليست محاكمة دولة بناء على طلب أخرى، وإتّما هو تقريب لوجهات النظر المختلفة بشأن الوقائع والسعي لمطابقة سلوك الدولة مع العهد. يؤخذ على هذه الشكاوى أنّها متروكة لحسابات الدول السياسية، لذا نراها تحجم عن اللجوء إلى مثل هذا الإجراء، خشية أن تصبح غدا مدعى عليها بعد أن كانت مدعية⁽⁵⁶⁾.

المطلب الثالث/مقارنة بين الشكاوى الفردية والشكاوى الدولية

لاحظنا بعد دراستنا للشكاوى الفردية والدولية، وجود جملة من أوجه الشبه والاختلاف شجعتنا على عقد مقارنة بينهما.

الفرع الأول/أوجه الشبه

تشارك الشكاوى الفردية مع الشكاوى الدولية في مجموعة من النقاط، نوجزها في:

- اجتماعات اللجنة تكون مغلقة؛
- تقرير اللجنة النهائي يسلم إلى طرفي الخصومة؛
- تسعى اللجنة إلى تجميع كل المعلومات التي تراها ضرورية لمساعدتها على حل النزاع؛
- لا يتمتع القرار الذي تتوصل إليه اللجنة بأي إلزام قانوني.
- لا بد أن يكون الحل المتوصل إليه، مبنيا على أساس الحقوق الواردة في العهد.

الفرع الثاني/أوجه الاختلاف

تختلف الشكاوى الفردية عن الدولية في مجموعة من النقاط، نلخصها في

الجدول الآتي:

الشكاوى الدولية	الشكاوى الفردية
- اللجنة ملزمة بدراسة البلاغ خلال سنة. - يمكن للطرفين حضور الجلسات؛ أي أن إجراءاتها كتابية وشفاهية. - للشكاوى ثلاث درجات أو فرص للحل. - لا بد للحل أن يرضي طرفي الخصومة. - تدفع الدولتان مناصفة التكاليف المالية لعمل هيئة التوفيق.	- اللجنة ليست محكومة في دراستها للشكاوى بسقف زمني محدد. - تدرس الشكاوى في غياب طرفي النزاع؛ أي أن إجراءاتها كتابية فقط. - للشكاوى درجة أو فرصة واحدة للحل. - لا يفترض في الحل إرضاء طرفي الخصومة. - إجراءاتها مجانية.

التقييم

أولا/نظام التقارير:

هدف نظام التقارير الرئيسي الدخول في حوار مع الدولة لمساعدتها على تنفيذ المعاهدة. وهيئة المعاهدة ليست هيئة قضائية؛ فهي ترصد التنفيذ وتقدم التشجيع والمشورة للدول فقط⁽⁵⁷⁾. وقد أثبتت التجربة أنّ مناقشة تقارير بعض الدول، أدى إلى إعادة النظر في قوانينها الوطنية⁽⁵⁸⁾. إلا أنه يؤخذ عليه:

- 1- تأخر بعض الدول عن تقديم تقاريرها⁽⁵⁹⁾، مما يفوّت الفرصة على أجهزة المتابعة⁽⁶⁰⁾.
 - 2- الدول تعطي في تقاريرها معلومات في كثير من الأحيان تخالف الواقع.
 - 3- استمرار التباين الواضح حول ما تتضمنه التقارير.
 - 4- النقص الملحوظ في تغطية البيانات والمعلومات المطلوبة.
 - 5- بعض التقارير تكون سطحية ومختصرة أكثر من اللازم وبعضها موسّع جدا.
- هذا وإنّ طريقة إعداد التقارير سيكون لها الأثر الكبير في حماية حقوق الإنسان لو تم مراعاة الآتي:

- الالتزام السياسي للدول الأطراف بإعداد تقارير حقيقية وشاملة.
- توفير الأجهزة والمواد اللازمة لإعداد التقارير.
- اعتماد التنظيم والتنسيق ومراعاة التوجهات.

- تهيئة مستلزمات إعداد التقارير كاستعمال التقارير السابقة والاستفادة من تقارير المنظمات الدولية وغير الحكومية والاستعانة بالخدمات الاستشارية والمساعدات التقنية.
- وضع آلية وطنية دائمة لإعداد التقارير والتنسيق، لتسهيل إعداد التقارير وتنسيق متابعة قرارات اللجان التعاقدية.
- على الدول التخلي عن سرية إعداد تقريرها، بنشره في الداخل قبل إرساله إلى الهيئة التعاقدية، والتشاور مع المجتمع المدني في إعدادها، ولما لا تضمينه ملاحظاته وانتقاداته وأن يتدارسه البرلمان أيضا⁽⁶¹⁾.

نقترح الإبقاء على هذا النظام مع مواصلة بذل الجهد لتحسينه والارتقاء به⁽⁶²⁾.

ثانيا/الشكاوى والبلاغات:

- نظام شكاوى الدول يتسم بالطابع النظري وليس له جوانب تطبيقية حتى الآن، لذا نقترح إلغاءه.
- الملاحظ على نظام الشكاوى الفردية أنه لا يهدف إلى تعويض الضحية، وإنما إلى تزويد اللجان بمعلومات تساعد على وقف التجاوزات، فالشكاوى مجرد دليل قد يقود إلى إجراء ما⁽⁶³⁾.
- من غير المعقول مطالبة المشتكي باللجوء إلى أجهزة قضائية غير نزيهة استنادا لطرق الطعن الداخلية.
- رغم منح كثير من الدول هذا الحق لأفرادها، إلا أنه مازال ينظم بروتوكولات تلحق باتفاقيات حقوق الإنسان، تشجعا لبعض الدول على الانضمام لهذه الاتفاقيات⁽⁶⁴⁾.

خاتمة

على الأمم المتحدة اليوم من أجل توسيع دائرة التمتع بحقوق الإنسان، السعي إلى جعلها شأنا عالميا تتشارك فيه الأسرة الدولية، وليست شأنا داخليا يجوز بموجبه للدول الاستئثار بمواطنيها وتعريضهم للقهر والاضطهاد دون رقيب، حتى لو تدرّعت بالسيادة الوطنية أو بأن علاقة الدولة بمواطنيها تخضع لاختصاصها الداخلي.

بذلت الأمم المتحدة جهدا كبيرا في نشر ثقافة حقوق الإنسان، ومع هذا لا تزال قطاعات واسعة جدا من البشر إلى اليوم محرومة من أبسط حقوقها، لهذا فإنه

مطلوب منها اليوم بذل المزيد من الجهد، على طريق الجهاد القانوني لتصبح حقوق الإنسان واقعا عالميا، وليس مجرد ترف فكري أو كلام إعلامي للاستهلاك فقط.

بني نظام متابعة الدول في الالتزام بتعهداتها الدولية الخاصة بحقوق الإنسان على الاحترام الشديد لمبدأ السيادة الوطنية، ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وبالتالي جاءت آلياته مصبوغة بصبغة الوسائل الدبلوماسية (المساعي الحميدة والتوفيق)، تنقصها جرأة الأدوات القضائية التي تسعى لإحقاق الحق وإنصاف الضحايا.

اللجنة المعنية بحقوق الإنسان اعتبرت الشكاوى بين الدول نزاعا دوليا، واعتمدت لحله الوسائل المعروفة في مجال العلاقات الدولية لحل النزاعات بطرق سلمية. لا بد من سد بعض الفجوات القانونية التي تسمح للدول بالتلاعب بألية الشكاوى تهريا من التزاماتها، فبالرجوع إلى قوائم التصديق على معاهدات حقوق الإنسان، نجد أنّ هناك دولاً لا تقبل الشكاوى أيا كانت من الدول أو من الأفراد، وهناك دول تقبل بشكاوى الدول وترفض الشكاوى الفردية، وهناك دولاً أخرى فعلت العكس⁽⁶⁵⁾.

نعتقد أنّه قد حان الوقت بعد هذه المسيرة الطويلة للأمم المتحدة، أن تهجر الوسائل الدبلوماسية في معالجة الشكاوى المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان، واللجوء إلى المسار القضائي الدولي، لذا نقترح تجريم انتهاكات حقوق الإنسان التي نصت عليها مختلف المعاهدات الخاصة والعامة وإنشاء محكمة دولية لحقوق الإنسان، على غرار المحكمة الجنائية الدولية، تعمل على مكافحة الإفلات من العقاب، إحقاقا للعدل والإنصاف. وقد يتسع لنا المقام في مقال قادم إن شاء الله للتفصيل في هذه الفكرة.

الهوامش:

(1) تسمى باللجان الاتفاقية أو التعاهدية ومنهم من يسميها هيئات المعاهدات أو الهيئات التعاهدية وهي التسمية التي اعتمدها الباحث. انظر:

-Le Service International pour les droits de l'homme (SIDH), GUIDE SIMPLE sur les ORGANES DE TRAITÉS DE L'ONU, Imprimerie Genevoise SA., la suisse, 2010, p. 3.

(2) عصام الدين محمد حسن، التقارير الحكومية وتقارير الظل، مصر والهيئات التعاهدية لحقوق الإنسان، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ط. 1، 2008، ص. 9.

(3) تتكون من 18 خبيرا ينتخبون من الدول الأطراف، لكل دولة طرف أن تقدم مرشحين ويقوم الأمين العام للأمم المتحدة بإعداد القائمة، يتم الانتخاب بالاقتراع السري وبالأغلبية المطلقة، مدة العضوية أربع سنوات قابلة

للتجديد، كما يجب مراعاة التوزيع الجغرافي لتمثيل الدول ولتفادي عدم التوازن في تشكيلة اللجنة فإنه لا يجوز انتخاب سوى مرشح واحد لنفس الدولة. ينتخب الأعضاء بالنظر لصفاتهم الشخصية، حيث يشترط العهد فهم أن يكونوا من ذوي الأخلاق العالية واختصاص في حقوق الإنسان، هذا بالنسبة للاستقلال العضوي للجنة، أما بالنسبة للاستقلال الوظيفي، فيتمثل في الحرية التي تترك للجنة بشأن انتخاب مكتبها وإعداد نظامها الداخلي. انظر: عصام الدين محمد حسن، المرجع نفسه، ص. 16. أنظر أيضا:

-SIDH, op. cit., p.7.

(4) المادة (41) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، اعتمدهت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966 بموجب قرارها 2200/أ ودخل حيز النفاذ في 23/03/1976.

(5) البروتوكول الاختياري الأول للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(6) المادة (40) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(7) عصام محمد أحمد زنتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 178-179.

(8) سيما سمر، "تعزيز حكم القانون وحقوق الإنسان والحكم الرشيد"، المؤتمر الدولي السادس للديمقراطيات الجديدة أو المستعادة: "بناء القدرات في سبيل تحقيق الديمقراطية والسلام والتقدم الاجتماعي"، الدوحة، 29 أكتوبر-1 نوفمبر 2006، ص. 7.

(9) عصام الدين محمد حسن، مرجع سابق، ص. 22.

(10) محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، ج. 1، الوثائق العالمية، دار الشروق، القاهرة، ط. 1، 2003، ص. 105. أنظر أيضا: SIDH, op. cit., p. 15-15.

(11) NATION UNIES, Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, HRI/GEN/2/Rev.6, 2009, p. 48. disponible sur : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI%20GEN%202%20R ev.6&Lang=en (24/05/2015-14 :18)

(12) خلفه نادية، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، دراسة بعض الحقوق السياسية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون دستوري، قسم العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص. 77.

(13) NATION UNIES, Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, op. cit., p. 7.

(14) Idem, p. 10-11.

(15) Ibid., p. 11-13.

(16) Ibid., p. 13.

(17) Ibid., p. 48.

(18) Ibid.

(19) Ibid., p. 50.

(20) المادة (1/40/أ/ب) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(21) المادة (2/40) المرجع نفسه.

(22) محمد شريف بسيوني، مرجع سابق، ص. 105.

(23) المرجع نفسه، ص. 105.

(24) في عام 2001، أنشأت اللجنة منصبا جديدا هو منصب المقرر الخاص المعني بمتابعة الملاحظات الختامية. لمزيد من

المعلومات يمكن الاطلاع على

-DROITS DE L'HOMME, DROITS CIVILS ET POLITIQUES, LE COMITÉ DES DROITS, DE L'HOMME, Fiche d'information N° 15 (Rév.1), p. 21-22. Disponible :

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1fr.pdf> (24/05/2015-10 :59)

(25). Nations Unies, HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, Travailler avec le programme des Nations Unies pour les droits de l'homme, un manuel pour la société civile, New York et Genève, 2008 , p. 41.

(26) محمد شريف بسيوني، مرجع سابق، ص. 106. أنظر أيضا:

- SIDH, op. cit., p.21.

(27) انظر موقع الأمم المتحدة على الرابط الآتي (17/05/2015 - 17:11):

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>

(28) تتلخص أهم الحقوق المدنية والسياسية في:

1. الحقوق والحريات الفردية: مثل الحق في الحياة، الحق في منع التعذيب والعقوبات أو المعاملات للإنسانية أو المهينة، الحق في حظر العبودية، الحق في الحرية والأمن والحق في حرية التنقل.
2. الحريات الفكرية: مثل حرية التعبير وحرية الفكر والدين والمعتقد.
3. الضمانات القضائية: مثل الحق في المساواة أمام القضاء، حظر تطبيق التشريع بأثر رجعي والحق في الاعتراف بالشخصية القانونية لكل فرد.
4. الحقوق العائلية: مثل حماية الأسرة وتساوي الزوجين في الحقوق وحقوق الأطفال وحمايتهم.
5. الحقوق السياسية: مثل الحق في إدارة الشؤون العامة، الحق في الانتخاب والترشح، الحق في التجمع السلمي والحق في تقلد الوظائف العامة.

- انظر: بطاهر بوجلال، دليل آليات المنظومة الأممية لحماية حقوق الإنسان، المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، ط. 1، 2004، ص. 78.

(29) عباس عبد الأمير إبراهيم العامري، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي، جزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القانون الدولي، جامعة سانت كليمنتس العالمية للتعليم المفتوح، الدراسات العليا، قسم القانون الدولي، بغداد، 2011، ص. 298.

(30) خلفه نادية، مرجع سابق، ص. 78.

(31) بطاهر بوجلال، مرجع سابق، ص. 48.

(32) المادة (3/5) من البروتوكول الاختياري الأول، الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(33) المادة الأولى من البروتوكول الاختياري الأول، الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(34) المرجع نفسه.

(35) المرجع نفسه.

(36) المادة الثالثة، المرجع نفسه.

(37) المرجع نفسه.

(38) المادة (1/5)، المرجع نفسه.

(39) المادة (1/5)ب)، المرجع نفسه.

(40) بطاهر بوجلال، المرجع السابق، ص. 50.

(41) المادة (4) من البروتوكول الاختياري الأول، الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(42) المواد (3)، (4) و(5)، المرجع نفسه.

- (43) المادة (6)، المرجع نفسه. انظر أيضا: محمد شريف بسيوني، مرجع سابق، ص. 108.
- (44) Nations Unies, HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, op. cit., p. 152.
- (45) محمد شريف بسيوني، مرجع سابق، ص. 109.
- (46) بطاهر بوجلال، مرجع سابق، ص. 51.
- (47) Nations Unies, HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, op. cit., p. 42.
- (48) المادة (1/41)، العهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية.
- (49) المادة (1/41 ب)، المرجع نفسه.
- (50) المادة (1/41 ج)، المرجع نفسه.
- (51) المساعي الحميدة وسيلة من الوسائل الدبلوماسية لحل النزاعات الدولية. تعني العمل الودي الذي يقوم به طرف ثالث في محاولة لجمع الدول المتنازعة مع بعضها وحثها على البدء في المفاوضات أو استئنافها، بمعنى أن يتدخل طرف آخر محايد لمحاولة التقريب بين وجهات نظر أطراف المنازعة، وجمعهم على كلمة سواء. ويقتصر دور الطرف الثالث في عملية المساعي الحميدة على جمع طرفي النزاع على مائدة المفاوضات فقط. انظر: عمر سعد الله، القانون الدولي لحل النزاعات، دارهومة، الجزائر، 2008، ص. 73-75.
- (52) المادة (1/41 هـ)، المرجع نفسه.
- (53) المادة (41)، المرجع نفسه.
- (54) التوفيق أداة لحل النزاعات الدولية. تقوم به لجنة تتكون من شخصيات بارزة، بقصد تقديم اقتراحات غير ملزمة لحل النزاع. تتألف اللجنة عادة من ثلاثة أعضاء، يعين كل طرف عضواً، ويختار العضوان ثالثهما. تهتم اللجنة بدراسة وقائع النزاع واقتراح حل لأطرافه، وتقديم تقرير نهائي لهما، مكون من عنصرين: الأول مقترحات اللجنة لحل النزاع، والثاني يتضمن أسباب اقتناع اللجنة بمقترحاتها.
- انظر: عمر سعد الله، مرجع سابق، ص. 122-123.
- (55) المادة (42)، المرجع نفسه.
- (56) خلفه نادية، مرجع سابق، ص. 80.
- (57) Nations Unies, HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, op. cit., p. 41.
- (58) عباس عبد الأمير إبراهيم العامري، مرجع سابق، ص. 291.
- (59) المرجع نفسه، ص. 92.
- (60) خلفه نادية، مرجع سابق، ص. 78.
- (61) الحقوق المدنية والسياسية، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. 21.
- (62) تبذل المفوضية السامية جهودا كبيرة من أجل تطوير أساليب عمل الهيئات التعاقدية، لكن مع هذا لا تزال هناك حاجة لبذل جهد أكبر، للاطلاع على جهود المفوضية يمكن الرجوع إلى:
- Nation Unies, document (A/66/860), disponible sur (24/05/2015-11 :00) :
- http://www2.ohchr.org/english/bodies/HRTD/docs/HCReportTBStrengthening_fr.doc
- (63) خلفه نادية، المرجع نفسه، ص. 79.
- (64) عباس عبد الأمير إبراهيم العامري، مرجع سابق، ص. 297.
- (65) المرجع نفسه، ص. 298.

الشراكة : آلية لتفعيل الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر*

CHENTOUFI Abdelhamid, Doctorant
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques ,
Université Tizi Ouzou 15000 –Algérie.

شنتوفي عبد الحميد، طالب دكتوراه
قسم القانون،
كلية الحقوق و العلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو، 15000 تيزي وزو، الجزائر.

الملخص:

لقد عرفت الدولة الجزائرية إصلاحات إقتصادية هامة، لا سيما في مجال الإستثمارات وهذه الإصلاحات ترجمت عن طريق سياسة إنتقائية بهدف تشجيع وتطوير الإستثمارات.

على هذا الأساس، عالجتنا موضوعنا في إشكالية هامة، حيث تناولها في عنصرين أساسيين، الأول يتعلق بإبراز أساسيات الشراكة من خلال تحديد تعريفها، خصائصها وأشكالها وكذا المزايا التي توفرها هذه الشراكة. في حين العنصر الثاني خصصناه للشراكة كمعيار لقبول الإستثمارات الأجنبية في الجزائر وتجسيد قاعدة 49 % للطرف الأجنبي و51% للطرف الوطني. وبالمقابل منح مزايا جبائية للمستثمرين الراغبين في الإستثمار عن طريق الشراكة، وهذا ما جاء في أحكام قانون المالية التكميلي لسنة 2009. وأخيرا، أتعرض لبعض السبل قصد تفعيل الشراكة من أجل جلب المزيد من الإستثمارات الأجنبية منها.

الكلمات الدالة:

فعالية، الشراكة الأجنبية، تفعيل، المستثمر، الإستثمار الأجنبي المباشر، معاملة الإستثمارات.

Le Partenariat : outil d'incitation des IDE en Algérie

Résumé:

L'Algérie a connu une série de réformes économiques notamment en matière d'investissements. Ces réformes se sont traduites par une politique sélective, d'encouragement et de développement des investissements. C'est pour cela, que nous traiterons ce sujet en deux éléments principaux ; le premier concerne le cadre conceptuel du partenariat et ses avantages.

Le second élément en mettra en évidence l'importance des investissements étrangers qui peuvent être réalisés dans le cadre d'un partenariat dont l'actionnariat national représente 51% au moins du capital social et 49% pour l'apport de l'investisseur étranger prévus dans la loi de finance complémentaire de 2009.

En conclusion nous mettrons certains moyens en vue d'inciter le partenariat et ce pour attirer plus d'investissements étrangers.

Mots clés:

efficacité, partenariat étranger, incitation, investisseur, investissements étrangers direct, traitement des investissements.

The Partnership : as a mean to incite a direct foreign investment in Algeria

Abstract:

Algeria has known important economic reforms especially in the field of investments, these reforms have been implemented through a selective politics in order to encourage and develop investments.

On this basis, we will discuss our subject in two principal elements: The first, concerns the concept of partnership and its advantages.

The second, concerns the partnership as a basic element to deal with foreign investments in Algeria and realize 51% for national shareholders and 49% for foreign investors .as it is mentioned by the complimentary finance law of 2009.

In conclusion, we will deal with more means to attract more foreign investments.

Key word:

efficiency, foreign Partnership, incitement, foreign investment, direct foreign investment, investment treatment.

مقدمة

يعتبر الإستثمار الأجنبي المباشر الشكل الأكثر تفضيلا في حركة رؤوس الأموال، فالدول المصدرة لهذه الأخيرة تستعمله كأداة لإزالة كافة العراقيل وإيجاد تموقع في السوق المحلي، أما الدول المضيفة للإستثمار فتسعى إلى الإستفادة من نقل التكنولوجيا الجديدة والمهارات العالمية وأساليب الإدارة الحديثة، خلق فرص الشغل، وكذا تطوير نسيج الممولين والمقاولة المحلية وتحسين شروط الحياة للمجتمع⁽¹⁾.

نظرا للتطورات في مجال الإقتصاد الدولي، الذي أثر بدوره على إستراتيجيات التسيير خاصة بالمؤسسات الإقتصادية الإستثمارية التي وجدت نفسها مجبرة على مساندة هذه التحديات الراهنة، لاسيما في ظل إقتصاد السوق وتوسع ميدان الإستثمارات وتطور المنافسة الإقتصادية بين المؤسسات، لجأت العديد من المؤسسات الإقتصادية أو الدول إلى تبني إستراتيجية التعاون فيما بينها في مجال معين قصد مواجهة ظاهرة المنافسة العالمية، وهذا ما يسمى بسياسة إستراتيجية الشراكة⁽²⁾.

بما أن الجزائر ليست في منأى عن هذه التغيرات والتحولت التي تعيشها الساحة الدولية وتماشيا مع ذلك قامت بإجراء عدّة إصلاحات هامة على مستوى هيكلها الإستراتيجية والإقتصادية لاسيما في ميدان الإستثمار، فجسدت برامج إصلاحية واسعة لتجاوز الوضع المتأزم عبر إعادة الهيكلة وإستقلالية المؤسسات والخصوصية... الخ والتي تهدف من خلالها إلى الإنتقال إلى نظام إقتصاد السوق والإنتفاخ أكثر على الشراكة الأجنبية، ويتجلى ذلك من خلال إدراج هذه الأخيرة في أحكام قانون المالية التكميلي لسنة 2009⁽³⁾ كخيار إستراتيجي لجذب وتفعيل الإستثمار الأجنبي المباشر مع تطبيق مبدأ الأفضلية الوطنية بقاعدة 51% للطرف الوطني و 49% للطرف الأجنبي.

عليه، فهل الشراكة هي خيار إستراتيجي في ظل الأزمة المالية الحالية ؟ وما مدى فعاليتها كآلية لجلب المزيد من الإستثمارات ورؤوس الأموال إلى الجزائر؟ وفيه تكمن سبل تفعيلها ؟

سنحاول الإجابة على ذلك من خلال إبراز الإطار المفاهيمي للشراكة، حيث سنتطرق إلى تحديد مفهوم الشراكة، مميزاتهما، أشكالهما، وأهم المزايا التي توفرها الشراكة (أولا). ثم نقوم بدراسة وتحليل الشراكة كمعيار لقبول الإستثمارات الأجنبية في الجزائر والإنتقاد الموجه إليها (ثانيا). وأخيرا، أتطرق إلى أهم السبل لتفعيل الشراكة ودورها في تشجيع وجذب الإستثمارات لاسيما الأجنبية منها.

أولا/الإطار المفاهيمي للشراكة:

سنقوم في هذا العنصر بدراسة الإطار النظري والمفاهيمي للشراكة، من خلال تحديد تعريفها على المستوى الجزئي، ثم على المستوى الكلي وبالإضافة إلى خصائصها و مختلف الأشكال التي تتخذها الشراكة، وأخيرا أهم المزايا التي توفرها هذه الأخيرة.

1- مفهوم الشراكة:

يعتبر مدلول الشراكة مفهوما حديثا، ظهر إلى الوجود لأول مرة في القاموس في سنة 1987 بالصيغة الآتية " نظام يجمع المتعاملين الإقتصاديين والإجتماعيين"⁽⁴⁾، أما في ميدان العلاقات الإقتصادية الدولية، فقد إستعمل مصطلح شراكة لأول مرة من طرف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED) في نهاية الثمانينات⁽⁵⁾.

أ- تعريف الشراكة على المستوى الجزئي:

" الشراكة الأجنبية هي عقد أو إتفاق بين شخصين أو مشروعين أو أكثر قائم على التعاون فيما بين الشركاء للقيام بنشاط إنتاجي (مشاريع تكنولوجية وصناعية) أو خدماتي أو تجاري أو إنتاج سلعة جديدة أو تنمية السوق...، حيث لا يقتصر هذا التعاون فقط على مساهمة كل منهما في رأس المال، بل يمتد أيضا إلى المساهمة الفنية الخاصة بعملية الإنتاج وإستخدام براءات الإختراع والمعرفة التكنولوجية، وكذا المساهمة في جميع عمليات مراحل الإنتاج والتسويق بهدف تقاسم الطرفين المنافع والأرباح التي سوف تتحقق من هذا التعاون طبقا لمدى مساهمة كل منهما المالية والفنية"⁽⁶⁾.

في حين هناك من يعرف الإستثمار المشترك على أنه ينطوي على عمليات إنتاجية أو تسويقية تتم في دول أجنبية أو يكون أحد الأطراف فيها شركة دولية تمارس حقا كافيا في إدارة المشروع أو العملية الإنتاجية بدون السيطرة الكاملة عليه⁽⁷⁾.

إنطلاقا من التعاريف السابقة، يمكننا تقديم تعريفا شاملا للشراكة على أنها نشاط إقتصادي ينشأ بفضل تعاون الأشخاص ذوي المصالح والأهداف المشتركة لإنجاز مشروع معين، ويمكن أن تكون طبيعة التعاون: تجارية، مالية، تقنية أو تكنولوجية.

ب- تعريف الشراكة على المستوى الكلي:

يراد بالشراكة على المستوى الكلي، تعاون دولتين أو أكثر في نشاط إنتاجي أو إستخراجي أو خدماتي، حيث يقوم كل طرف بالمساهمة بنصيب من العناصر اللازمة لقيام هذه الشراكة والمتمثلة في الرأسمال، العمل والتنظيم...، وقد يتخذ هذا التعاون المشترك شكل إقامة مشروعات جديدة، أو زيادة الكفاءة الإنتاجية لمشروعات قائمة فعلا عن طريق إدماجها في مشروع مشترك يخضع لإدارة جديدة⁽⁸⁾، كإتفاقية الشراكة

الجزائرية مع الإتحاد الأوروبي، ويهدف هذا التعاون إلى ضمان المصالح الإقتصادية المشتركة للطرفين. كما تسعى الشراكة من خلال برامج التعاون إلى دعم وتوثيق التنمية وتنوع وعصرنة الإقتصاد الجزائري لمواجهة المنافسة الأجنبية وتصدير منتجاته للأسواق الخارجية.

2- خصائص الشراكة:

- الشراكة ما هي إلا وسيلة لتنظيم علاقات مستقرة ما بين وحدتين أو أكثر (دول أو مجموعات إقليمية)، فتستدعي هذه العملية جملة من الخصائص نذكر منها مايلي⁽⁹⁾:
- علاقات التكافؤ بين المتعاملين، وميزة الحركية في تحقيق الأهداف المشتركة.
 - خاصية الإتفاق بين الطرفين أحدهما وطني والآخر أجنبي على المدى المتوسط أو الطويل للقيام بنشاط إنتاجي في الدولة المضيفة للمشروع.
 - قد يكون الطرف الوطني شخص معنوي عام أو خاص.
 - لا تقتصر الشراكة فقط على تقديم حصة في شكل رأس المال، بل يمكن المساهمة عن طريق تقديم خبرة أو نقل تكنولوجيا أو معرفة تقنية وإدارية ... الخ.
 - لا بد أن يكون لكل طرف الحق في إدارة المشروع (إدارة مشتركة)، التقارب والتعاون المشترك على أساس الثقة بغية تحقيق الأهداف والمصالح المشتركة وتقاسم الخسائر، (على الأقل في مجال النشاط المعني بالتعاون) والتي ينبغي أن تؤدي إلى تحقيق نوع من التكامل (Complémentarité) والمعاملة المماثلة (Réciprocité) على مستوى مساهمات الشركاء والمتعاملين.
 - تنسيق القرارات والممارسات المتعلقة بالنشاط والوظيفة المعنية بالتعاون (Coordination et Harmonisation)⁽¹⁰⁾.

من هذا المنطق يمكننا القول أن الشراكة الإقتصادية تختلف في أسسها عن الإستثمار الأجنبي المباشر الذي يقوم على الإنفراد بالإنتاج والملكية الكاملة لرأس المال، بالرغم من أن الشراكة هي صورة من صور الإستثمار الأجنبي المباشر والذي يعرفه صندوق النقد الدولي على أنه " ذلك النوع من أنواع الإستثمار الدولي الذي يعكس هدف حصول كيان مقيم في إقتصاد ما على مصلحة دائمة في مؤسسة مقيمة في

إقتصاد آخر، وتنطوي هذه المصلحة على وجود علاقة طويلة الأجل بين المستثمر المباشر والمؤسسة، بالإضافة إلى تمتع المستثمر المباشر بدرجة كبيرة من النفوذ في إدارة المؤسسة⁽¹¹⁾.

3-أنواع الشراكة :

الشراكة هي شكل من أشكال التعاون والتقارب بين المؤسسات الإقتصادية بإختلاف جنسيتها قصد إنجاز مشاريع معينة، كما تتخذ الشراكة أشكالا وأنماطا عديدة، سنحاول تقديم أهمها:

أ. شراكة تكنولوجيا أو تقنية:

إذ يتم في إطار إستراتيجية التعاون المشترك كأن يحصل بين الطرف الجزائري والأجنبي، حيث يساهم الطرف الأول برأسمال جزائري 100%، أما الطرف الثاني المالك للتكنولوجيا وللتقنية يقوم بنقلها وتكوين يد عاملة مؤهلة مقابل حصوله على الإيرادات المالية، في حين الطرف الأول يستفيد من تحويل المعرفة والتكنولوجيا، وتقنيات حديثة في مجال الإنتاج⁽¹²⁾.

ب. شراكة صناعية:

هي شراكة بين مؤسسات إقتصادية في المجال الصناعي، حيث يتطلب هذا الأخير وسائل جدّ متطورة وكذا تكاليف ضخمة مخصصة لها لإنشاء مصانع من أجل القضاء على البطالة وخلق مناصب الشغل⁽¹³⁾.

ج. شراكة تجارية:

هذا النوع من الشراكة يهدف إلى تقوية وتعزيز مكانة المؤسسات الإقتصادية في السوق التجارية من خلال إستغلال العلاقات التجارية وضمنان تسويق منتجاتها⁽¹⁴⁾.

د. شراكة مالية:

هذا الشكل من الشراكة يتعلق بالجانب المالي في مجال الإستثمارات، وهذا النمط يختلف عن باقي الأشكال الأخرى من خلال الإرتكاز على مركز و وزن كل شريك، مدة الشراكة وأخيرا تطوير مصالح كل شريك⁽¹⁵⁾.

4- المزايا التي توفرها الشراكة :

تعد الشراكة الأداة المفضلة التي من خلالها توفر مزايا للطرفين: الدولة المضيفة للإستثمار من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى⁽¹⁶⁾.

ففي تسمح بتبادل الخبرات والتكنولوجيا الجديدة، بإكتساب المزيد من الخبرة والمعرفة حول الأسواق المحلية والأجنبية من خلال الصادرات والإستثمار المباشر وكذا مناهج التسيير مع إمكانية الحصول على التمويل.

كما أنها تؤدي إلى زيادة فرص التوظيف الإستثماري للمدخرات ورؤوس الأموال المحلية عند توظيفهما مع المشروع الأجنبي، وتشجيع المستثمرين المحليين على عدم تهريب أموالهم للخارج، باعتبار أن المشروع المشترك يعمل على تحقيق أهداف الإقتصاد الوطني، عكس الإستثمار الأجنبي المباشر المملوك بصفة كاملة للطرف الأجنبي الذي يخدم مصالح بلده.

بالإضافة إلى سهولة إكتساب الأسواق المحلية والحصول على المواد الأولية وبراءات الإختراع واليد العاملة الرخيصة والإنتاج بتكاليف منخفضة. أخيرا، تسمح الشراكة بالحصول على إمتيازات وإجراءات تفضيلية في هذه الدول لا يمكن أن تحصل عليها في بلدانها الأصلية.

ثانيا/ الشراكة كمعيار لقبول الإستثمارات الأجنبية في الجزائر

من أجل إستقطاب الإستثمار الأجنبي، أعلنت الدولة الجزائرية صراحة عن نيتها في تحرير الإستثمار من القيود المفروضة عليه، وذلك بوضع ميكانيزمات حيث قامت بتقديم حوافز ومزايا وضمائنات للمستثمرين الأجانب تتفاوت من حيث الكم والكيف مقارنة مع ما يحصلون عليه في بلدانهم الأصلية قصد جلب المزيد من الاستثمارات الأجنبية، لاسيما في الفترة الممتدة ما بين سنة 1990 و 2008⁽¹⁷⁾.

بالرغم من الإمتيازات والضمانات الواسعة الممنوحة في إطار قانون الإستثمار الجزائري، إلا أن حجم الإستثمارات الأجنبية المسجلة في البلاد، لم يكن يتلاءم مع مستوى الطموحات المرجوة، كما أن تزايد حدة الأزمة المالية والإقتصادية العالمية لسنة 2008⁽¹⁸⁾ ساهمت في إنكماش إستثمارات المؤسسات الكبيرة، ليس في الجزائر فحسب، بل عبر العالم كله، وعلى هذا الأساس أقرت الدولة في قانون المالية التكميلي

لسنة 2009 بعض الشروط والإجراءات القانونية على الإستثمارات الأجنبية ومن بينها اللجوء إلى الشراكة⁽¹⁹⁾ كمعيار لقبول الإستثمار الأجنبي وتقييدها بجملة من التدابير لحماية الإقتصاد الوطني وهي:

- حصر الإستثمار الأجنبي وفق تشريعات الإستثمار في شكلين .
- إشتراط مبدأ الأفضلية الوطنية بقاعدة 51% و 49% في الشراكة.
- اشتراط تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لصالح الجزائر.
- إشتراط الموافقة المسبقة من قبل المجلس الوطني للإستثمار بالنسبة للإستثمار الأجنبي.
- منع الإستثمار الأجنبي من الإستدانة من البنوك الخارجية .

1- حصر الإستثمار الأجنبي وفق تشريعات الإستثمار في شكلين:

على ضوء النصوص القانونية فإن سياسة الإستثمار في الجزائر تتعلق بالإستثمار الذي يتم إما بطريقة مباشرة أو عن طريق الشراكة وهو يتخذ فرعين أساسيين، حيث يدعى الفرع الأول شكل الشركة (forme sociétaire)، في حين يسمى الفرع الثاني شكل لا شركة (forme non sociétaire)، إذ يتم الفرع الأول بعد إنشاء هيكل الشركة التي يمكن أن يساهم فيها المستثمر الأجنبي بنسب كلية أو شبه كلية وعادة ما تأتي على شكل شركة مختلطة وهذا ما يسميه المختصون بالإستثمار المباشر، أما الفرع الثاني فيتم على شكل مقاولات أو إتفاقيات كلاسيكية وهذا ما يسمى بالشراكة⁽²⁰⁾.

2- إشتراط مبدأ الأفضلية الوطنية بقاعدة 51% و 49% في الشراكة:

لقد ألزم المشرع الجزائري في إطار قانون المالية التكميلي لسنة 2009 في محتوى المادة 58 المتمم للأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الإستثمار في المادة 4 مكرر 1 منه⁽²¹⁾، على أن تخضع الإستثمارات الأجنبية المتعلقة بالنشاطات الإقتصادية لإنتاج السلع والخدمات قبل إنجازها إلى تصريح لدى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار.

بالإضافة إلى هذا، على المستثمرين الأجانب الراغبين في إنجاز مشاريع إستثمارية في إقليم الجزائر أن يتم ذلك عن طريق الشراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية نسبة 51% للطرف الوطني و 49% للطرف الأجنبي، أي تطبيق هذه القاعدة بشكل أفقي وتعميمها

على كل القطاعات والنشاطات بدون إستثناء سواء كانت قطاعات إستراتيجية بالنسبة للدولة أو غير ذلك.

كما تشير المادة 55 من قانون المالية لسنة 2014⁽²²⁾ إلى أن الإستثمارات الأجنبية بالشراكة والتي تساهم في نقل وتحويل المهارات نحو الجزائر و/أو إنتاج للسلع في إطار نشاط منجز في الجزائر تحقق نسبة إدماج تفوق 40% تستفيد من مزايا جبائية وشبه جبائية من المجلس الوطني للإستثمار. كما أحيل إلى التنظيم طرق تحديد المساهمة في تحويل المهارات وإنتاج السلع وكيفية منح المزايا من طرف المجلس الوطني للإستثمار. إضافة إلى هذا، نجد المشرع الجزائري في قانون المالية المشار إليه أعلاه، أنه قام برفع وزيادة نسبة المساهمة الوطنية المقيمة ب51% على الأقل من رأس المال الإجمالي، عندما يتعلق الأمر بممارسة أنشطة الإستيراد بهدف إعادة بيع الواردات على حالها من طرف الأشخاص الطبيعيين والمعنويين ولا يكون ذلك إلا في إطار الشراكة، بينما في إطار قانون المالية التكميلي لسنة 2009، فقد كانت تقدر النسبة ب30%.

نصت المادة 4 مكررا 1 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بالإستثمار المعدل والمتمم والتي تقابلها المادة 62 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، بإلزام أن تكون الإستثمارات الأجنبية المنجزة مع المؤسسات العمومية الإقتصادية بالشراكة، وإستيفائها للشروط المقررة في المادة 4 مكرز أعلاه⁽²³⁾، مع إلزامية المشرع أيضا على الشريك الأجنبي البحث عن الشريك الوطني الذي يريد الإستثمار عن طريق الشراكة. إلا أن هذا المبدأ لقي إنتقادات كبيرة من قبل المستثمرين سواء كانوا وطنيين أم أجنب وكذا من مختلف الهيئات الدولية المهتمة بالإستثمار ومن الدول، حيث تشكل عائقا لجذب الإستثمارات من عدة نواحي إذ:

كان من الأفضل أن يتم تطبيق القاعدة 51% و49% على القطاعات والنشاطات الإستراتيجية الحساسة للدولة ولما لا أن تكون بنسبة 100%.

كما يواجه المستثمر الأجنبي مشكلة البحث عن الشريك الوطني، لذا تعتبر مرحلة البحث من أصعب المراحل في إعداد مشروع الشراكة، لأنه من الصعب إيجاد الشريك الذي يتوافق ربما مع الأهداف المرجو تحقيقها من الطرف الأجنبي. كما تعتبر هذه المرحلة من أهم القرارات التي تواجهها الشراكة، إذ يجب وضع تصوّر الميزات المراد

توفرها في الشريك، ثم تحديد الشركاء المحتملين، وأخيرا القيام بتحليل دقيقة وموضوعية للشركاء المحتملين. ولدراسة هذا الأمر يتطلب فرقة من الخبراء وذوي الإختصاص تؤهلهم لإختيار الشريك المناسب، وذلك بالنظر إلى المعايير التالية: (معيار حجم المؤسسة الإقتصادية، معيار نمط التسيير وثقافة المؤسسة، معيار التكنولوجيا المستعملة، وأخيرا معيار القدرات المالية).

3-إشتراط تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لصالح الجزائر:

تساعد الشراكة على تخفيف العبء على ميزان المدفوعات، حيث سيتم التقليل من التحويلات الرأسمالية إلى الخارج في شكل أرباح إلا بقدر نصيب الشريك الأجنبي فقط، كون المشروع المشترك قائم في جزء كبير من رأسماله على المدخرات الوطنية، كما تساعد أيضا على توفير مناصب الشغل، وهذا ما جاء في المادة 4 مكررا من الأمر رقم 01-09 السالف الذكر⁽²⁴⁾، وكذا نص المادة 56 من قانون المالية لسنة 2014⁽²⁵⁾ بهدف الحد من تحويلات حصص الأرباح بالعملة الصعبة من قبل مساهمين أو شركاء أجنب ومنعهم من التحكم في المؤسسات الجزائرية.

يعتبر هذا الإجراء قييدا بالنسبة للمستثمر الأجنبي ومخالفا لمبدأ ضمان حرية المستثمر في تحويل المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية والفوائد وإعادة تحويل رؤوس الأموال، وقد أشارت إليه المادة 31 من الأمر رقم 03-01 السالف الذكر⁽²⁶⁾. كما نجد في السياق ذاته محتوى المادة 126 من الأمر رقم 11-03 السالف الذكر⁽²⁷⁾ التي تنص صراحة: "على الترخيص لغير المقيمين بتحويل " رؤوس الأموال وكل النتائج والمداخيل والفوائد والإيرادات وسواها من الأموال المتصلة بالتمويل يسمح بإعادة تحويلها وكما تتمتع بالضمانات المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية التي وقعها الجزائر".

بمعنى أن الحق في تحويل الرساميل يعد من أهم الضمانات التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي، ويعتبره البعض شرط أساسي لجذب رؤوس الأموال الأجنبية ذلك إذا أحسن حمايته، وهو ضمان الحق في التحويل بدون شروط⁽²⁸⁾.

4-إشتراط الموافقة المسبقة من قبل المجلس الوطني للاستثمار بالنسبة للإستثمار الأجنبي:

عملا بمقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 4 مكرّر من الأمر رقم 01-09 المتضمن لقانون المالية التكميلي لسنة 2009 السالف الذكر⁽²⁹⁾، بضرورة خضوع كل المشاريع الإستثمارية سواء كانت مباشرة أو في إطار الإستثمار بالشراكة إلى الدراسة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار دون الإستثمارات الوطنية.

كما يبرز مجال تدخل المجلس الوطني للإستثمار فيما آلت إليه المادة 59 من قانون المالية لسنة 2014⁽³⁰⁾، أن الإستثمارات التي يتجاوز مبلغها 1.500.000.000 دج أو يساويه لا تستفيد من مزايا النظام العام إلاّ بعد الحصول على مقرر من المجلس الوطني للاستثمار، في حين كان إطار قانون المالية التكميلي لسنة 2009 يقدر المبلغ ب500 مليون دينار أو يساويه، وهذا بشرط إيداع المستثمر(المستفيد) لتعهد كتابي يتضمن منح الأفضلية للمنتوج والخدمات ذات الطابع الوطني(الجزائري).

في هذا الصدد، يستفيد المستثمر من الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة في الإقتناءات ذات مصدر جزائري أو في حالة التأكد من عدم وجود منتج محلي مشابه، وفقا لمحتوى نص المادة 9 مكرّر1 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009⁽³¹⁾.

عليه، نجد أن الإستثمارات الأجنبية المباشرة أو في إطار الشراكة يفرض الحصول على ترخيص من المجلس الوطني للإستثمار، خلافا للإستثمارات الوطنية، وبالتالي فهذه الإجراءات المقررة تتناقض وتتعارض مع مبدأ المساواة في المعاملة⁽³²⁾ وكذا المساواة أمام القانون⁽³³⁾، مما يؤدي حتما إلى عزوف المستثمرين الأجانب المحيي إلى الجزائر بهدف الإستثمار.

5- منع الإستثمار الأجنبي من الإستدانة من البنوك الخارجية:

ورد في نص المادة 58 في قانون المالية التكميلي 2009، فرض إلزامية اللجوء إلى البنوك الوطنية لضمان التمويل الضروري لإنجاز المشاريع في سياق الإستثمارات الأجنبية المباشرة أو عن طريق الشراكة بإستثناء تشكيل الرأسمال الإجتماعي، وبالإضافة إلى إمكانية المؤسسة المنشأة في إطار الإستثمارات الأجنبية المباشرة أو عن

طريق الشراكة الإستفادة في حالة اللجوء إلى التمويل المحلي من الضمانات المالية الممنوحة من المؤسسات المالية المتعددة الأطراف⁽³⁴⁾.

مما يجعل هذا الإجراء يشكّل عائقا رئيسيا خاصة في ظل صعوبة الوصول إلى التمويل على مستوى البنوك الجزائرية بالنظر إلى بيروقراطية الإدارة وبطء الإجراءات التي تعترى تسيير البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر، حيث وجد الإستثمار الأوروبي والإستثمار العربي نفسيهما أمام طريق مسدود، فلهما قادران على ضمان التمويل الذاتي، ولا هما قادران على ضمان اللجوء إلى تسوية ملف التركيب المالي بسهولة لدى المصارف المحلية.

خاتمة

في الأخير، من البديهي أن الشراكة بين طرفين غير متكافئين في الإمكانيات المادية، القدرات البشرية، التقنية والوزن السياسي، ستؤدي حتما إلى نتائج لصالح الطرف الأقوى ومكلفة للطرف الضعيف، وعليه من أجل جعل أسلوب الشراكة أكثر فعالية لجذب المزيد من الإستثمارات الأجنبية في الجزائر لا بد من إتباع الخطوات التالية:

حيث أن إنجاح الشراكة الجزائرية الأجنبية والمضي بها قدما، يتوقف أساسا على نسبة النمو التي تحققها الجزائر حاليا والتي تبقى غير كافية لأنها تعتمد فقط بالدرجة الأولى على الإستثمارات. وعليه، على الدولة تبني محركات جديدة تدفع بعجلة النمو الإقتصادي، إذ تعمل هذه المحركات في دعم الصناعات ذات القيمة المضافة مثل البترو كيمياء والصناعات الصيدلانية والميكانيكية وتكنولوجيا المعلومات، كذلك تقوية المناولة الصناعية خاصة في مجال الطاقات الجديدة والمتجددة، وذلك من خلال إلزام الشركاء الأجانب بنقل التكنولوجيا في ذات السياق. مع ضرورة تمويل هذه العمليات من خارج قطاع المحروقات ودون اللجوء إلى الإستثمارات العمومية أي تفعيل آليات التمويل الأخرى كالبنوك والبورصة⁽³⁵⁾.

كما يتوقف نجاح الشراكة الجزائرية الأجنبية على عدّة إقتراحات من شأنها المساهمة في تفعيلها منها: ضرورة إعادة الإعتبار لقاعدة 51% و 49%، من حيث عدم تعميمها وتطبيقها فقط على القطاعات الإستراتيجية مع إمكانية إلغائها بالنسبة لبعض القطاعات غير الإستراتيجية مثل الخدمات وإعفاء الشركات الأجنبية من إلزامية إشراك

متعامل وطني بنسبة لا تقل عن 51% بالمائة في مشاريعها الإستثمارية بالجزائر بالنسبة لبعض النشاطات التي تساهم في نقل وتوطين التكنولوجيات الحديثة وتكوين الكفاءات الوطنية⁽³⁶⁾.

ضرورة إدراج بنود تتعلق بمبدأ "الشراكة بالتدريب في العمليات الاستثمارية التي تحصل بالشراكة مع متعاملين أجنب، حيث يمكن أن النص على هذا المبدأ من خلال إلتزام الشريك الأجنبي بتكوين وإعادة تأهيل العمالة الوطنية تماشيا مع التطورات التكنولوجية المتسارعة.

أخيرا وجوب تطهير المؤسسات العمومية والخاصة وذلك بإلغاء العوائق الإدارية التي تقف دائما وراء الشروع في تنفيذ المشاريع الإستثمارية، وكذا تخفيف الجباية عليها خاصة وأن الجزائر أمام فرصة حقيقية لإستقطاب حجم أكبر من الإستثمارات الأجنبية موازاة مع الأوضاع الإقتصادية والسياسية المستقرة مقارنة بباقي دول المنطقة. وبالإضافة إلى الإستثمارات العمومية الضخمة المقررة للسنوات الخمس المقبلة وتوفر آليات التمويل المحلية سواء عن طريق البنوك أو السوق المالية⁽³⁷⁾.

الهوامش:

(1). Voir Jean –Marc LONCLE, " La notion d'investissements dans les décisions du CIRDI ", Revue de Droit des Affaires Internationales, Numéro3, 2006, p. 327.

(2). محمد يعقوبي، لخضر عزي، " الشراكة الأورو متوسطية وأثارها على المؤسسة الإقتصادية "، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، ص01.

(3). أمر رقم 01-09، مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44. صادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

(4). Voir, Marie Françoise LABOUZ, Le Partenariat de L'union Européenne avec les pays tiers, Conflis et Convergences, Bruylant, Bruxelles, 2000, P.48.

(5). Ibid, p. 48.

(6). بن حمودة، بن قانة إسماعيل، " أزمة العقار في الجزائر ودوره في تنمية الإستثمار الأجنبي "، مجلة الباحث، عدد 05، الجزائر، 2007، ص 64.

(7). سميح مسعود برقواوي، " المشروعات العربية المشتركة، الواقع والأفاق "، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية، الطبعة الأولى، بيروت، ماي 1988، ص ص 18-19.

(8) عمورة جمال، " دراسة تحليلية وتقييمية لإتفاقيات الشراكة العربية الأورو- متوسطة "، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة دكتوراه في العلوم الإقتصادية، فرع : تحليل إقتصادي، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2005 – 2006، ص 158.

(9) Marie Françoise LABOUZ,... op.cit, PP. 39-40.

(10) Voir, Bruno PONSON, Nguyen VAN CHAN, Georges HIRSCH, Partenariat d'entreprise et Mondialisation, Karthala, Paris, 1999, P. 26.

(11) بن عزوز محمد، " الشراكة الأجنبية في الجزائر، واقعها وأفاقها"، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2001، ص 12.

(12) منصور الزين، " آليات تشجيع وترقية الإستثمار كأداة لتمويل التنمية الإقتصادية "، أطروحة دكتوراه في العلوم الإقتصادية، تخصص: نقود ومالية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2008، ص 229.

(13) المرجع ذاته، ص 229.

(14) المرجع ذاته، ص 229.

(15) المرجع ذاته، ص 229.

(16) بن عزوز محمد، " الشراكة الأجنبية في الجزائر....."، المرجع السابق، ص ص 13-14.

(17) قانون رقم 90-10، مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 16، صادر بتاريخ 18 أفريل 1990، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 01-01، مؤرخ في 27 فيفري 2001، ج ر عدد 14، صادر بتاريخ 28 فيفري 2001 (ملغى)، بموجب الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، ج ر عدد 52، صادر في 27 أوت 2003. مرسوم تشريعي رقم 93-12، مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الإستثمار، ج ر عدد 64، صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

أمر رقم 03-01، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 22 أوت 2001، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 06-08، مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47، صادر في 19 جويلية 2006.

(18) بنك الجزائر، التقرير السنوي 2008، التطور الإقتصادي والنقدي للجزائر، سبتمبر 2009، ص 64.

(19) كما قام المشرع الجزائري بتوسيع تجسيد آلية الشراكة في الميدان الإقتصادي لا سيما بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ونذكر على سبيل المثال بعض المجالات :

في المجال المصرفي: راجع المادة 06 من الأمر رقم 04-10، مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 50، صادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

في مجال التجارة الخارجية: راجع المادة 4 مكرر من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، المرجع السابق.

في مجال الصفقات العمومية: راجع المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم بموجب المرسوم

الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر عدد 04، صادر بتاريخ 26 جانفي 2012، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 جانفي 2013، ج ر عدد 02، صادر بتاريخ 13 جانفي 2013. كما تتمثل القطاعات المستهدفة للإستثمار عن طريق الشراكة في المجالات التالية: البتر وكيمياء، المخصبات، الألياف النسيجية، الفولاذ، المعادن الحديدية الألمنيوم، الإسمنت، المنتجات الصيدلانية، صناعة السيارات، الصناعة الحديدية، والميكانيكية والالكترونية والصناعات الزراعية، للإطلاع أكثر أنظر الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار(ANDI): www.andi.dz

⁽²⁰⁾فاطمة الزهراء، " تاريخ التنمية في الجزائر من منظور قانون الشراكة الأورو متوسطية"، منشور على الموقع الإلكتروني: www.Ahwar.org/debat/show.asd

⁽²¹⁾راجع المادة 4 مكرّر 1 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، المرجع السابق.

⁽²²⁾راجع المادة 55 من القانون رقم 13-08، مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013.

⁽²³⁾راجع في ذلك المادة 62 من الأمر رقم 09-01، المرجع السابق.

⁽²⁴⁾راجع المادة 4 مكرّر 1 من الأمر ذاته.

⁽²⁵⁾راجع المادة 56 من القانون رقم 13-08، المرجع السابق.

⁽²⁶⁾راجع المادة 31 من الأمر رقم 01-03، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁽²⁷⁾راجع المادة 126 من الأمر رقم 03-11، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁽²⁸⁾عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2005، ص ص 225-226.

⁽²⁹⁾راجع المادة 4 مكرّر 1 من الأمر رقم 09-01، المرجع السابق.

⁽³⁰⁾راجع المادة 59 من القانون رقم 13-08، المرجع السابق.

⁽³¹⁾راجع المادة 9 مكرّر 1 من الأمر رقم 09-01، المرجع السابق.

⁽³²⁾ Voir, Hamid HAMIDI, Réforme économique et propriété industrielle, OPU, Alger, 1993.p. 20.-

أنظر كذلك: يوسف محمد، " مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الإستثمارات، مجلة إدارة، مجلد 9، عدد 02، 1999، ص 91.

- يقصد بمبدأ المساواة عدم التفرقة و التمييز في المعاملة بين المستثمرين سواء كانوا وطنيين أم أجانب من حيث الحقوق، المزايا والضمانات.

⁽³³⁾كرس مبدأ المساواة أمام القانون في نص المادة 29 من دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المتمم بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، المعدل بموجب القانون رقم

08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

⁽³⁴⁾ راجع في ذلك: المواد 1، 2 و3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-320، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، المحدد لكيفيات اللجوء إلى التمويل الضروري لإنجاز إستثمارات أجنبية مباشرة أو بالشراكة، ج ر عدد 48، صادر بتاريخ 29 سبتمبر 2013.

⁽³⁵⁾ مستقبل الشراكة الأجنبية الجزائرية محور ندوة لحزب جبهة التحرير، بتاريخ 17 فيفري 2011، منشور على الموقع الإلكتروني: www.radioalgerie.dz -

⁽³⁶⁾ Ibid .

⁽³⁷⁾ Ibidem.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Revue Académique
de la Recherche Juridique

RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/ Septième Année/ Volume 13/ N° 01-2016

ISSN : 2170 - 0087
Dépôt légal n° 2010-57

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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, Maître de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques - Université Abderrahmane Mira - Bejaia

Secrétariat Technique

- Mr. MOURI Sofiane
- Mr. BENMOUHOU B Fawzi
- Mr. BENKHELIFA Samir
- Mr. AOUF Saadi

Révision linguistique

- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi (Anglais)
- Dr. TRIKI Farid (Arabe)
- Dr. BERRI Noureddine (Français)

Comité scientifique :

- Pr. ZOUAÏMIA Rachid, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Alanbar, Irak,
- Pr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Institut d'Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. RAZGUINE Ramdhan, Université de Batna,
- Pr. KAHLOULA Mohamed, Université de Tlemcene,
- Pr. MOHAMED Hacen Elkacimi, Université des Emirats Arabes-Unies,
- Pr. MOHAMED Khallil Youcef Aboubaker, Université El-Zaytouna, Jordanie
- Pr. GILES Mathieu, Université Paule Sézame, Marseille III, France,
- Pr. LOÏC Cadiet, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. DELEBECQUE Philippe, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. BOUDRIOUA Abdelkrim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- 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. KEBAILI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabie Saoudite,
- Dr. AMAL FADAL Mohamed Abdullah, Université Kabous , Oman.

Protocole de rédaction

Les articles adressés à la rédaction de la revue peuvent être rédigés soit en arabe, en français, ou en anglais, accompagnés d'un résumé, les mots clés et du titre en trois langues. Ils sont soumis à l'appréciation du comité de rédaction pour une sélection technique préalable, puis à l'expertise d'au moins deux experts, membres du comité scientifique qui se prononcent sur leur publication.

Les contributions, doivent respecter les normes suivantes :

Indications relatives à l'auteur

Nom et Prénom (en arabes et en français) de l'auteur suivis du titre universitaire ou professionnel qu'il souhaite utiliser. Les auteurs étrangers doivent joindre à leur contribution un *Curriculum Vitae* avec le cachet de leur établissement ou, le cas échéant, une attestation de travail.

Notes de bas de pages

Les notes seront numérotées d'une manière continue à la fin de l'article sans utiliser l'Insertion Automatique.

Références

Les auteurs indiqueront :

- Ouvrages : Auteur, Titre, Editeur, Lieu d'édition, Année d'édition, pages.
- Articles : Auteur, Titre, Revue, Volume, Numéro, Année, Pages.
- Communication : Auteur, Titre, Nature de la rencontre scientifique, Lieu, Période, Pages.

Présentation

Les articles soumis à la Revue ne doivent pas dépasser 20 pages.

- Pour les articles rédigés en langue arabe, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police **Sakkal Majalla**, taille 20 pour les développements et 16 pour les notes, Interligne 01 cm.
- Pour les articles rédigés en français, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police Times New Roman, taille 14 pour les développements et 12 pour les notes.

Les articles doivent être remis ou transmis en 2 exemplaires, format papier accompagnés d'un CD, à l'adresse suivante :

Faculté de droit et des sciences politiques, Université Abderrahmane-Mira, Bejaia
Campus Aboudaou. Tel/Fax : 034229357.

Courriel : revue.academique@yahoo.fr

Site Internet: <http://droit-bejaia-revue-academique.net>

**Les opinions émises dans les articles publiés par la
Revue n'engagent que leurs auteurs.**

But de la revue

La revue académique de recherche juridique, revue semestrielle spécialisée dans le domaine juridique, est créée en vertu du PV du Conseil scientifique de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université Abderrahmane Mira- Béjaia (n° 07/CSF/FD/08 de l'année 2008).

La revue dispose d'un comité de rédaction composé du directeur de la publication, rédacteur en chef, d'un comité scientifique et d'un comité de lecture regroupant un certain nombre de Professeurs algériens et étrangers spécialistes des études juridiques.

La publication d'articles est soumise à un certain nombre de conditions fixées selon les critères nationaux et internationaux admis dans les travaux scientifiques et académiques.

Les articles adressés à la rédaction de la Revue font l'objet d'une expertise du comité scientifique (2 experts) et, éventuellement d'une contre-expertise.

La revue a pour objectif d'éclairer le lecteur sur l'actualité juridique nationale et internationale, de développer la culture juridique et de contribuer à la richesse de la bibliothèque nationale en matière d'études juridiques.

En outre, la possibilité offerte aux chercheurs de publier en trois langues différentes permet de diffuser la culture juridique à grande échelle.

Elle a pour objectif de venir en aide aux enseignants chercheurs qui souhaitent accéder aux grades supérieurs de leur carrière, et leur permettre de soutenir leurs Thèses de Doctorat ou de présenter un dossier d'habilitation universitaire.

Sommaire

ZOUAÏMIA Rachid

La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 201507

BELIMANE Yamina

La diffusion de la publicité Commerciale36

La délégation conventionnelle de service public à la lumière du décret présidentiel du 16 septembre 2015

Pr. ZOUAÏMIA Rachid
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.

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

Résumé :

Le recours à divers procédés de délégation de service public par voie contractuelle n'a pas manqué d'alimenter la controverse : d'aucuns considèrent qu'on est en présence d'une érosion de la notion de service public en ce que des activités d'intérêt général sont confiées à des entreprises privées dont le seul but est de réaliser des profits et de conclure à l'impossible équation entre service public et marché. Un tel point de vue est contesté par les tenants de la libéralisation qui rejettent l'argumentaire développé pour montrer l'efficacité de la gestion privée en termes de gouvernance allant même jusqu'à remettre en cause la pertinence de la notion de service public.

A la lumière des textes régissant la délégation conventionnelle, notamment le décret présidentiel du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, on constate que les pouvoirs publics tentent une conciliation entre les objectifs d'intérêt général et les principes du libéralisme économique. Si la gestion du service public est confiée à une entreprise privée, il reste qu'elle sera soumise, au même titre que dans le cas d'un établissement public, à un régime juridique exorbitant qui permet d'assurer la continuité du service public et de soumettre les prestations offertes par le délégataire au principe d'adaptation constante aux évolutions technologiques, de sorte que la qualité du service soit garantie.

Mots-clés :

Délégataire, délégation, gestion privée, intérêt général, service public.

Conventional delegation of public service in view of the Presidential Decree of 16 September 2015

Abstract:

The use of various methods of delegation of public service by contract did not fail to fuel the controversy: some consider that we are in the presence of an erosion of the concept of public service in that activities of general interest are transferred to private companies whose sole purpose is to earn profits and to conclude to the impossible equation between public service and market. Such a view is contested by proponents of liberalization who reject the arguments developed to show the efficacy

of private management in governance even going so far as to question the relevance of the concept of public service.

In view of the texts governing the conventional delegation, including the Presidential Decree of 16 September 2015 on the regulation of public procurement and public service delegations, we find that the government attempt conciliation between the objectives of interest General and principles of economic liberalism. If the public service management is entrusted to a private company, still it is subject, just as in the case of a public institution, at an exorbitant legal regime that ensures the continuity of public service and to submit the services offered by the delegate to the principle of constant adaptation to technological developments, so that the quality of service is guaranteed.

Keywords:

Delegate, Delegation, general interest, private management, public service.

التفويض الاتفاقي للمرفق العام في ضوء المرسوم الرئاسي المؤرخ في 16 سبتمبر 2015

الملخص:

منذ حلول التسعينات تم تمديد سياسة الخصخصة الجديدة الى عدة أنشطة ذات الطابع المرفقي مثل استغلال الثرة المائية والتطهير وتشغيل محطات الحافلات والنقل البري والبحري والطرق السريعة. فيسجل البعض تدهور فكرة المرفق العام نتيجة نقل استغلال تلك النشاطات الى شركات خاصة هدفها الوحيد هو الربح وتختتم هذه الصورة باستحالة المعادلة بين الخدمة العمومية والسوق. بينما يرفض أنصار الليبرالية وجهة النظر هذه متمسكين بفعالية الاستغلال الخاص الى حد التشكيك في مدلول فكرة المرفق العام.

في ضوء النصوص القانونية التي تحكم التفويض الاتفاقي للمرفق العام ولا سيما المرسوم الرئاسي المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 نلاحظ ان السلطات العمومية تحاول التوفيق بين الاهداف التي تخدم المصلحة العامة ومبادئ الليبرالية الاقتصادية. وبعبارة أخرى، إذا كان إستغلال المرفق العام يعود إلى شركة خاصة، فيتم إخضاعها الى نظام غير مألوف يضمن مقتضيات المرفق العام كاستمرارية الخدمة العمومية وتقديم الخدمات وفقا لمبدأ التكيف المستمر مع التطورات التكنولوجية، بحيث يتم ضمان جودة الخدمات.

الكلمات المفتاحية :

الإستغلال الخاص، التفويض، المرفق العام، المصلحة العامة، المفوض له.

Introduction

La période de l'Etat interventionniste est celle de la coïncidence entre service public et organismes publics en ce sens que les missions d'intérêt général relèvent soit directement de l'administration publique (gestion en régie), soit de personnes publiques personnifiées sous le label d'établissements publics. Toutefois, et depuis les années 1990, on assiste à la mise en place d'une nouvelle politique de libéralisation, mesurée, qui touche d'abord le secteur marchand à travers l'ouverture d'un ensemble d'activités économiques à l'initiative privée comme elle s'est traduite par un mouvement de privatisation des entreprises publiques. Une telle politique a été étendue à diverses activités érigées en services publics : c'est le cas d'un ensemble d'activités à caractère industriel et commercial, c'est également le cas d'autres activités traditionnellement gérées par des établissements publics à caractère administratif. Certaines délégations de service public ont été effectuées par voie statutaire⁽¹⁾, d'autres sont soumises à un régime conventionnel.

Le procédé contractuel touche un grand nombre d'activités qui relevaient exclusivement du secteur public par le passé. On peut citer l'alimentation en eau potable, l'assainissement, l'exploitation de gares routières, le transport par route, le transport maritime et aérien, les autoroutes. Parallèlement se développent de nouvelles formes de partenariat entre le secteur public et le secteur privé pour répondre aux multiples exigences du développement qui se font de plus en plus pressantes⁽²⁾.

A la lumière des textes régissant la délégation conventionnelle, et notamment du dispositif prévu par le décret présidentiel du 16 septembre 2015⁽³⁾, on constate que les pouvoirs publics tentent une conciliation entre les objectifs d'intérêt général et les principes du libéralisme économique. En effet, si la gestion du service public est externalisée et donc confiée à une entreprise privée⁽⁴⁾, il reste qu'elle sera soumise, au même titre que dans le cas d'un établissement public, à un régime juridique exorbitant qui permet d'assurer la continuité du service public et de soumettre les prestations offertes par le délégataire au principe d'adaptation constante aux évolutions technologiques, de sorte que la qualité du service soit garantie. Pour vérifier dans quel sens l'équation est résolue par les pouvoirs publics, il convient de s'interroger d'abord sur le contenu de la notion de délégation conventionnelle du service public avant de tenter une analyse du régime juridique qui lui est applicable.

I – La consistance de la notion de délégation conventionnelle

La notion de délégation de service public, dont l'apparition est relativement récente, couvre en réalité des procédés anciens. Si l'expression englobe en effet divers procédés mis en œuvre par l'administration dans le cadre de la gestion des services publics, spécialement en France, il reste que les critères qui en délimitent les contours doivent être maniés avec une extrême précaution.

A – Consécration de la notion de délégation de service public

En France, les collectivités publiques ont toujours fait appel à des partenaires privés pour prendre en charge des activités d'intérêt général relevant de leur autorité. Toutefois, la théorie de la concession ne s'est véritablement construite qu'au cours du XIX^{ème} siècle.

Si la concession a perdu du terrain avec l'avènement de l'Etat providence, elle est de nouveau remise à l'ordre du jour à la faveur du processus de libéralisation et de retrait de l'Etat de l'économie dès le début des années 1980. Un tel engouement pour la concession sera encore plus perceptible à la suite de l'adoption de la loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation qui donne aux collectivités territoriales une grande liberté d'action pour prendre en charge les services publics locaux. La doctrine s'empare de cette évolution et résume sous le générique de délégation l'ensemble de ces procédés conventionnels⁽⁵⁾.

En Algérie, et à la suite de la promulgation de la Constitution de 1989, divers textes prévoient la dévolution conventionnelle de service public. C'est ainsi qu'en vertu des dispositions de l'article 132 de la loi relative à la commune, celle-ci crée des services publics communaux pour répondre aux besoins collectifs des citoyens notamment en matière d'eau potable, ordures ménagères, halles et marchés, stationnement payant, cimetières et services funéraires ainsi qu'en matière de transports publics⁽⁶⁾. De tels services publics sont exploités, selon les moyens de la commune, sous forme de régies communales, soit érigés en établissements publics communaux, soit concédés au profit de personnes privées. La loi relative à la wilaya reprend les mêmes dispositions à propos de la voirie, l'aide et soins aux personnes âgées, l'hygiène et le contrôle de la qualité ainsi que les transports publics pour les liaisons à l'intérieur de la wilaya⁽⁷⁾. Quant à l'article 138 de la même loi relative à la commune, il semble considérer la concession de service public comme un procédé exceptionnel de gestion dans la mesure où il précise que «Lorsque les services publics communaux ne peuvent, sans inconvénients, être exploités en régies ou en établissements, la commune peut les concéder». Les mêmes dispositions sont contenues dans l'article 130 de la loi relative à la wilaya⁽⁸⁾.

En 1995, la loi de finances pour 1996 introduit le procédé de la concession en matière d'exploitation des autoroutes : l'article 166 de la loi précise que « la gestion, l'entretien, les travaux d'aménagement et/ou d'extension ainsi que la réalisation des autoroutes et de leurs dépendances peuvent, à condition qu'existe une route de substitution, donner lieu à concession au profit de personnes morales de droit public ou de droit privé selon des modalités fixées par des conventions et cahiers des charges approuvés par voie réglementaire »⁽⁹⁾. De telles dispositions ont été mises en œuvre en vertu d'un décret exécutif du 18 septembre 1996 ayant pour objet la concession d'autoroutes⁽¹⁰⁾, même si le texte a été mis entre parenthèses à l'occasion de la réalisation du projet d'autoroute Est-Ouest où le choix de la logique du marché public a prévalu sur la concession⁽¹¹⁾. A cela, il convient d'ajouter que les pouvoirs publics ont procédé au réaménagement du statut juridique de l'établissement public administratif en charge de la construction des autoroutes en le transformant en établissement public à caractère industriel et commercial⁽¹²⁾ ainsi qu'à la création d'un

établissement chargé de l'exploitation des autoroutes : l'Algérienne de gestion des autoroutes, qualifiée d'établissement public à caractère industriel et commercial⁽¹³⁾. Une telle initiative semble avoir rendu caduques les dispositions du décret exécutif relatif à la concession d'autoroutes, spécialement dans ses dispositions ayant trait à la délégation au profit de personnes privées.

Au cours de l'année 1998, la concession gagne du terrain à la suite de la promulgation de deux lois concernant respectivement le domaine maritime et l'aviation civile. La première modifie le code maritime notamment en introduisant le procédé de la concession de service public. Elle dispose en effet que « Les services de transport maritime sont exploités par des personnes physiques de nationalité algérienne, par des entreprises publiques algériennes ou par des personnes morales de droit algérien ayant la qualité d'armateur et dont le centre principal d'activité se trouve sur le territoire algérien »⁽¹⁴⁾. La loi ajoute en son article 571-2 que « La concession est consentie sur la base d'un cahier des charges selon les conditions et modalités fixées par voie réglementaire ». En vertu du texte d'application de la loi, la concession est consentie sur une base conventionnelle⁽¹⁵⁾.

La seconde, qui a trait à l'aviation civile, consacre la technique de la concession tant pour la construction et la gestion des aéroports que pour l'exploitation de lignes de transport aérien⁽¹⁶⁾. La loi prévoit en effet que l'Etat est responsable de la création, la réalisation, la mise en service et l'exploitation des aérodromes. Toutefois, le législateur autorise la réalisation et l'exploitation d'un aérodrome, d'un aéroport ou d'une hélistation ouverts à la circulation aérienne publique par des personnes physiques de nationalité algérienne ou des personnes morales de droit algérien et ce, sur la base d'une convention. Par ailleurs, le texte législatif prévoit que « l'exploitation d'un service de transport public aérien peut également faire l'objet d'une concession au profit des personnes physiques de nationalité algérienne et des personnes morales de droit algérien »⁽¹⁷⁾. Au même titre que la concession d'exploitation des services de transport maritime, elle est consentie sur une base conventionnelle et se décline soit en concession générale du droit d'exploiter, soit en concession particulière pour l'exploitation d'une ligne aérienne déterminée⁽¹⁸⁾. En pratique, plusieurs concessions ont été octroyées au profit de compagnies privées, dont notamment Khalifa Airways. L'expérience a toutefois été de courte durée. De telles concessions ont été en effet assez rapidement annulées et, depuis l'année 2004, la compagnie Air Algérie exerce un monopole de fait dans le secteur du transport aérien.

En 2001, la loi relative aux transports terrestres reprend le même procédé de la concession et ce tant en ce qui concerne les transports par route que les transports ferroviaires⁽¹⁹⁾. L'article 7 de la loi précise que « Les transports publics terrestres de voyageurs constituent un service public » tandis que l'article 10 dispose que « La réalisation et l'exploitation du système de transport urbain peuvent être assurées par l'Etat et/ou les collectivités territoriales ou, le cas échéant, concédées à toute personne physique ou morale de droit algérien ». Dans ce dernier cas de figure, « La concession fait l'objet d'une convention et d'un cahier des charges qui fixent les droits et obligations du concessionnaire ».

S'agissant des activités de transport routier de personnes ou de marchandises, elles peuvent être exercées par une personne physique ou morale dûment autorisée par les services du ministre chargé des transports. Une fois autorisée, celle-ci peut assurer l'exploitation d'un service de transport collectif urbain sous le régime de la concession qui fait l'objet d'une convention et ce, en vertu des dispositions de l'article 31 de la loi, qui curieusement, ont été ignorées par le texte d'application⁽²⁰⁾.

Le régime de la convention trouve cependant sa pleine application lorsque la délégation a trait à la réalisation et/ou l'exploitation d'infrastructures liées au transport routier de voyageurs. L'article 51 de la loi relative aux transports terrestres dispose que « La décision de création des infrastructures d'accueil et de traitement des voyageurs relève de l'Etat et des collectivités territoriales ». Quant à leur réalisation et leur gestion, elles « peuvent être, le cas échéant, concédées à toute personne physique ou morale de droit algérien dans les conditions fixées par voie réglementaire ».

En application du texte législatif, un décret exécutif définit les infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route susceptibles de faire l'objet de délégation conventionnelle : il s'agit des gares routières, des stations urbaines, des zones d'arrêts équipées et des haltes routières⁽²¹⁾. Quant à l'article 5 du même texte réglementaire, il précise que « La concession des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route peut concerner la réalisation et la gestion ou seulement la gestion lorsque celles-ci existent ».

Quant au transport ferroviaire, si l'Etat reste propriétaire du réseau ferroviaire national, il peut toutefois en concéder l'exploitation et la réalisation à une ou plusieurs entreprises de transport ferroviaire de droit algérien. La concession fait l'objet d'une convention et d'un cahier des charges qui déterminent les droits et obligations du concessionnaire. Elle peut porter soit sur l'exploitation technique et commerciale de services de transport ferroviaire de marchandises et/ou de voyageurs, soit sur la gestion des infrastructures ferroviaires de tout ou partie du réseau ferroviaire national, soit sur les deux types d'activités.

Quant à la loi relative à l'eau, elle consacre, en 2005 et pour la première fois, semble-t-il, la notion de délégation conventionnelle de service public⁽²²⁾. L'article 100 de la loi précise que « l'alimentation en eau potable et industrielle et l'assainissement constituent des services publics », tandis que l'article 101 dispose que « L'Etat peut concéder la gestion des services publics de l'eau à des personnes morales de droit public, sur la base d'un cahier des charges et d'un règlement de service approuvés par voie réglementaire. Il peut également déléguer tout ou partie de leur gestion à des personnes morales de droit public ou privé sur la base d'une convention ». Le texte semble ainsi distinguer entre la concession de service public et la délégation de service public. La première couvre les rapports entre l'Etat propriétaire du domaine public hydraulique et la personne morale de droit public bénéficiaire de la concession tant pour la gestion du service public d'assainissement⁽²³⁾ que pour l'exploitation du service public d'alimentation en eau potable⁽²⁴⁾. Il s'agit ainsi d'une délégation unilatérale au profit de personnes morales de droit public : l'Algérienne des eaux⁽²⁵⁾ et l'Office national de l'assainissement⁽²⁶⁾ qualifiés par les textes réglementaires y ayant trait d'établissements publics à caractère industriel et commercial. Quant à la délégation de service public, elle fait l'objet d'une convention entre l'Etat, représenté

par l'administration chargée des ressources en eau et le bénéficiaire, qui peut être un opérateur public ou privé, ou encore entre le concessionnaire (l'établissement public industriel et commercial) et le délégataire⁽²⁷⁾. En réalité, si l'on fait abstraction des modalités de dévolution du service public, acte unilatéral ou convention, on s'aperçoit que rien ne distingue la concession de la délégation. Dans l'hypothèse où la délégation est consentie par le concessionnaire, on se retrouve ainsi face à une procédure de subdélégation au profit de la personne privée. En outre, il y a lieu de relever que les textes portant création de l'Algérienne des eaux et de l'Office national de l'assainissement précisent que les deux organismes sont chargés d'un ensemble de missions de service public et agissent « par délégation »⁽²⁸⁾. D'où la confusion entretenue par les rédacteurs des textes.

Tandis que l'on pouvait s'attendre à une clarification des dispositions ayant trait à la délégation de service public à l'occasion de la refonte des textes relatifs à la commune et à la wilaya, le législateur s'est illustré par une terminologie approximative : à titre d'exemple, la nouvelle loi relative à la commune distingue curieusement entre concession et délégation⁽²⁹⁾ ; par ailleurs, il y est prévu que la délégation de service public peut être consentie « par contrat, programme ou marché de commande »⁽³⁰⁾. Quant à la nouvelle loi relative à la wilaya, elle passe sous silence la notion de délégation et ne prévoit que la concession comme mode d'exploitation des services publics de wilaya par des personnes privées⁽³¹⁾.

C'est en 2015 que sera promulgué un texte consacré spécialement à la délégation de services publics : il s'agit du décret présidentiel du 16 septembre 2015 qui régit non seulement les marchés publics mais également la délégation de services publics⁽³²⁾.

B - Les critères de la délégation conventionnelle

La délégation de service public peut être définie comme l'acte contractuel par lequel une personne morale de droit public investie de la responsabilité d'organiser un service public, en confie la gestion à une personne publique ou privée dont la rémunération est liée de manière substantielle aux résultats de l'exploitation. On en déduit qu'elle obéit à deux conditions cumulatives : elle est liée à l'existence d'une activité de service public, la rémunération du délégataire doit être liée de manière substantielle aux résultats de l'exploitation.

1 – L'exigence d'une activité de service public

L'activité de service public peut faire l'objet d'une qualification expresse par la loi. En l'absence d'une telle qualification, on doit pouvoir en cerner les contours au moyen du triptyque classique : la satisfaction d'un intérêt général, l'existence d'une autorité publique responsable de l'organisation du service, la soumission de l'activité, soit totalement, soit partiellement, à un régime exorbitant de droit commun. Des difficultés peuvent toutefois surgir dans certaines situations lorsque l'intérêt général ne se confond pas avec une activité de service public.

En France, dans une première espèce, le Conseil d'Etat a jugé qu'une concession d'exploitation d'un café-restaurant situé dans le Bois de Boulogne conclue entre la Ville de Paris et la société d'exploitation de l'Orée du Bois ne constitue pas une

délégation de service public. « Considérant que, si l'activité du restaurant "l'Orée du Bois" contribue à l'accueil de touristes dans la capitale et concourt ainsi au rayonnement et au développement de son attrait touristique, cette seule circonstance, compte tenu des modalités d'exploitation de l'établissement et de son intérêt propre, ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public »⁽³³⁾. Pour le Conseil d'Etat, le contrat par lequel a été confiée l'exploitation du café-restaurant "l'Orée du Bois" a le caractère d'une concession domaniale, que dès lors, les règles régissant la délégation de service public ne lui sont pas applicables.

Dans une seconde espèce, la Haute juridiction s'est penchée sur la qualification juridique d'une convention passée entre la Ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin aux termes de laquelle celle-ci était autorisée à occuper une dépendance du domaine public et à y exploiter des infrastructures sportives constituées notamment du stade Jean Bouin à Paris. Le Conseil d'Etat a jugé que « la seule présence d'un club de rugby professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition d'équipements sportifs ne caractérise pas à elle seule une mission de service public »⁽³⁴⁾. Quant aux obligations mises à la charge de l'association, elles correspondent à celles que le gestionnaire du domaine peut imposer à l'occupant dans l'intérêt du domaine et l'intérêt général. A ce titre, le Conseil conclut que le contrat en cause constitue une concession d'occupation domaniale, et non une mission de service public.

Pour exclure la qualification de délégation de service public, le Conseil d'Etat s'appuie sur deux éléments essentiels :

- L'existence d'une délégation de service public suppose de caractériser la volonté d'une personne publique d'ériger des activités d'intérêt général en mission de service public et d'en confier la gestion à un tiers, sous son contrôle⁽³⁵⁾.
- Les obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine, sans exercer un droit de regard sur l'activité exercée par l'occupant, ne caractérisent pas une délégation de service public.

Dans le cas du droit algérien, et malgré la confusion entretenue entre les notions de service public et d'intérêt général, on remarque que le législateur distingue bien entre la notion de concession domaniale et celle de service public. A titre d'exemple, la loi domaniale précise que « La concession de l'utilisation du domaine public, prévue par la présente loi et les dispositions législatives en vigueur, est l'acte par lequel l'autorité concédante confie, sous la forme d'un contrat, à une personne morale ou physique, dite concessionnaire, le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel »⁽³⁶⁾, ce qui signifie qu'une concession domaniale qui répond à un objectif d'intérêt général n'est pas nécessairement une concession de service public et ce, dans la mesure où si le service public est une activité d'intérêt général, ce ne sont pas toutes les activités d'intérêt général qui sont érigées en services publics. Il est nécessaire en effet que s'exprime la volonté de la collectivité d'ériger une activité d'intérêt général en service public pour qu'il y ait matière à délégation de service public. On le sait, la conception du service public est évolutive et, à ce titre, les pouvoirs publics décident, en fonction de circonstances de lieu, de temps, des besoins de la population, que telle ou telle activité sera érigée en service public.

Il arrive toutefois que la concession domaniale soit comprise dans la délégation de service public. C'est ainsi que l'article 64 bis de la loi domaniale admet au profit des personnes privées « le droit de financer, de construire et/ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public, pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante ». Dans un tel cas de figure, le contrat de délégation de service public renferme les clauses ayant trait à l'exploitation des dépendances domaniale⁽³⁷⁾.

2 – Éléments ayant trait à la rémunération de l'opérateur

Pour qualifier le contrat de délégation de service public, il est nécessaire que la rémunération du délégataire soit liée de manière substantielle aux résultats de l'exploitation. Un tel élément permet de distinguer entre la délégation de service public et le marché public, notamment dans le cas où ce dernier couvre une mission d'intérêt général. A titre d'exemple, l'article 35 de la loi relative aux transports terrestres précise que « Les collectivités territoriales doivent prendre toute disposition destinée à favoriser le transport scolaire dans les localités insuffisamment ou non desservies par les transports publics ». A cet effet, et en vue d'assurer cette prestation, elles peuvent « intervenir directement par leurs propres moyens ou par le recours à des conventions avec des opérateurs de transport public de voyageurs ». Dans cette dernière hypothèse, et dans le cadre de la convention conclue avec un transporteur privé, la collectivité publique peut s'impliquer de deux manières dans la gestion du service :

- soit elle souhaite confier la gestion du service public à un transporteur dans le cadre d'une délégation ;
- soit elle préfère commander une simple prestation de service à un transporteur en ayant recours aux procédures relatives aux marchés publics.

S'agissant d'un marché public, la rémunération du titulaire est assurée par la collectivité publique cocontractante tandis que dans l'hypothèse d'une délégation, le délégataire perçoit sa rémunération sur les usagers⁽³⁸⁾. Il arrive toutefois que la collectivité publique verse au cocontractant une partie de la rémunération, notamment pour couvrir des sujétions de service public, en conséquence de quoi le critère de l'origine de la rémunération devient inopérant. C'est ainsi que la jurisprudence a été amenée à poser la règle suivant laquelle la rémunération dans un contrat de délégation doit être substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. Les rédacteurs du décret présidentiel relatif aux marchés publics et aux délégations de service public se sont largement inspirés d'une telle solution jurisprudentielle : l'article 207 du texte réglementaire précise en effet que « La personne morale de droit public responsable d'un service public, peut, sauf disposition législative contraire, confier sa gestion à un délégataire ». Le même texte ajoute « La rémunération du délégataire est assurée substantiellement par l'exploitation du service public ».

A titre d'exemple, il a été jugé qu'une entreprise qui percevait 30 % des recettes provenant des résultats de l'exploitation était considérée comme délégataire. Ainsi, l'origine des ressources ne constitue plus nécessairement un critère décisif. Le juge fait de plus en plus appel à la notion de risque pour différencier la délégation du marché public. A titre d'exemple, dans une espèce ayant trait à un contrat de gestion

d'un service public de traitement des déchets où la rémunération de l'entreprise était versée par la commune tout en étant liée aux performances du délégataire, le Conseil d'Etat a tranché en faveur de la qualification du contrat de délégation de service public dans la mesure où ladite rémunération est liée substantiellement aux résultats de l'exploitation⁽³⁹⁾.

En somme, dans le marché public, la rémunération de l'entrepreneur ou du prestataire de services est garantie tandis que dans le cas d'une délégation de service public, ladite rémunération dépend de ses capacités à exploiter au mieux l'activité en cause. On dit d'ailleurs dans ce dernier cas qu'il assume l'exploitation à ses risques et périls. Comme le rappelle le Commissaire du Gouvernement Catherine Bergeal dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juin 1999 SMITOM, « ... La notion de rémunération liée substantiellement aux résultats de l'exploitation renvoie à la notion de prise de risque par le cocontractant consubstantiel à la notion de concession qui, selon la formule traditionnelle, est exploitée "aux risques et périls du concessionnaire" »⁽⁴⁰⁾. C'est ainsi que dans le cas où la rémunération est proportionnelle au service rendu et ne laisse aucun risque financier à la charge de l'exploitant, le contrat est un marché public.

C'est la position de la Cour d'Appel Administrative de Paris qui, dans une espèce, précise à propos de l'exploitation d'un centre municipal de vacances, « que cette rémunération proportionnelle au service rendu, qui ne laissait en outre à la charge de l'association exploitante aucun risque financier, constituait un prix versé par la commune en échange de prestations ; que la circonstance que les résultats de l'exploitation dudit centre aient également été liés à l'organisation de séjours de vacances pour des usagers extérieurs à la commune, auprès desquels l'association était autorisée à percevoir un prix destiné à la rémunérer, n'a pu donner audit contrat le caractère d'une délégation de service public et lui enlever son caractère de marché de droit public »⁽⁴¹⁾.

C - Les techniques juridiques de délégation conventionnelle

Si la notion de délégation conventionnelle de service public a été consacrée par la loi du 4 août 2005 relative à l'eau, il reste que ce n'est qu'en 2015 que les pouvoirs publics ont édicté un texte général qui traite des divers procédés de mise en œuvre de la délégation de service public. Le décret présidentiel précité précise en effet que « La délégation de service public peut prendre selon le niveau de délégation, de risque pris par le délégataire et de contrôle de l'autorité délégante la forme de concession, d'affermage, de régie intéressée ou de gérance ».

Outre ces procédés classiques, le même texte précise que la délégation de service public peut prendre d'autres formes dans les conditions et modalités qui seront définies par voie réglementaire : ici, on peut penser au contrat de management qui semble faire l'objet d'un certain engouement des pouvoirs publics.

1 - La concession : il s'agit du mode de gestion le plus répandu qui consiste pour une collectivité publique à confier par contrat à une personne, physique ou morale, publique ou privée, dite concessionnaire, la gestion d'un service public dans le respect d'un cahier des charges et moyennant une rémunération par voie de redevances sur les

usagers du service⁽⁴²⁾. Le concessionnaire doit assurer le service à ses frais et risques. Ce mode de rémunération par les usagers constitue un élément essentiel de la conception classique de la concession. Le concessionnaire a souvent d'abord la charge de construire les ouvrages nécessaires à l'exécution du service. Il y a alors tout à la fois concession de travail public et de service public. La concession peut porter sur l'exécution de services administratifs aussi bien qu'industriels et commerciaux, être consentie à des établissements publics ou à des sociétés d'économie mixte comme à des sociétés privées. La collectivité concédante peut s'associer financièrement avec le concessionnaire.

2 - L'affermage : dans l'affermage, le service est assuré par un fermier, choisi librement par la personne publique qui lui délègue le service par voie contractuelle. Le fermier verse à la personne publique une redevance. Sa rémunération consiste en la différence entre les recettes qu'il réalise et cette redevance. La personne publique construit les ouvrages nécessaires à l'exécution du service et les remet en l'état⁽⁴³⁾. Ce mode de gestion est souvent utilisé par les communes pour les parcs de stationnement ou la perception des droits de place dans les marchés hebdomadaires.

3 - La régie intéressée : le service est confié par contrat à un organisme, public ou privé, le gérant intéressé ou régisseur, qui exploite le service pour le compte de la collectivité publique délégante, laquelle prend en charge la totalité des dépenses et recueille l'intégralité des recettes réalisées. Agissant au nom et pour le compte de la collectivité publique responsable du service, le régisseur est un mandataire qui « est rémunéré directement par l'autorité délégante au moyen d'une prime fixée en pourcentage du chiffre d'affaires, complétée d'une prime de productivité et éventuellement par une part des bénéfices »⁽⁴⁴⁾. Ce mode de gestion est assez proche de la gérance. Il s'en distingue essentiellement au niveau de la rémunération, par ailleurs, contrairement au gérant, le régisseur est associé par la personne morale de droit public responsable pour déterminer les tarifs devant être payés par les usagers du service public.

4 – La gérance : la gérance est un procédé très voisin de la régie intéressée : c'est un contrat par lequel la personne morale de droit public responsable du service en confie l'exploitation à une personne publique ou privée qui exploite ledit service pour le compte de la collectivité publique délégante, laquelle prend en charge la totalité des dépenses et recueille l'intégralité des recettes réalisées. Agissant au nom et pour le compte de la collectivité publique responsable du service, le gérant est un mandataire, rémunéré directement par l'autorité délégante. Contrairement au régisseur, il est rémunéré « au moyen d'une prime fixée en pourcentage du chiffre d'affaires, complétée d'une prime de productivité »⁽⁴⁵⁾. En outre, il n'est pas associé à l'opération de fixation des tarifs applicables aux usagers qui relève de la compétence de l'autorité délégante à titre exclusif. Enfin, en cas de déficit dans l'exploitation, le gérant perçoit une rémunération forfaitaire.

5 – Autres procédés : l'exemple du contrat de management : ce mode de gestion a été codifié en Algérie à la suite de l'adoption d'une loi du 7 février 1989⁽⁴⁶⁾. A la lecture des dispositions de l'article 1^{er} de la loi, on découvre que « Le contrat de management est le contrat par lequel un partenaire qui jouit d'une réputation bien établie, dénommé gestionnaire, s'engage à gérer au nom et pour le compte d'une entreprise publique économique ou d'une société d'économie mixte, moyennant rémunération, tout ou partie du patrimoine de cette dernière, en y apportant son label, selon ses normes et standards et à la faire bénéficier de ses réseaux de promotion et de vente ». Un tel procédé, on le voit, a été adopté par le législateur dans le cadre d'une politique de privatisation de la gestion des entreprises publiques économiques. Les personnes morales de droit public ne peuvent donc y recourir dans le cadre d'une procédure de délégation de service public.

Toutefois, le décret exécutif portant création de l'Algérienne des eaux comme celui portant création de l'Office national de l'assainissement prévoient que les deux établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent faire réaliser certains de leurs programmes par voie de sous-traitance, de concession, de management ou toute autre forme de partenariat⁽⁴⁷⁾. On peut imaginer que les organismes en cause puissent conclure des contrats de management en vue de déléguer la gestion du service public de l'eau ou de l'assainissement comme les y autorise la loi relative à l'eau. Dans un tel cas de figure, le contrat répond parfaitement aux exigences de la délégation dans la mesure où la rémunération du gestionnaire est basée sur la productivité, les économies de gestion, les bénéfices, ce qui signifie que celle-ci est tirée de l'exploitation du service. En outre, et s'agissant du contrôle exercé sur le délégataire, l'article 7 de la loi précitée dispose que « Le gestionnaire est tenu de fournir au propriétaire tous renseignements sur l'exécution du contrat et de lui rendre périodiquement compte de sa gestion ».

II – Le régime juridique de la délégation conventionnelle

La convention de délégation de service public obéit à un ensemble de règles dont la spécificité résulte du caractère de service public attaché à l'activité prise en charge par une personne privée. Outre les règles générales applicables à tout contrat administratif⁽⁴⁸⁾, la convention de délégation se voit soumise à certaines règles particulières s'agissant de la formation de la relation contractuelle, de l'exécution du contrat ou encore de la fin des rapports contractuels.

A - Formation du contrat

1 – L'autorité compétente

Les conventions de délégation de service public sont conclues par les représentants des collectivités publiques responsables de l'organisation du service. Au niveau local, le président d'APC reçoit compétence pour conclure de telles conventions au nom de la commune et ce, après délibération de l'assemblée locale. En effet, conformément aux dispositions de l'article 52 de la loi relative à la commune, « L'assemblée populaire communale règle par délibération les affaires relevant de ses compétences ». Les délibérations sont prises à la majorité simple des membres présents de l'assemblée ou représentés au moment du vote. « En cas de

partage égal des voix, celle du président est prépondérante » comme le prévoit l'article 54 de la loi. Dans un délai de huit (8) jours, celles-ci sont adressées au wali.

En principe, les délibérations ayant trait à une délégation de service public ne sont plus soumises à l'approbation de l'autorité de tutelle qu'incarne le wali comme c'était le cas sous l'empire de l'ancien code communal⁽⁴⁹⁾. Elles sont ainsi exécutoires de plein droit. Toutefois, la loi prescrit qu'elles ne le sont que vingt-et-un (21) jours après leur dépôt à la wilaya⁽⁵⁰⁾. Un tel délai permet au wali de vérifier la conformité des délibérations de l'assemblée aux lois et règlements en vigueur. A titre d'exemple, il appartient au wali de vérifier que lors de la délibération ayant porté sur la délégation conventionnelle de service public, le président de l'assemblée populaire communale ou tout autre membre de l'assemblée n'étaient pas « en situation de conflit d'intérêts avec ceux de la commune, de leur fait personnel, du fait de leur conjoint, ou du fait de leurs ascendants, descendants jusqu'au quatrième degré, ou en tant que mandataires ». Dans un tel cas de figure, la loi leur interdit de prendre part à la délibération traitant de cet objet⁽⁵¹⁾.

En vertu de l'article 84 de la loi relative à la commune, « Lorsque les intérêts du président de l'assemblée populaire communale se trouvent en situation de conflit d'intérêts avec ceux de la commune, de son fait personnel, du fait de son conjoint, ou du fait de ses ascendants, descendants, jusqu'au quatrième degré, ou en tant que mandataire, l'assemblée populaire communale, réunie sous la présidence d'un élu, autre que le président de l'assemblée populaire communale, désigne un de ses membres, pour représenter la commune, soit en justice, soit dans la passation de contrats. Le président de l'assemblée populaire communale ne peut assurer l'exécution des décisions découlant de la délibération, ni représenter la commune dans toute action contentieuse liée à l'objet de ladite délibération ».

Si le président ou un autre membre a participé à la délibération tout en étant en situation de conflit d'intérêts avec ceux de la commune, ladite délibération est nulle et cette nullité doit être constatée par arrêté motivé du wali. Dans pareille situation, le président de l'assemblée communale « peut introduire, soit un recours administratif, soit un recours judiciaire auprès de la juridiction administrative compétente, contre l'arrêté du wali portant annulation »⁽⁵²⁾.

S'agissant de la wilaya, lorsque les services publics ne peuvent être exploités en régie ou par le biais d'un établissement public, ils peuvent faire l'objet d'une concession. La convention est signée par le wali après délibération de l'assemblée. Conformément aux dispositions de l'article 51 de la loi, « les délibérations sont prises à la majorité simple des membres de l'Assemblée populaire de wilaya présents ou représentés au moment du vote. En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante »⁽⁵³⁾.

En outre, un extrait de la délibération est adressé par le président de l'assemblée populaire de wilaya au wali dans un délai de huit (8) jours contre accusé de réception.

Contrairement aux dispositions de l'ancien code de la wilaya qui soumettait la délibération ayant trait à la délégation de service public à l'approbation préalable du wali⁽⁵⁴⁾, la nouvelle loi innove en ce qu'elle prévoit que la délibération est exécutoire de plein droit vingt-et-un (21) jours après son dépôt à la wilaya. « Si le wali juge qu'une délibération n'est pas conforme aux lois et règlements (...), il saisit le tribunal

administratif territorialement compétent, dans les vingt-et-un (21) jours qui suivent la délibération, pour constater sa nullité »⁽⁵⁵⁾.

Ainsi, contrairement au cas de la commune où les délibérations de l'assemblée peuvent faire l'objet d'une annulation par l'autorité de tutelle représentée par la wali, dans le cas des délibérations de l'assemblée de wilaya, le législateur écarte la tutelle et confie le contrôle de la légalité des délibérations au juge : le tribunal administratif territorialement compétent.

Par ailleurs, et au même titre que pour les délibérations des assemblées communales, la loi relative à la wilaya prévoit que « Le président de l'Assemblée populaire de wilaya ou tout autre membre de l'Assemblée, en situation de conflit d'intérêts avec ceux de la wilaya, de leur fait personnel, de leur conjoint, ou du fait de leurs ascendants, descendants jusqu'au quatrième degré, ou en tant que mandataires, ne peuvent prendre part à la délibération traitant de cet objet. Dans le cas contraire, la délibération est nulle. Tout membre de l'Assemblée populaire de wilaya se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts est tenu de le déclarer au président de l'Assemblée populaire de wilaya. Dans le cas où le président de l'Assemblée populaire de wilaya est dans une situation de conflit d'intérêts celui-ci doit le déclarer à l'Assemblée populaire de wilaya »⁽⁵⁶⁾.

Lorsque les dispositions de l'article 56 ayant trait au procédé de l'empêchement n'ont pas été respectées, « La nullité de la délibération (...), peut être soulevée par le wali, dans les quinze (15) jours qui suivent la clôture de la session de l'Assemblée populaire de wilaya, au cours de laquelle la délibération a été prise. Elle peut être demandée par tout électeur ou contribuable de la wilaya ayant intérêt dans un délai de quinze (15) jours après son affichage. Cette demande est adressée par lettre recommandée, avec accusé de réception, au wali. Le wali saisit le tribunal administratif pour constater la nullité des délibérations prises en violation des dispositions de l'article 56 ci-dessus »⁽⁵⁷⁾.

Dans le cas des infrastructures d'accueil et de traitement des voyageurs par route, les textes distinguent entre infrastructures d'intérêt local et infrastructures d'intérêt régional et national. Dans le premier cas, la convention de réalisation et de gestion ou seulement de gestion des infrastructures est signée par le président de l'APC, tandis que dans la seconde hypothèse, c'est le wali qui est partie au contrat⁽⁵⁸⁾.

Lorsque la convention est signée au nom de l'Etat, la compétence relève en principe des prérogatives du ministre responsable du secteur. A titre d'exemple, en matière de transport maritime, la convention de concession accompagnée du cahier des charges est signée conjointement par le ministre chargé de la marine marchande et le concessionnaire. Il en est de même en matière de transport aérien où l'Etat est représenté par le ministre chargé de l'aviation civile. Toutefois, la concession des services de transport aérien de personnes et de marchandises doit d'abord être approuvée en conseil du gouvernement. Quant à la convention, elle est signée par le ministre chargé de l'aviation civile et est soumise à approbation par décret pris en conseil des ministres.

Dans le cadre d'une concession d'autoroute, elle fait l'objet d'une convention entre la ministre chargé des autoroutes et le concessionnaire et doit être approuvée par décret pris en Conseil du gouvernement.

Enfin, lorsque le pouvoir de contracter relève de la compétence d'un établissement public, comme dans le cas de subdélégation en matière d'assainissement et de distribution d'eau potable, c'est le directeur général de l'établissement qui reçoit compétence pour signer la convention et ce, après délibération du conseil d'orientation et de surveillance tant en ce qui concerne l'Algérienne des eaux⁽⁵⁹⁾ que l'Office national de l'assainissement⁽⁶⁰⁾.

Il faut cependant ajouter qu'en vertu de l'article 108 de la loi relative à l'eau, lorsque la délégation de service public est initiée par le concessionnaire, agissant comme organisme délégant, celui-ci est tenu de solliciter, préalablement à toute procédure de mise en concurrence, l'accord préalable de l'administration chargée des ressources en eau. Par ailleurs, la convention doit être approuvée selon des modalités différentes selon la qualité du bénéficiaire de la délégation. Lorsque le délégataire est une personne privée indépendante de l'établissement concessionnaire, le contrat doit être approuvé par décret exécutif. Lorsque la gestion des activités des services publics de l'eau et de l'assainissement est déléguée par le concessionnaire à une filiale d'exploitation créée à cet effet, la convention de délégation est approuvée par arrêté conjoint du ministre de l'intérieur et du ministre des ressources en eau⁽⁶¹⁾.

On s'aperçoit ainsi de la lourdeur des procédures de délégation avec le recours systématique à l'approbation de la convention. En outre, rien n'explique la différenciation de régimes applicables en matière d'approbation : c'est le cas en matière de transport aérien où la convention est approuvée par décret pris en Conseil des ministres, tandis que la délégation en matière de transport maritime n'est soumise à aucune forme d'approbation.

2 - Les procédures de mise en œuvre

Contrairement aux marchés publics qui occasionnent des dépenses publiques et sont ainsi soumis à des procédures contraignantes⁽⁶²⁾, la délégation de service public met souvent à la charge du délégataire les dépenses d'investissement, ce qui explique que la conclusion du contrat ne soit pas soumise à de telles formalités. Dans certains cas, comme en matière de transport aérien ou maritime, de réalisation et gestion des autoroutes, le législateur ou le pouvoir réglementaire se contentent d'exiger du candidat à l'exploitation d'un service public des conditions ayant trait à ses qualifications professionnelles ainsi qu'à ses capacités financières.

Dans d'autres cas, la conclusion d'une convention est soumise à des formalités qui rappellent celles prévues en matière de marchés public. Ici, l'administration est notamment soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence notamment à travers la mise en œuvre d'une procédure d'adjudication par appel à la concurrence qui doit être objective, non discriminatoire, transparente et doit assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires. La procédure se déroule généralement en deux étapes : une publicité et une mise en concurrence adéquate. Dans les petites délégations, comme dans le cas des droits de place dans les marchés, l'adjudication fait l'objet d'enchères publiques.

Dans le domaine de la délégation des services public de l'eau et de l'assainissement, la loi prévoit en son article 105 que « La délégation de service public s'effectue par voie d'appel à la concurrence en précisant notamment la

consistance et les conditions d'exécution des prestations mises à la charge du délégataire, les responsabilités engagées, la durée de la délégation, les modalités de rémunération du délégataire ou de tarification du service payé par les usagers et les paramètres d'évaluation de la qualité de service ». Une telle règle ne trouve pas application dans le cas de conventions de délégation « *in house* ». L'autorité délégataire peut confier librement la gestion du service public à une entité sur laquelle elle exerce un contrôle. Elle est en effet dispensée du respect des procédures de publicité et de mise en concurrence⁽⁶³⁾. C'est la solution retenue dans les textes ayant trait à la délégation en matière d'assainissement et d'alimentation en eau potable lorsque la personne publique délégante crée une filiale spécialement en vue de la gestion des activités des services publics de l'eau ou de l'assainissement⁽⁶⁴⁾.

Dans le cas d'une délégation en matière de réalisation ou de gestion d'infrastructures de transport par route, la concession est octroyée à la suite d'un appel à la concurrence. La procédure d'adjudication relève soit du président d'APC, soit du wali en fonction de la vocation de l'infrastructure. La délégation peut toutefois être consentie de gré à gré lorsque la procédure d'adjudication est restée infructueuse⁽⁶⁵⁾.

Le non respect des obligations de publicité et de mise en concurrence est sanctionné par le juge : il peut faire l'objet d'un référé devant le tribunal administratif. Ce dernier peut être saisi par requête en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats administratifs. Il peut être saisi avant la conclusion du contrat et ce, en vertu des dispositions de l'article 946 du code de procédure civile et administrative⁽⁶⁶⁾.

Sont habilitées à agir les personnes ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans la wilaya dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le tribunal administratif peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et déterminer les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut également prononcer une astreinte courant à partir de l'expiration des délais impartis. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximale de vingt (20) jours⁽⁶⁷⁾.

Enfin, il est utile de signaler que les rédacteurs des textes relatifs à la concurrence ont omis de soumettre les contrats administratifs de manière générale et plus particulièrement les contrats de délégation de service public au respect des règles de la concurrence. En effet, les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance relative à la concurrence ne soumettent à de telles règles que les marchés publics⁽⁶⁸⁾ et ce, contrairement au droit français qui vise de manière spécifique les contrats de délégation de service public. Une telle lacune devrait être comblée en ce sens que les règles de la concurrence devraient gouverner aussi bien les marchés publics que les délégations conventionnelles.

B - L'exécution du contrat

1 – Les obligations du délégataire

Certaines ont trait à l'exploitation proprement dite du service, d'autres ont trait au respect des règles qui gouvernent le service public, notamment s'agissant des relations entre délégataires et usagers, les dernières concernent les aspects financiers.

- Le délégataire est d'abord responsable de l'exécution du service public devant la collectivité délégante du service public. Il est tenu d'assurer une gestion efficiente des biens de la délégation. A titre d'exemple, l'article 19 du cahier des charges-type relatif à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route impose au bénéficiaire de veiller à la conservation des biens concédés et procéder, à ses frais, à leur entretien, à la réparation ou au remplacement des éléments détruits ou dégradés. Il doit par ailleurs rendre compte de l'exécution de ses engagements au délégant et lui permettre d'exercer son contrôle. A titre d'exemple, la loi relative à l'eau précise en son article 110 que « Le délégataire est tenu de mettre à la disposition du concessionnaire tous documents techniques, financiers et comptables utiles à l'évaluation de la délégation de service public ».

Il reste que le délégataire est surtout tenu à une obligation d'exploitation personnelle. En effet, le contrat de délégation est conclu dans le cadre d'une relation personnalisée entre le délégant et le délégataire fondée essentiellement sur l'*intuitu personae*. Il en résulte que le délégataire ne peut valablement céder le contrat de délégation. Dans cette optique, et en matière de délégation de services de transport maritime, la réglementation précise que « La concession est personnelle, incessible et ne peut faire l'objet d'aucune forme de location. Elle est précaire et révocable »⁽⁶⁹⁾.

Toutefois, une telle règle subit des atténuations : lorsque le délégataire est une personne physique, la cession est autorisée au profit des ayants droit en cas de décès de l'intéressé et ce pour la période qui reste à courir jusqu'au terme du contrat⁽⁷⁰⁾. Dans d'autres cas, si la cession est autorisée, elle est toutefois subordonnée à l'accord préalable de l'autorité délégante. A titre d'exemple, en matière de transport aérien, si la concession peut faire l'objet d'un transfert à un tiers, une telle opération est soumise à l'approbation préalable de l'autorité chargée de l'aviation civile⁽⁷¹⁾. Lorsque l'autorité rejette le projet de cession, le délégataire peut, soit continuer l'exploitation, soit demander l'annulation de la concession, à ses torts.

- En second lieu, le délégataire est tenu au respect des règles qui gouvernent traditionnellement le service public, soit les principes de continuité, d'égalité et d'adaptation constante ou de mutabilité du service. C'est ainsi que l'article 209 du décret présidentiel du 16 septembre 2015 dispose que les conventions de délégation de service public sont régies, pour leur passation, par les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures ; « en outre, lors de l'exécution de la convention de délégation de service public, ce dernier est régi notamment par les principes de continuité, d'égalité et de mutabilité ».

A titre d'exemple et, au titre du principe d'égalité, la réglementation applicable en matière de concession d'autoroutes impose au délégataire l'égalité de traitement des usagers en matière de perception des péages, aucune forme de faveur n'étant admise.

Sur le registre de la continuité du service, et en matière d'exploitation d'autoroutes, « le concessionnaire est tenu de disposer en tout temps et, en cas de besoin, de mettre en œuvre sans délai, tous les moyens de nature à assurer en permanence, quelles que soient les circonstances la continuité de la circulation dans de bonnes conditions de sécurité et de commodité »⁽⁷²⁾. En cas de grève des agents du concessionnaire, celui-ci est tenu d'assurer un service minimum pour assurer la permanence de la circulation⁽⁷³⁾.

- En troisième lieu, le délégataire est tenu à des obligations à caractère financier : il est en effet soumis au paiement de redevances au profit de la collectivité responsable du service public et qui sont basées sur la valeur locative de la dépendance domaniale concédée et/ou les résultats d'exploitation de ladite dépendance. Ainsi, en contrepartie de la concession, le concessionnaire des services de transport maritime est tenu de payer les droits fixés par la réglementation en vigueur. Il en est de même dans le cas d'une concession d'exploitation des services de transport public ou encore en cas de concession en vue de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route⁽⁷⁴⁾.

2 – Les droits du délégataire

En contrepartie des obligations à la charge du délégataire, ce dernier bénéficie d'un ensemble de droits. Le premier d'entre eux, et en toute logique, est celui d'exploiter le service durant toute la durée du contrat : celle-ci varie en fonction de la lourdeur des investissements mis à la charge du délégataire. Lorsque les installations doivent être réalisées par le délégataire, la convention de délégation tient compte de la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Dans le cas où la délégation ne porte que sur la gestion du service, la convention est conclue pour une durée plus courte.

S'agissant des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route, les rédacteurs du texte réglementaire font la distinction entre deux situations : la première est celle où la convention porte sur la réalisation et la gestion de l'infrastructure, dans ce cas de figure, le contrat est conclu pour une durée de vingt (20) ans au minimum. Dans le cas où elle porte exclusivement sur la gestion, le texte en fixe la durée minimale à dix (10) années⁽⁷⁵⁾. Dans le cas des transports aériens et maritimes, la convention de délégation est conclue pour une période de dix (10) ans et ce, dans la mesure où la réalisation des infrastructures n'est pas à la charge du délégataire⁽⁷⁶⁾.

Le délégataire bénéficie en outre d'un droit à rémunération. Ici, il est nécessaire de faire la distinction entre deux types de modes de gestion du service public : lorsque la gestion est réalisée pour le compte de la collectivité publique, comme dans le cas d'une régie intéressée, d'un contrat de gérance ou de management, le délégataire reçoit une rémunération du délégant. Par contre, lorsque la gestion est réalisée aux risques et profits du délégataire, comme en cas de concession ou d'affermage, il a le droit de percevoir des redevances sur les usagers du service. A titre d'exemple, le concessionnaire d'infrastructures autoroutières perçoit les droits de péage ainsi que les redevances tirées de l'exploitation des installations annexes.

Enfin, le délégataire bénéficie d'un droit à une compensation financière à la charge du délégant lorsque des sujétions spéciales de service public non prévues dans la convention de délégation induisent un bouleversement de l'équilibre financier du contrat. L'aléa inhérent à toute entreprise se trouve limité dans le cas d'une délégation. L'idée est à la base de la théorie des sujétions imprévues. Le cocontractant doit être intégralement indemnisé des conséquences des difficultés matérielles d'exécution, extérieures à la volonté des parties et imprévisibles, qu'il rencontre. Le principe se dégage de deux théories jurisprudentielles, celle du fait du prince et celle de l'imprévision :

- La théorie du fait du prince prend en compte l'aléa résultant de l'exercice par l'autorité publique de ses prérogatives à l'encontre du cocontractant, aléa administratif. La puissance publique, le « prince », aggrave par son fait les conditions d'exécution du contrat et peut être tenue de verser à son cocontractant une indemnisation intégrale, égale au préjudice subi. A titre d'exemple, la loi relative à l'aviation civile précise en son article 51 que « l'Etat peut accorder au concessionnaire une compensation financière couvrant tout ou partie des charges de sujétions de service public qui lui sont imposées ».

- La théorie de l'imprévision prend en compte l'aléa économique. En cours d'exécution de contrats d'une certaine durée, des bouleversements économiques, étrangers à la volonté des parties, imposent au cocontractant une surcharge ruineuse. Matériellement l'exécution reste possible, sinon il y aurait force majeure et le particulier serait délié de ses obligations, mais devient économiquement désastreuse. La jurisprudence administrative est à l'origine de la théorie qui vise à assurer la continuité de la satisfaction de l'intérêt général et à partager l'aléa entre les parties. L'administration verse au particulier une indemnité lui permettant de poursuivre l'exécution.

Trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait imprévision : les contractants n'ont pu raisonnablement prévoir les faits venant bouleverser la situation, étant donné leur caractère exceptionnel (guerre, cataclysme...) ; les faits doivent être indépendants de leur volonté ; ils doivent provoquer un réel bouleversement dans les conditions d'exécution du contrat. La situation d'imprévision est conçue comme essentiellement temporaire. Si les conditions économiques qui l'ont provoquée se consolident et que le déficit se révèle définitif, les parties ont la faculté de conclure un avenant au contrat, un nouveau contrat sur ces nouvelles bases ou, s'il n'est pas possible de redresser la situation, de demander au juge de prononcer la résiliation du contrat.

3 - Droits et obligations de la personne publique responsable

Au chapitre des obligations, la collectivité publique est tenue d'exécuter ses obligations contractuelles. Dans le cas d'une convention d'affermage, par exemple, ou d'un contrat de management, elle est tenue à la rétribution du délégataire. Dans le cas d'une concession d'exploitation, et lorsque les installations sont à sa charge, elle se doit de les mettre à la disposition du délégataire en état de fonctionnement normal.

Toutefois, l'administration bénéficie surtout de droits et privilèges en tant que responsable de l'organisation et de la maîtrise du service public. A ce titre, elle dispose essentiellement de trois types de pouvoirs à l'égard du cocontractant :

- un pouvoir de modification unilatérale du contrat ;
- un pouvoir de contrôle ;
- un pouvoir de sanction.

a - Le pouvoir de modification unilatérale

L'administration peut imposer des modalités d'exécution non précisées au contrat et modifier unilatéralement les obligations de son cocontractant. Le privilège exorbitant de la modification unilatérale du contrat de délégation trouve sa source dans le principe de mutabilité du service public. En effet, les exigences de l'intérêt général peuvent changer et ne sauraient être tenues en échec par des stipulations contractuelles immuables. Cette règle, de portée générale, s'applique particulièrement en matière de délégation conventionnelle de service public. Mais, fondée sur la nécessité d'adapter le service à une situation nouvelle, son application ne se justifie que par ce motif et ne peut consister en une réduction des avantages financiers accordés au cocontractant.

Ici, on est amené à faire la distinction entre clauses contractuelles et clauses réglementaires. Ces dernières sont celles qui ont trait à l'organisation et le fonctionnement du service. Elles sont fixées de manière unilatérale par l'autorité administrative responsable de la gestion stratégique du service et peuvent se retrouver dans les règlements de service qui s'imposent lorsque le service est géré en régie ou par un établissement public. Les clauses de ce type peuvent être modifiées par le délégant et ce, au motif qu'il assume la gestion stratégique du service et doit, en conséquence, veiller à adapter de telles règles aux besoins du public usager du service. Dans ce cas, le délégataire est en droit d'obtenir une contrepartie financière à ses nouvelles obligations et, au-delà d'un certain volume de modification, de demander au juge de prononcer la résiliation du contrat. Quant aux clauses relatives aux relations financières des parties, elles constituent le noyau dur des rapports contractuels et ne peuvent ainsi être affectées par une quelconque modification unilatérale.

b - Le pouvoir de contrôle

Si la gestion du service public fait l'objet d'une délégation au profit de personnes privées, cela ne signifie pas que l'administration se dessaisit de ses prérogatives ayant trait au fonctionnement du service dont elle demeure responsable. Elle garde en effet intactes ses prérogatives de décision et de contrôle, ce qui démontre qu'elle conserve la gestion stratégique du service public.

L'autorité délégante dispose à l'égard du délégataire d'un pouvoir de contrôle qu'elle exerce selon diverses modalités qui ont toutes pour but de lui permettre d'assurer un suivi de l'exécution de la convention de délégation. On distingue entre le contrôle sur pièces et le contrôle sur sites :

- **Le contrôle sur pièces :** Le contrat réserve à l'administration le pouvoir de contrôler les opérations d'exécution de la convention de délégation, d'exiger tout renseignement nécessaire pour lui permettre d'exercer son pouvoir de contrôle. Un tel type de contrôle s'appuie sur la fourniture d'informations périodiques comme la production d'un rapport annuel qui doit couvrir les aspects financiers de l'exploitation. A titre d'exemple, la loi relative à l'eau dispose en son article 109 que « Le concessionnaire doit soumettre à l'autorité concédante un rapport annuel permettant de contrôler et d'évaluer les conditions d'exécution de la délégation de service public ». Ledit rapport « et les appréciations qui découlent de son examen font l'objet d'une communication au Gouvernement ». Par ailleurs, les différents textes mettent à la charge du délégataire l'obligation de fournir des informations périodiques ainsi que des documents nécessaires à l'exercice par le délégant de son pouvoir de contrôle technique, financier, comptable et de gestion.

- **Le contrôle sur sites :** Les contrôles sur sites sont exercés par des agents mandatés par l'autorité délégante. Les agents de contrôle habilités peuvent, à tout moment, procéder à toutes vérifications utiles pour l'exercice de leur fonction, et en particulier effectuer les essais et mesures nécessaires, prendre connaissance sur place, ou disposer de copie de tous documents techniques ou comptables. A titre d'exemple, l'article 20 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 relatif à la délégation d'exploitation d'infrastructures d'accueil et de traitement des voyageurs par route dispose que « Le concessionnaire est tenu de se soumettre aux inspections et contrôles effectués inopinément et régulièrement par les agents de l'autorité concédante et par ceux qui sont mandatés par le directeur des transports de wilaya territorialement compétent ».

c - Le pouvoir de sanction

L'administration bénéficie du pouvoir de sanction à l'encontre du délégataire de service public en cas de défaillance de ce dernier. Dans certaines situations, l'administration dispose du pouvoir de suspension de la convention. A titre d'exemple, le décret exécutif relatif à la concession d'infrastructures d'accueil et de traitement des voyageurs prévoit en son article 25 que « L'autorité concédante peut, en tout temps, suspendre provisoirement la concession si le concessionnaire viole ses obligations de façon grave ou répétée et ce, après deux (2) mises en demeure restées sans réponse ». Quant aux sanctions proprement dites, elles sont de trois types :

- Les sanctions du premier type visent à assurer l'exécution du contrat en dépit de la défaillance du cocontractant. L'administration s'y substitue ou y substitue un tiers, au moins provisoirement, et exécute elle-même, le cocontractant en supportant les frais et risques. La mise en régie s'applique lorsque la gestion s'effectue pour le compte de la personne publique comme dans le cas d'une régie intéressée ou d'une gérance. S'agissant d'une concession ou d'un affermage, la sanction prend la forme d'une mise sous séquestre.

- En second lieu, il faut signaler les sanctions pécuniaires stipulées au contrat, le cas échéant, et qui jouent dès que se produit le manquement prévu. Elles sont prononcées notamment par jour de retard, ou calculées après coup en fonction du dommage subi.

- Quant aux sanctions du troisième type, elles ont pour objet et pour effet de mettre fin au contrat. A signaler dans cette catégorie l'annulation de la convention, la résiliation-sanction, la déchéance. A titre d'exemple, en matière de concession d'autoroutes, l'article 30 du cahier des charges-type précise qu'en cas de défaillance du concessionnaire, l'autorité concédante prononce à son encontre la déchéance. S'agissant d'une concession de services de transport maritime, lorsque le délégataire interrompt l'exploitation de la concession pour quelque motif que ce soit, soit partiellement, soit en totalité, le ministre chargé de la marine marchande, après l'avoir mis en demeure de reprendre l'exploitation dans un délai de trois (3) mois, prononce l'annulation de la concession si le bénéficiaire n'a pas obtempéré aux injonctions de l'administration⁽⁷⁷⁾. Dans le cas de la concession en matière de transport aérien, les textes juridiques utilisent également la formule de l'annulation qui est prononcée par décret présidentiel pris en conseil des ministres⁽⁷⁸⁾.

C - La fin du contrat

Il est nécessaire de distinguer entre deux situations : celle qui résulte de l'expiration normale de la durée du contrat et celle consécutive à sa résiliation.

1 – L'expiration normale de la durée du contrat

La fin du contrat se réalise normalement par l'exécution des obligations des parties ou l'expiration de la période pour laquelle le contrat a été conclu. Elle peut aussi se produire du fait de la volonté des parties ou par l'effet de la force majeure. Le cocontractant n'a aucun droit à la reconduction de la délégation. Dans une espèce ayant trait à une concession d'exploitation d'une gare routière, le Conseil d'Etat a jugé que le caractère précaire et révocable de la concession s'oppose à ce que le concessionnaire bénéficie d'un quelconque droit subjectif, dont notamment le droit à la reconduction tacite du contrat⁽⁷⁹⁾.

Au terme de la durée conventionnelle de la délégation, la question essentielle qui se pose a trait au sort de l'ensemble des biens meubles et immeubles indispensables ou utiles à l'exploitation de l'activité. En vertu des dispositions de l'article 208 du décret présidentiel du 16 septembre 2015, « A l'expiration de la convention de délégation de service public, l'ensemble des investissements et des biens du service public devient la propriété de la personne morale de droit public concernée ». En réalité, de telles dispositions doivent être nuancées en ce qu'elles ne s'appliquent que dans l'hypothèse d'une concession. Dans les autres cas de figure comme dans l'hypothèse d'une régie intéressée, d'une convention d'affermage ou d'un contrat de gérance, les infrastructures appartiennent en effet à la personne morale de droit public tout au long de la durée de la convention de délégation.

Lorsque la délégation comprend la réalisation d'infrastructures par le délégataire et qu'on est ainsi en présence d'une concession (réalisation d'autoroutes, de ports, de gares, d'installations de production d'eau potable), on opère une distinction entre trois types de biens, mis à part les biens apportés par la collectivité délégante et qui restent sa propriété :

- **Les biens de retour** : ils recouvrent les biens meubles et immeubles indispensables au service délégué qui, tout au long de la durée de la convention, demeurent la propriété de l'autorité administrative et qui, à l'expiration de la convention, reviennent de plein droit à la personne publique et ce, sans indemnisation au profit du concessionnaire⁽⁸⁰⁾. A titre illustratif, on peut citer les stipulations contenues dans le cahier des charges-type relatif à la concession d'autoroutes qui précise en son article 29-1 qu'à l'expiration de la durée de la concession, « et par le seul fait de cette expiration, le concédant se trouvera subrogé à tous les droits et obligations du concessionnaire afférents à la concession ». Quant à l'alinéa 2 du même article, il précise que le concédant « entrera immédiatement en possession des installations, des appareils et de leurs accessoires, des biens meubles et immeubles faisant partie de la concession ».

- **Les biens de reprise** : il s'agit des biens qui, tout en faisant partie intégrante de la délégation et appartenant au concessionnaire pendant la durée de la concession, sont utiles mais pas indispensables à son exploitation⁽⁸¹⁾. Les biens de reprise peuvent, à l'expiration de la durée de la concession, être repris par le délégant en ce qu'ils ont vocation à rester attachés au service, mais à sa seule initiative et moyennant indemnisation du concessionnaire. A titre d'exemple, l'article 29-2 du cahier des charges-type relatif à la concession d'autoroutes stipule que « le cas échéant, les biens mobiliers qui pourraient être nécessaires au fonctionnement des installations annexes, sans faire partie de la concession, sont repris par le concédant ».

Les biens de reprise comprennent notamment les biens meubles spécialisés tels que les véhicules utilitaires, les engins, les outillages, les mobiliers de bureau ainsi que, le cas échéant, les terrains et immeubles à usage de bureau, de magasin, de parcs de stockage ou zones de garage, d'atelier ou de laboratoire et, d'une manière générale, tous les biens utilisés nécessaires à l'exploitation du service concédé et qui ont vocation à rester affectés à cette exploitation.

- **Les biens propres** sont ceux qui restent la propriété du délégataire en fin de contrat et qui ne sont ni nécessaires, ni indispensables à la délégation de service public. La catégorie comprend tous biens meubles ou immeubles qui n'ont pas vocation à rester affectés à l'exploitation du service délégué, notamment des véhicules, mobiliers et matériels. Lorsqu'il s'agit de constructions, par exemple, le délégant est en droit d'exiger la démolition aux frais du délégataire lorsqu'elles sont implantées sur le domaine public étant donné qu'elles ne font pas partie intégrante de la délégation de service public.

Dans d'autres situations, et au cas où ne sont pas en jeu des infrastructures, la personne publique responsable du service peut procéder au rachat des biens nécessaires à l'exploitation à l'échéance du terme de la convention. Le procédé, que la doctrine qualifie de manière impropre de « rachat contractuel »⁽⁸²⁾, consiste pour l'administration à acquérir de droit les biens propriété du délégataire. A titre d'exemple, la loi relative à l'aviation civile prévoit qu'au terme de la concession, l'Etat peut, lorsque le maintien en exploitation de la ligne concédée s'avère impératif, acquérir l'entreprise concessionnaire aux conditions prévues par le cahier des charges.

En cas de désaccord entre les parties, le montant des indemnités est fixé par le juge⁽⁸³⁾. Il s'agit du tribunal administratif, juge du contrat, qui est compétent pour résoudre les litiges ayant trait au montant de l'indemnisation.

2 – La fin anticipée du contrat

La résiliation peut être prononcée par le juge à la demande du cocontractant. Elle est exclusive de toute indemnité en l'absence de faute imputable à l'administration. Le juge peut résilier le contrat à la demande du délégataire en cas de faute grave de l'administration, ce qui entraîne pour elle l'obligation d'indemniser le cocontractant lorsque les modifications qu'elle entend lui imposer unilatéralement excèdent certaines limites, ou dans certaines hypothèses de force majeure.

La fin du contrat peut se réaliser surtout par un procédé propre aux contrats administratifs que constitue la résiliation unilatérale par l'autorité administrative à titre de sanction en cas de faute grave du cocontractant. L'administration peut également mettre fin au contrat par décision particulière ou par acte réglementaire, dans l'intérêt du service, c'est-à-dire pour des motifs d'intérêt général. Cette prérogative constitue le prolongement du pouvoir de modification unilatérale reconnu à l'autorité administrative et a pour contrepartie l'obligation d'indemniser intégralement le cocontractant du préjudice subi, y compris du manque à gagner, par application de la théorie du fait du prince⁽⁸⁴⁾. A titre d'exemple, le cahier des charges type applicable aux concessions d'infrastructures à caractère marchand destinées à des missions de service public prévoit que l'autorité concédante peut, à tout moment et après que le concessionnaire ait été admis à faire valoir ses observations, prononcer le retrait de la concession avant l'expiration du délai convenu « pour un motif autre que l'inexécution des clauses contractuelles. Le concessionnaire est, dans ce cas, indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée »⁽⁸⁵⁾.

Conclusion

Au terme de ce bref aperçu, on constate qu'il est encore tôt pour procéder à une évaluation de la délégation de service public aussi bien au niveau national que local, d'abord en ce qu'il s'est avéré que le retrait de l'Etat de la sphère économique n'est que symbolique et qu'on assiste à un retour en force de la puissance publique et de ses démembrements dans une multitude de secteurs d'activité ; ensuite, le texte de référence ayant trait à la gestion opérationnelle d'un ensemble d'activités d'intérêt général par des opérateurs privés n'a été adopté et promulgué qu'en 2015, ce qui implique qu'il faille attendre l'adoption de textes d'application sous forme de décrets exécutifs pour disposer d'un régime d'ensemble applicable aux différents procédés de délégation et ce, quel que soit le secteur d'activité en cause.

Par ailleurs, l'examen minutieux des conventions et de leur mise en œuvre au plan pratique est nécessaire pour s'assurer que l'autorité délégante exerce entièrement ses prérogatives vis-à-vis du délégataire, et notamment en matière de contrôle, faute de quoi, on serait en présence de pratiques douteuses qui pourraient rappeler les marchés publics conclus avec des entreprises sur des bases népotiques ou moyennant des commissions occultes.

Enfin, le décret présidentiel réglementant les délégations de service public institue une autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public auprès du ministre chargé des finances. Celle-ci comprend en son sein un organe national de règlement des litiges. Il s'agit là d'une initiative louable en ce qu'elle permet de régler les litiges éventuels entre les parties au moyen de modes alternatifs de règlement. Toutefois, le texte précise que l'autorité est habilitée à « statuer sur les litiges nés de l'exécution des marchés publics conclus avec des partenaires cocontractants étrangers »⁽⁸⁶⁾. Il semble bien que les litiges nés de l'exécution d'une convention de délégation de service public ne soient pas compris dans les attributions de l'autorité. Une telle omission est regrettable et il est nécessaire non seulement d'y remédier, mais également de procéder à une refonte des dispositions du code de procédure civile et administrative ayant trait à l'arbitrage qui, curieusement, limitent l'arbitrabilité des litiges mettant en cause l'administration à la matière des marchés publics.

Notes :

(1). Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « La délégation unilatérale de service public au profit de personnes privées », *Idara*, n° 42, 2011, pp. 49-74. Du même auteur, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Editions Belkeise, Alger, 2012.

(2). Sur la question, voir Essaid TAIB, « Le partenariat public-privé en Algérie en matière d'exécution du service public », *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, n° 3, 2007, pp. 5-25.

(3). Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *JORA* n° 50 du 20 septembre 2015.

(4). Voir Etienne FATÔME, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA* 2007, p. 959.

(5). Jean-François AUBY, *Les services publics locaux*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1982. Au plan législatif, la notion de délégation de service public a été consacrée par la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (*JORF* n° 33 du 8 février 1992) puis affinée par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (*JORF* n° 25 du 30 janvier 1993) modifiée par loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (*JORF* n° 288 du 12 décembre 2001).

(6). Loi n° 90-08 du 7 avril 1990 relative à la commune, *JORA* n° 15 du 11 avril 1990, complétée par ordonnance n° 05-03 du 18 juillet 2005, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005 (abrogée).

(7). Loi n° 90-09 du 7 avril 1990 relative à la wilaya, *JORA* n° 15 du 11 avril 1990, complétée par ordonnance n° 05-04 du 18 juillet 2005, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005 (abrogée).

(8). Voir Nadia DRIFI, *La gestion des services publics et les nouvelles mutations*, Editions Belkeis, Alger, 2010, pp. 216-217 (en arabe)

(9). Ordonnance n° 95-27 du 30 décembre 1995 portant loi de finances pour 1996, *JORA* n° 82 du 31/12/1995.

(10). Décret exécutif n° 96-308 du 18 septembre 1996 relatif à la concession d'autoroutes, *JORA* n° 55 du 25 septembre 1996.

(11). Voir Chabane BENAKEZOUH, « Les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (positions théoriques et cas pratiques) », *RASJEP*, n° 1, 2011, p. 85.

(12). Décret exécutif n° 05-249 du 10 juillet 2005 portant réaménagement du statut de l'agence nationale des autoroutes, *JORA* n° 48 du 10 juillet 2005.

(13). Décret exécutif n° 05-250 du 10 juillet 2005 portant création de l'Algérienne de gestion des autoroutes, *JORA* n° 48 du 10 juillet 2005.

(14). Art. 571-1 du code maritime tel qu'introduit par la loi n° 98-05 du 25 juin 1998 modifiant et complétant l'ordonnance n° 76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime, *JORA* n° 47 du 27 juin 1998. Voir également loi n° 10-04 du 15 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime, *JORA* n° 46 du 18 août 2010.

(15). Art. 12 et 13 du décret exécutif n° 08-57 du 13 février 2008 fixant les conditions et les modalités de concession d'exploitation des services de transport maritime, *JORA* n° 9 du 24 février 2008.

(16). Loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, *JORA* n° 48 du 28 juin 1998, modifiée et complétée par loi n° 2000-05 du 6 décembre 2000, *JORA* n° 75 du 10 décembre 2000, modifiée et complétée par ordonnance n° 03-10 du 13 août 2003, *JORA* n° 48 du 13 août 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-02 du 23 janvier 2008, *JORA* n° 4 du 27 janvier 2008, modifiée et complétée par loi n° 15-14 du 15 juillet 2015, *JORA* n° 41 du 29 juillet 2015.

(17). Art. 10 de la loi n° 98-06 du 27 juin 1998 modifiée et complétée précitée.

(18). Art. 11 du décret exécutif n° 2000-43 du 26 février 2000 fixant les conditions et modalités d'exploitation des services aériens, *JORA* n° 8 du 1^{er} mars 2000, complété par décret exécutif n° 03-480 du 13 décembre 2003, *JORA* n° 78 du 14 décembre 2003.

(19). Loi n° 01-13 du 7 août 2001 portant orientation et organisation des transports terrestres, *JORA* n° 44 du 8 août 2001.

(20). Contre toute attente, la formule conventionnelle a été écartée et la concession se trouve soumise au régime de l'acte unilatéral en vertu d'un texte réglementaire qui viole ainsi les dispositions de la loi. Voir, décret exécutif n° 04-415 du 20 décembre 2004 fixant les conditions de délivrance des autorisations d'exercice des activités de transport routier de personnes et de marchandises, *JORA* n° 82 du 22 décembre 2004, modifié et complété par décret exécutif n° 11-263 du 30 juillet 2011, *JORA* n° 43 du 3 août 2011.

(21). Art. 2 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route, *JORA* n° 82 du 22 décembre 2004.

(22). Loi n° 05-12 du 4 août 2005 relative à l'eau, *JORA* n° 60 du 4 septembre 2005, modifiée et complétée par loi n° 08-03 du 23 janvier 2008, *JORA* n° 4 du 27 janvier 2008 ; ordonnance n° 09-02 du 22 juillet 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009.

(23). Décret exécutif n° 08-53 du 9 février 2008 portant approbation du cahier des charges-type pour la gestion par concession du service public d'assainissement et du règlement de service y afférent, *JORA* n° 08 du 13 février 2008.

(24). Décret exécutif n° 08-54 du 9 février 2008 portant approbation du cahier des charges-type pour la gestion par concession du service public d'alimentation en eau potable et du règlement de service y afférent, *JORA* n° 08 du 13 février 2008.

(25). Décret exécutif n° 01-101 du 21 avril 2001 portant création de "l'Algérienne des eaux", *JORA* n° 24 du 22 avril 2001, modifié par décret exécutif n° 07-221 du 14 juillet 2007, *JORA* n° 46 du 15 juillet 2007.

(26). Décret exécutif n° 01-102 du 21 avril 2001 portant création de l'office national de l'assainissement, *JORA* n° 24 du 22 avril 2001.

(27). Pour les modalités d'approbation de la convention, voir décret exécutif n° 10-275 du 4 novembre 2010 fixant les modalités d'approbation de la convention de délégation des services publics de l'eau et de l'assainissement, *JORA* n° 68 du 10 novembre 2010.

(28). En pratique, on peut mentionner l'association entre, d'une part les deux établissements publics, l'Algérienne des eaux et l'Office national de l'assainissement, d'autre part des opérateurs étrangers en vue de la constitution de sociétés d'économie mixte auxquelles ont été consenties des délégations des services publics de l'eau et de l'assainissement.

(29). Voir, chapitre 4 « De la concession et de la délégation de services publics » de la loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, *JORA* n° 37 du 3 juillet 2011.

(30). Art. 156 de la loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune.

- (31). Art. 149 de la loi n° 12-07 du 21 février 2012 relative à la wilaya, *JORA* n° 12 du 29 février 2012.
- (32). Décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, op. cit.
- (33). CE, 12 mars 1999, Sté Stella Maillot-Orée du Bois, *AJDA* 1999, p. 439 note Raunet et Rousset.
- (34). CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, www.conseil-etat.fr/ ; voir également dans le même sens, CE, 5 octobre 2007, Société UGC Ciné Cité, req. n° 298773, www.conseil-etat.fr/
- (35). Voir par exemple, CE, 7 Novembre 2008, Département de la Vendée, req. n° 291794, www.conseil-etat.fr/ ; également CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-les-Plages, n° 342520, <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/>
- (36). Art. 64 bis de la loi n° 90-30 du 1^{er} décembre 1990 portant loi domaniale, *JORA* n° 52 du 2 décembre 1990, modifiée et complétée par loi n° 08-14 du 20 juillet 2008, *JORA* n° 44 du 3 août 2008.
- (37). Voir, décret exécutif n° 15-305 du 6 décembre 2015 portant approbation du cahier des charges et de la convention types applicables aux concessions d'infrastructures à caractère marchand destinées à des missions de service public, *JORA* n° 66 du 9 décembre 2015.
- (38). Voir Chabane BENAKEZOUH, « Les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (positions théoriques et cas pratiques) », op.cit., p. 84.
- (39). CE, 30 juin 1999, SMITOM, req. n° 198147, www.conseil-etat.fr/
- (40). Citée par Etienne AMBLARD, « Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux. Elargir les choix pour améliorer la performance », *La Gazette des communes, des départements, des régions, Cahier détaché* n° 2 - 37/1711, 6 octobre 2003, p. 227.
- (41). Cour Administrative d'Appel de Paris, 27 avril 2004, *commune de Corbeil-Essonnes c/ Association Proloisirs*, <http://paris.cour-administrative-appel.fr/ta-cao/>
- (42). Selon la rédaction de l'article 210 du décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 ayant trait aux délégations de service public précité, « L'autorité délégante confie au délégant soit la réalisation d'ouvrages ou l'acquisition de biens nécessaires à l'établissement du service public et à son exploitation, soit elle lui confie uniquement l'exploitation du service public ». En réalité, une erreur s'est glissée dans le texte et il faut lire : « L'autorité délégante confie au délégataire » et non « L'autorité délégante confie au délégant ».
- (43). Voir, Patrice COSSALTER, *L'affermage et la régie intéressée*, LGDJ, Paris, 2011.
- (44). Art. 210 du décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, op. cit.
- (45). Ibid.
- (46). Loi n° 89-01 du 07 février 1989 complétant l'ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975, modifiée et complétée, portant code civil, *JORA* n° 6 du 8 février 1989.
- (47). Art. 9 du décret exécutif n° 2001-101 du 21 avril 2001 modifié portant création de l'Algérienne des eaux, art. 11 du décret exécutif n° 01-102 du 21 avril 2001 portant création de l'office national de l'assainissement, *JORA* n° 24 du 22 avril 2001.
- (48). Sur la question voir, Rachid ZOUAÏMIA, Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif*, Berti éditions, Alger, 2009 (spécialement le régime juridique des contrats administratifs, p.176 et ss.).
- (49). Art. 138 de la loi n° 90-08 du 7 avril 1990 relative à la commune, *JORA* n° 15 du 11 avril 1990, complétée par ordonnance n° 05-03 du 18 juillet 2005, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005 (abrogée). La loi du 22 juin 2011 relative à la commune ne fait aucune référence à l'approbation de la délibération par l'autorité de tutelle (Loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, *JORA* n° 37 du 3 juillet 2011).
- (50). Art. 56 de la loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune.
- (51). Lorsque le président de l'assemblée ou un membre se trouvent en situation de conflit d'intérêt, ils ont tenus de le déclarer. Le membre en fait la déclaration au président, ce dernier le déclare à l'assemblée.
- (52). Art. 61 de la loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune.

- (53). Loi n° 12-07 du 21 février 2012 relative à la wilaya, *JORA* n° 12 du 29 février 2012.
- (54). Art. 130 de la loi n° 90-09 du 7 avril 1990 relative à la wilaya, *JORA* n° 15 du 11 avril 1990, complétée par ordonnance n° 05-04 du 18 juillet 2005, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005 (abrogée).
- (55). Art. 54 de la loi n° 12-07 du 21 février 2012 relative à la wilaya.
- (56). Art. 56, *ibid.*
- (57). Art. 57, *ibid.*
- (58). Art. 7 et 9 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route.
- (59). Décret exécutif n° 2001-101 du 21 avril 2001 modifié portant création de l'Algérienne des eaux.
- (60). Décret exécutif n° 01-102 du 21 avril 2001 portant création de l'office national de l'assainissement.
- (61). Décret exécutif n° 10-275 du 4 novembre 2010 fixant les modalités d'approbation de la convention de délégation des services publics de l'eau et de l'assainissement.
- (62). Voir décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *op. cit.*
- (63). Sur la question des contrats « *in house* », voir Conseil d'Etat, Rapport public 2002, « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE* n° 53, La Documentation française, 2002, pp.307 et ss.
- (64). Une telle solution est déduite de la rédaction des termes de l'article 4 du décret exécutif n° 10-275 du 4 novembre 2010 fixant les modalités d'approbation de la convention de délégation des services publics de l'eau et de l'assainissement. Si l'article 2 du texte réglementaire est en effet suivi de dispositions ayant trait au dossier d'appel à la concurrence, il n'en est pas de même de l'article 4 qui a trait à la délégation « *in house* », soit au profit d'une filiale.
- (65). Voir décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route.
- (66). Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, *JORA* n° 21 du 23 avril 2008.
- (67). Voir Rachid ZOUAÏMIA ; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif*, Berti Editions, 2009, p. 275.
- (68). Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 2 juillet 2008, modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, *JORA* n° 46 du 18 août 2010.
- (69). Art. 11 du décret exécutif n° 08-57 du 13 février 2008 fixant les conditions et les modalités de concession d'exploitation des services de transport maritime.
- (70). Art. 12 al. 2 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route.
- (71). Art. 20 du décret exécutif n° 2000-43 du 26 février 2000 modifié et complété fixant les conditions et modalités d'exploitation des services aériens.
- (72). Art. 12 du cahier des charges-type de concession d'autoroutes annexé au décret exécutif n° 96-308 du 18 septembre 1996 relatif à la concession d'autoroutes.
- (73). *Ibid.* Art. 13.4.
- (74). A titre d'exemple, l'article 10 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route, dispose : « La concession donne lieu au paiement d'une contrepartie financière ».
- (75). *Ibid.* Art. 11.
- (76). Art. 9 du décret exécutif n° 08-57 du 13 février 2008 fixant les conditions et les modalités de concession d'exploitation des services de transport maritime, art. 10 du décret exécutif n° 2000-43

du 26 février 2000 modifié et complété fixant les conditions et modalités d'exploitation des services aériens.

⁽⁷⁷⁾. Art. 32 du décret exécutif n° 08-57 du 13 février 2008 fixant les conditions et les modalités de concession d'exploitation des services de transport maritime.

⁽⁷⁸⁾. Art. 117 de la loi n° 98-06 du 27 juin 1998 modifiée et complétée précitée. A titre d'exemple, décret présidentiel n° 03-403 du 5 novembre 2003 portant annulation de l'approbation de la convention de concession d'exploitation des services de transport aérien consentie à la compagnie aérienne "Khalifa Airways" et du cahier des charges l'accompagnant, *JORA* n° 68 du 9 novembre 2003.

⁽⁷⁹⁾. CE, 9 mars 2004, Sté de transport de voyageurs c/ Président de l'APC d'Oran, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 5, 2004, p. 212.

⁽⁸⁰⁾. Le Conseil d'Etat français range dans la catégorie les biens indispensables mais également « les biens nécessaires au fonctionnement du service ». Voir CE, sect. travaux publics, Avis n° 371234, 19 avril 2005, www.conseil-etat.fr/. Voir Yezza ZKIRIM, « La distinction classique des biens en délégation de service public », 2011, www.lepetitjuriste.fr/

⁽⁸¹⁾. Voir Emmanuelle CROCHEMORE, « Sort des biens à la fin d'une délégation de service public », 2009, www.rlqc-law.eu/

⁽⁸²⁾. Gilles J. GUGLIELMI, *Une introduction au service public*, Collection « Exhumation d'épuisés », Université Panthéon-Assas, Paris, 1994, p. 45.

⁽⁸³⁾. Art. 119 de la loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile.

⁽⁸⁴⁾. Voir à titre d'exemple, Cour d'Alger, Ch. adm., 8 novembre 1967, Khelif Malek c/ Commune de Sidi-Aïssa et préfet de Médéa, H. BOUCHAHDA, R. KHELLOUFI, *Recueil d'arrêts. Jurisprudence administrative*, OPU, Alger, 1985, pp. 24-25. Dans cette espèce, le juge considère « qu'il est de doctrine et de jurisprudence que la résiliation d'un contrat par l'administration, fût-elle dans l'intérêt général, comporte en contrepartie le droit du cocontractant à une indemnité qui comprend la prise en considération de tous les avantages que le cocontractant aurait tiré de l'exécution du contrat jusqu'à l'expiration de son terme ».

⁽⁸⁵⁾. Art. 15 du cahier des charges annexé au décret exécutif n° 15-305 du 6 décembre 2015 portant approbation du cahier des charges et de la convention types applicables aux concessions d'infrastructures à caractère marchand destinées à des missions de service public, op. cit.

⁽⁸⁶⁾. Art. 213 du décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015, op. cit.

La diffusion de la publicité Commerciale *

Dr. BELIMANE Yamina
Département de Droit Privé,
Faculté de Droit,
Université Constantine 1, Algérie.

د. بليمان يمينة
قسم القانون الخاص،
كلية الحقوق،
جامعة قسنطينة 1، الجزائر.

Résumé :

La communication commerciale entre l'entreprise et son marché, a toujours existé, en utilisant différentes méthodes, jusqu'à l'apparition de la publicité et des premiers mass médias comme la presse, la radio, la télévision, le cinéma, etc. Le support publicitaire étant tout moyen pouvant véhiculer un message publicitaire, la question qu'on se pose, c'est : lequel il faut choisir ? Le choix se fait en fonction du coût de l'investissement, du critère de diffusion géographique et du public cible à atteindre. Les principaux médias dépendent en grande partie de la publicité pour financer leur fonctionnement. Les annonceurs utilisent les médias comme support sur lesquels ils vont installer leurs publicités pour atteindre le consommateur. Chaque média a une particularité qui le rendra adapté pour tel ou tel type de publicité, et fait l'objet d'une réglementation plus ou moins importante selon l'enjeu que représentent les supports sur le plan économique, social et politique.

Mots clés:

Publicité commerciale, NTIC, Internet, communication commerciale ; diffusion de la publicité.

Dissemination of advertising commercial

Abstract:

Companies have always used different methods to keep commercial contact with their customers until the appearance of mass media which facilitated the process considerably. Today, TV., Radio, Newspapers, cinema and the Internet are all means that companies depend on to reach their target. The question to ask therefore is which means of advertising to use? The choice should take into consideration the cost of the investment, geographic distribution as, well as the targets customer. Mass media, in turn, tend to rely on advertising to finance their work. Because advertisers use media to reach their potential consumers, certain types of media seem to suit certain types of adverts depending on the issues these adverts representing economic, social or political in addition to other issues or mess ages that may be embedded in advertisements.

Key words:

Commercial publicity, NTIC, Internet, commercial communication, diffusion of publicity.

* Article reçu le 14/03/2016, expertisé le 17/04/2016, rendu publiable le 02/05/2016.

بث الإشهار التجاري

الملخص:

الاتصال التجاري بين المؤسسة و السوق، دائما موجود باستعمال طرق مختلفة، إلى غاية ظهور الإشهار و كذلك وسائل الإعلام مثل: الصحافة المكتوبة، الإذاعة، التلفزيون، السينما الخ. حامل الإشهار هو كل وسيلة تمكن من نقل الرسالة الإشهارية، السؤال المطروح ما هي الوسيلة التي يتم اختيارها ؟ الاختيار يتم على حسب كلفة الاستثمار و شروط البث الجغرافي، و الجمهور المستهدف. أهم وسائل الإعلام تعتمد في جانب كبير على الإشهار لتمويلها.

المعلنين يستعملون وسائل الإعلام كحامل لإعلاناتهم الإشهارية للوصول إلى المستهلك. كل وسيلة إعلامية لها خاصية تتماشى مع إشهار معين، و هي محل تنظيم ذو أهمية قصوى، على حسب أهمية الوسيلة الإعلامية، من الجانب الاقتصادي، و الاجتماعي والسياسي.

الكلمات الدالة:

الإشهار التجاري، التكنولوجيات الحديثة للإعلام و الاتصال ، الانترنت، الاتصال التجاري، بث الإشهار.

Introduction

Pour obtenir la faveur des annonceurs, la concurrence joue un rôle déterminant, elle pousse les médias à organiser leurs programmations et leurs activités de manière à répondre aux exigences de ceux qui constituent leurs principales sources de revenus. Éviter de s'attirer l'ire des annonceurs est l'un des principaux soucis des responsables des groupes de médias. ⁽¹⁾ L'influence des annonceurs prend rarement la forme d'interventions directes, mais s'exerce plus insidieusement à travers leur volonté de garantir une programmation qui appuie leurs messages commerciaux, ainsi que par leur hostilité envers tout message anti-commercial.

La diffusion publicitaire en Algérie utilise presque tous les supports, du traditionnel au plus moderne. Cette pratique qui est une activité commerciale, existe depuis l'ère coloniale. Après l'indépendance, l'Algérie a libéré son économie en nationalisant ses moyens de production, choix qui s'inscrit dans le cadre d'une économie en transition vers le socialisme. Pour promouvoir la production nationale et se libérer de l'emprise d'une économie de type néo-colonialiste, l'État a recours à l'information de masse et se dote d'un organe à qui on a confié le monopole en matière de publicité commerciale, il est créé une société nationale dénommée « Société Nationale / Agence Nationale d'Édition et de Publicité », (ANEP), cette entité est toujours présente sur la scène médiatique, malgré le nouveau contexte

économique et social, qui a contribué au changement radical du paysage et du mode opératoire de toutes activités commerciales.

Chaque média va être examiné dans le présent article, que ce soit en Algérie ou en France, non pas à travers une étude comparative, mais plutôt une approche qui tient compte des positions géopolitiques des deux pays et de leurs liens historiques et linguistiques. Outre les spécificités qui caractérisent leurs relations, la France a une grande expérience dans le domaine du droit de la publicité et notamment de par son arsenal juridique en matière de presse écrite (1) ; d'affichage en tant que supports publicitaires traditionnels (2) ; puis l'utilisation des médias audiovisuels que sont la télévision et la radio (3).

1 - La publicité dans la presse écrite

Le rôle que joue la presse écrite dans la vie politique, économique et sociale, confère à la publicité une place importante. Pour la presse, la publicité est la source financière majeure. C'est le média le plus traditionnel, quoiqu'aujourd'hui fortement concurrencé, il reste tout de même en première position du marché publicitaire.

En France, la presse pour la publicité est considérée comme une expérience pionnière. Certes, le développement de la télévision s'est surtout fait au détriment des recettes publicitaires de la presse écrite, mais la situation semble s'être stabilisée. Néanmoins, ce média offre aux publicitaires une possibilité de mieux toucher sa cible en fonction de la stratégie de lecteur visé.

La presse écrite algérienne se prévaut de son glorieux passé historique, vu qu'elle a participé aux différentes transformations politiques, sociales et commerciales du pays. Après l'indépendance, elle a été financée et contrôlée intégralement par l'État, L'organisation de la diffusion de l'information en Algérie change selon, ce que stipulent les textes des décrets d'application de 1967, la loi de 1982 et celle de 1990 et dernièrement, la loi de l'année 2012.⁽²⁾

À la fin des années quatre-vingt, L'Algérie subit de grands changements, suite aux événements qui ont provoqué la fin d'une époque, notamment avec le pluralisme politique qui a supplanté le parti unique de sa place de leader. De ce fait, le paysage médiatique se transforme, et une nouvelle ère se dessine, ce fut la naissance de la liberté d'expression et de la presse écrite indépendante.

Il fallait penser à une organisation de la diffusion de l'information au sein de ce nouveau contexte. Cette organisation restait toujours tributaire entièrement du pouvoir. Selon le décret n° 67-208 : la sous-direction des affaires nationales, au sein du ministère de l'information : recueille, exploite diffuse des informations, à caractère national. Elle oriente, dans le respect des options du pays et des directives gouvernementales, l'ensemble de la presse nationale (écrite, filmée et parlée).⁽³⁾

Des transformations furent concrétisées par une série de décrets du gouvernement en place, s'appuyant sur les nouvelles dispositions constitutionnelles (Constitution du 23 Fév. 1989, notamment l'art. 39 : « *Les libertés d'expression, d'association et de réunion sont garanties aux citoyens* ». Le même article fut reporté, (art. 41, Constitution de 1996).

1-1 Les différentes catégories de presse, définition juridique de la presse

1-1-1 Les différentes catégories de presse

Les titres de presse n'ont aucun point commun, entre un quotidien national comme « Le Monde »⁽⁴⁾; « El Watan »⁽⁵⁾, un journal de petites annonces, un magazine et un journal économique. Il existe deux catégories de presse : une presse professionnelle et une autre grand public qui est la catégorie usuelle et la plus importante, subdivisée à son tour en cinq types :

- la presse quotidienne, au sein de laquelle on distingue la presse quotidienne nationale (PQN), la presse quotidienne régionale (PQR) et la presse hebdomadaire régionale (PHR) ;
- la presse magazine se caractérise par une offre très riche : (presse télévision, presse féminine, presse de centres d'intérêt, presse économique, etc.) ;
- les gratuits : journaux édités par des collectivités locales, des organismes de service public ;
- les journaux d'entreprise ou consumers magazines : ce sont des journaux à usage interne ou externe, gratuits (revues des compagnies aériennes distribuées à bord des avions) ;
- la presse on line doit maintenant être ajouté à cette liste. Ce sont les sites éditoriaux créés sur Internet comme le Journal du net ou les versions en ligne de titres classiques.⁽⁶⁾

1-1-2 La définition juridique

1-1-2-1 La définition de la presse en droit français

Selon la loi n° 86-897, du régime juridique de la presse : au sens de la présente loi, l'expression publication de presse désigne : « *Tout service utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée mis à la disposition du public en général ou de catégorie de public et paraissant à intervalles réguliers* ». Au sens de la présente loi, l'expression entreprise éditrice désigne toute personne physique ou morale ou groupement de droit éditant, en tant que propriétaire ou locataire-gérant, une publication de presse.⁽⁷⁾

1-1-2-2 La définition de la presse en droit algérien

Aux yeux du législateur, on entend par presse tout organe d'information, comme définie par la loi n° 90-07 : l'exercice du droit à l'information dans l'article 4 est assuré notamment par : les titres et organes d'information du secteur public, les titres et organes appartenant ou créés par les associations à caractère politique, les titres et organes créés par les personnes physiques ou morales de droit algérien, le droit à l'information, et dans son article 8 : « *Tout support médiatique écrit, radiophonique, sonore ou audiovisuel. En matière de presse écrite, les titres et organes d'information sont organisés distinctement des activités d'impression et de messagerie* ». ⁽⁸⁾

Dans cette définition, la presse n'est pas désignée en tant que publication, mais comme entité assurant le droit à l'information.

La dernière loi n° 05-12, toujours relative à l'information Art. 3, et 6.⁽⁹⁾

1-2 La diffusion de la publicité dans la presse écrite

La publicité diffusée dans la presse connaît sans doute le régime le moins restrictif du droit publicitaire. La diversité présentée par ce média offre aux publicitaires une possibilité de mieux cibler leur campagne et de choisir la presse écrite selon le type de lecteur visé. La publicité de certains produits, interdits sur d'autres supports, est autorisée dans la presse écrite, par exemple la publicité en faveur de la grande distribution. De même, il n'y a pas de restriction quantitative de la publicité dans la presse, contrairement à l'audiovisuel. On peut dire que la réglementation spécifique à la publicité en matière de presse est quasiment inexistante.

La diffusion de la publicité en Algérie est assurée par l'Agence nationale d'édition et de publicité (ANEP) qui traite avec tous les organes de presse d'information...⁽¹⁰⁾ quelques mois après sa création en 1968, l'État algérien déclara clairement conférer le monopole de la publicité à L'ANEP.⁽¹¹⁾

La publicité écrite, parlée et filmée et les communiqués sont diffusés par les organes nationaux d'informations et l'Agence Nationale 1-2 la diffusion de la publicité dans la presse écrite.

La publicité diffusée dans la presse connaît sans doute le régime le moins restrictif du droit publicitaire. La diversité présentée par ce média offre aux publicitaires une possibilité de mieux cibler leur campagne et de choisir la presse écrite selon le type de lecteur visé. La publicité de certains produits, interdits sur d'autres supports, est autorisée dans la presse écrite, par exemple la publicité en faveur de la grande distribution. De même, il n'y a pas de restriction quantitative de la publicité dans la presse, contrairement à l'audiovisuel. On peut dire que la réglementation spécifique à la publicité en matière de presse est quasiment inexistante.

La diffusion de la publicité en Algérie est assurée par l'Agence nationale d'édition et de publicité (ANEP) qui traite avec tous les organes de presse d'information... quelques mois après sa création en 1968, l'État algérien déclara clairement conférer le monopole de la publicité à L'ANEP.

La publicité écrite, parlée et filmée et les communiqués sont diffusés par les organes nationaux d'informations et l'Agence Nationale d'Édition et de Publicité. Des arrêtés du ministère de l'information et de la culture détermineront les modalités de diffusion de cette publicité dans les organes nationaux d'information.⁽¹²⁾

1-3 Restriction de la publicité dans la presse

En matière de contrôle et de restriction en Algérie, la réglementation vise surtout les publications périodiques destinées aux enfants et aux adolescents. Il en est ainsi de tout acte criminel ou délictueux et de l'apologie des fléaux sociaux nuisibles à la jeunesse. Ces publications ne doivent en outre comporter aucune publicité ou annonce susceptible de favoriser la délinquance et la déviation.⁽¹³⁾

Sans définir expressément une publication déterminée, le législateur vise les périodiques d'une façon générale à travers la loi n° 90-07 : les publications périodiques et spécialisées, nationales ou étrangères, quelles que soient leur nature et leur destination, ne doivent comporter ni illustration, ni récit, ni information ou

insertion contraire à la morale islamique, aux valeurs nationales, aux droits de l'homme, ni faire l'apologie du racisme, du fanatisme et de la trahison. Ces publications ne doivent, en outre, comporter aucune publicité ou annonce susceptible de favoriser la violence et la délinquance.

Dans l'art. 59 de la loi sus citée : est institué un organe de contrôle qui est le Conseil supérieur de l'information, autorité administrative indépendante de la régulation, jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière. À ce titre, il est chargé : de veiller à la qualité des messages ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la culture nationale sous toutes ses formes, notamment en matière de production et de diffusion d'œuvres nationales ; de veiller au respect des normes en matière de publicité commerciale et de contrôler l'objet, le contenu et les modalités de programmation de l'information publicitaire diffusée par les organes d'information.⁽¹⁴⁾ Dans la loi n° 05-12, art.40, il est créé une autorité de régulation de la presse écrite.

Le législateur algérien n'a pas défini clairement la diffusion de la publicité commerciale dans la presse écrite algérienne, mais par ailleurs, la loi 05-12 dans son art.28 a bien définie la surface réservée à la publicité : « Toute publication d'information générale ne peut consacrer plus d'un tiers (1/3) de sa surface globale à la publicité et aux publi-reportages ». On constate dans la pratique que le pourcentage de publicité dans les journaux, qui ne doit pas dépasser le un tiers selon les normes utilisées par la plupart de la communauté internationale, n'est pas respecté, que ce soit dans les journaux quotidiens ou autres, il dépasse largement l'espace consacré à l'information au sens absolu du terme.

En France, à titre d'exemple : à part la législation applicable à la publicité en général, il n'existe que deux textes spécifiques en matière de presse, la loi n° 49-956 sur les publications destinées à la jeunesse, précise que les publications ne peuvent comporter aucune publicité ou annonce pour des publications de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse.⁽¹⁵⁾, et La loi du 1 août 1986, qui précise que tout article de publicité à présentation rédactionnelle doit être précédé de la mention « publicité » ou « communiqué ». Il est primordial pour la bonne information des consommateurs que ceux-ci puissent distinguer une publicité d'un véritable article rédactionnel. Mais ne constitue pas une infraction à la loi de 1986, faute d'élément intentionnel, le fait de publier une publicité rédactionnelle sans indication de son caractère de publicité ou de communiqué⁽¹⁶⁾.

1-3-1 La publicité rédactionnelle

Toujours en droit français, la publicité rédactionnelle, par sa forme, ressemble le plus à une information. L'ordonnance, du 6 août 1944 sur l'organisation de la presse, différencie cette forme de publicité des articles qui n'ont pas un but commercial, et l'article 12 de cette ordonnance impose l'indication "publicité". Cette obligation a été reprise par l'article 10 alinéas 2 de la loi du 1 août 1986.⁽¹⁷⁾ Exclue de ce droit la presse gratuite réservée uniquement à la publicité.

Le journal qui ne dépasse pas les deux tiers de sa surface à la publicité, sera bénéficiaire des avantages fiscaux et postaux selon l'article D 20 du code des postes et télécommunications. L'absence de ces mentions rend les responsables de

publication passibles d'une amende. Le non-respect de ces dispositions permet de qualifier la publicité en question de publicité mensongère, pouvant éventuellement constituer un acte de concurrence déloyale.

1-3-2 De refus

La possibilité de refuser des insertions publicitaires dans la presse, en France, c'est un principe qui s'appuie sur la loi du 29 juillet 1881, relatif à la liberté de la presse, et s'applique à tout le contenu du journal. En conséquence, le rédacteur en chef est libre d'accepter ou de refuser toute publicité comme il est libre d'accepter ou de refuser tout article, sans avoir à se justifier, à condition qu'il n'ait pas fait un usage abusif du droit.

La presse gratuite est exclue de ce droit. Les tribunaux considèrent que les presses gratuites ne sont pas concernées à l'exemple de la publication « *Le 13 Marseille* » qui est de nature particulière, car son objectif n'est pas de faire connaître des événements ou d'admettre des idées, mais uniquement d'être un support publicitaire ; elle n'est pas choisie par ses lecteurs mais distribuée à ces derniers. Cette distribution gratuite est une prestation servie aux annonceurs, seuls clients du journal. Les contrats unissant les sociétés de publications et les annonceurs sont conclus à la suite de l'offre permanente de service faite aux annonceurs qui ne peuvent se voir refuser la prestation de service offerte que pour des raisons graves (atteinte aux bonnes mœurs, incitation à la commission d'un délit par exemple) ; les sociétés ayant accepté de contracter avec un annonceur ne sauraient refuser à ce dernier la vente de la publicité dès lors qu'il remplit les obligations qui sont les siennes.⁽¹⁸⁾

2- La publicité extérieure ou affichage publicitaire

L'organisation de l'affichage et de la publicité extérieure préserve un environnement et un cadre de vie et réserve à ce dernier un sort favorable, grâce à la réaction de l'administration compétente, et même des communes, dans l'objectif d'une application raisonnée des textes sur la publicité, les enseignes et les pré enseignes et d'une attention aux irrégularités.

Le Conseil de l'Europe a fait signer à ses membres une convention européenne du paysage le 20 octobre 2000. Pour ces États, « *le paysage est partout un élément important de la qualité de vie des populations ; dans les milieux urbains et dans les campagnes, dans les territoires dégradés comme dans ceux du quotidien, le paysage constitue un élément essentiel du bien-être individuel et social, et sa protection, sa gestion et son aménagement impliquent des droits et des responsabilités pour chacun... Les modes de vie contemporains font que les citoyens aspirent de plus en plus à retrouver un cadre de vie non défiguré...* »⁽¹⁹⁾

La publicité extérieure ou l'affichage publicitaire, sont des moyens de communication qui font l'objet d'une réglementation importante. La publicité extérieure peut prendre des formes variées : dispositifs publicitaires scellés, portatifs ou sur bâtiment, enseignes et pré enseignes, dispositifs lumineux ou non, en agglomération ou hors agglomération, sur véhicule, sur mobilier urbain, à caractère commercial, associatif ou d'opinion, etc.

En France, ce support pose un problème à l'environnement, car souvent dans ce genre de publicité la réglementation n'est pas respectée. La loi du 29 déc.1979 institue un droit spécifique de la publicité extérieure afin de concilier les deux libertés, celle de la publicité « art de vivre », et la liberté fondamentale avec les exigences de la protection du cadre de vie et de l'environnement. L'ensemble des textes sont complexes, mal compris et mal appliqués et génèrent beaucoup de litiges. Les sources de la réglementation de l'affichage publicitaire peut être nationale et locale et peut procéder d'interdiction ou seulement de limitation.⁽²⁰⁾

Le domaine de l'affichage extérieur de la publicité en Algérie, est le plus ancien et le support publicitaire le plus répandu, hérité de l'époque coloniale et précisément de quelques agences de publicité privées comme (HAVAS). En pratique, il y a un manque en matière de réglementation bien claire et concise, pour mener à bien ce secteur sensible sur tous les plans et particulièrement le domaine de l'esthétique, de la sécurité routière et de l'ordre public. Même le peu de réglementation qui existe est soit insuffisante, soit ambiguë et le plus souvent tributaire des règles qui régissent l'activité de l'Agence nationale d'édition et de publicité (ANEP).

2-1 Différentes définitions de la publicité extérieure

La publicité extérieure en France, est définie dans l'article 3 de la loi n° 79-1150 : « *Constitue une publicité à l'exclusion des enseignes et pré enseignes, toute inscription forme ou image destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilés à des publicités* ». ⁽²¹⁾

L'affichage en Algérie est organisé selon les textes de l'ordonnance n° 68-78 art. 6 : la publicité par voie d'affichage et panneaux réclames (réalisation, peinture, affichage...) est assurées par l'agence nationale d'édition et de publicité sous réserve de disposition prévue à l'art. 3 de la présente ordonnance. ⁽²²⁾

Le législateur a essayé de définir l'affichage ou la publicité extérieure qui est un terme générique qui englobe l'affichage (panneaux réclames, enseigne et pré enseigne, réalisation peinture). Il définit aussi au terme de l'ordonnance n° 71-69 art. 5, la publicité par voie d'affichage et panneau fixe ou mobile (réalisation, peinture, etc.) qui est assuré à titre exclusif, par l'Agence Nationale d'Édition et de Publicité. ⁽²³⁾

2-1-1 Définition de l'enseigne et la pré enseigne

Sont définies l'enseigne et la pré enseigne de la manière suivante : « *Constitue une enseigne, toute inscription, forme ou image, apposée sur un immeuble et relative à une activité qui s'y exerce ; constitue une pré enseigne toute inscription forme ou image indiquant la proximité d'un immeuble ou s'exerce une activité déterminée* ». ⁽²⁴⁾

2-1-2 Définition du mobilier urbain

Le mobilier urbain est un ensemble de produits ayant une fonction prévue pour améliorer le fonctionnement de la ville (abris bus, panneaux indicateurs, bancs, kiosque, etc.), mais qui, en même temps et pour assurer une contrepartie à sa pose et

à son entretien, constitue un support publicitaire. La réglementation concernant le mobilier urbain effectué en fonction des supports, distingue les abris, les kiosques, les colonnes, les mats, les mobiliers d'information.

2-1-3 Définition de la publicité lumineuse

C'est la publicité à la réalisation de laquelle, participe une source lumineuse spécialement prévue à cet effet. Sont considérées comme publicité non-lumineuse, les affiches éclairées par projection ou par transparence.

2-1-4 Définition de la publicité non-lumineuse

Les publicités non-lumineuses sont les publicités constituées par des panneaux ou appliquées sur un mur ou scellés au sol et qui peuvent être, malgré le qualificatif utilisé, éclairées mais seulement par projection ou par transparence. Elles sont interdites en agglomération.⁽²⁵⁾

2-2 La publicité en agglomération et ses restrictions

La publicité en agglomération et hors agglomération en France, *elle* est soumise à des contraintes, comme la délivrance de dérogation à proximité de certains endroits, le terme agglomération se définit selon l'article 110-2 du code de la route. « *Un espace sur lequel est groupé des immeubles bâtis rapprochés et dont l'entrée et la sortie sont signalées par des panneaux placés à cet effet le long de la route qui le traverse ou qui le borde.* »⁽²⁶⁾

La publicité à l'intérieur des agglomérations est admise sauf exceptions.

En revanche, la publicité hors agglomération est interdite sauf dans les zones de publicité autorisée instituées par arrêté municipal.⁽²⁷⁾

2-2-1 Interdiction de la publicité avec possibilité de dérogation

- dans les zones de protection délimitées autour des sites classés et autour des monuments historiques classés ; dans les secteurs sauvegardés ; dans les sites inscrits à l'inventaire et les zones de protection délimitées autour de ceux-ci ; à moins de 100 m et dans le champ de visibilité des monuments historiques ou inscrits à l'inventaire supplémentaire.⁽²⁸⁾

2-2-2 Les normes d'implantation de la publicité non-lumineuse

Les normes de superficie et de hauteur maximum par rapport au sol sont fixées en fonction de la population des communes :

- 16 m² et 7,50 m maximum dans les agglomérations de plus de 10 000 habitants ;
- 12 m² et 6 m dans les agglomérations de 2000 à 10 000 habitants ;
- 4 m² et 4 m dans les agglomérations de moins de 2000 habitants.

Les premières normes sont applicables en bordure des voies à grande circulation (définies par le code de la route) et dans les communes rattachées à un ensemble multi communal de plus de 100 000 habitants.⁽²⁹⁾

2-2-2 La publicité en agglomération en Algérie

La loi n° 03-10 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, pose cinq interdictions concernant ce type de publicité art.66, 67, 68.⁽³⁰⁾

2-2-3 Publicité sur les véhicules et publicité sur les eaux

La réglementation en Algérie ne s'est pas prononcée au sujet de la publicité sur les véhicules et la publicité sur les eaux, en dépit de son existence de façon significative surtout sur les véhicules à vocation commerciale. On va se contenter de citer l'exemple de la France, où ce phénomène est de plus en plus en vogue.

2-2-3-1 Publicité sur les véhicules en droit français

Les véhicules utilisés ou équipés à des fins essentiellement publicitaires sont réglementés par le décret du 6 sept.1982. Ne sont pas concernés par la réglementation les véhicules d'une société comportant la publicité de l'entreprise en question, les véhicules de livraison aux couleurs de l'entreprise.

2-2-3-2 Principales normes de publicité sur les véhicules

« - interdiction de stationner ou de séjourner dans un lieu visible d'une voie ouverte à la circulation publique ;
- interdiction de circuler en convoi et de rouler à vitesse anormalement réduite ;
- interdiction de circuler dans les lieux interdits à la publicité ,⁽³¹⁾
- superficie totale publicitaire sur chaque véhicule : 16 m² maximum sauf dérogation exceptionnelle pour certaines manifestations ;
- le maire conserve en tout état de cause ses pouvoirs de police notamment en matière de circulation ».

2-2-3-3 Publicité sur les eaux

La publicité sur les eaux est réglementée par le décret du 27 juin 1989, la publicité n'est admise que sur les bâtiments motorisés et non exclusivement utilisés ou équipés à des fins publicitaires. La publicité ne peut être située dans des lieux interdits à la publicité. « Les normes sont fixées par l'article 3 du décret cité ci-dessus (superficie, hauteur). Les dispositifs publicitaires situés sur l'eau ne peuvent être ni lumineux, ni réfléchissants, ni éclairés. »⁽³²⁾.

2-3 Les contrats d'affichage

Les conditions de durée et les modalités de résiliation des contrats conclus entre bailleurs non professionnels, d'une part, et professionnels locataires d'emplacements publicitaires, d'autre part, sont fixées par la réglementation française. Ces contrats doivent être écrits. Ils doivent être d'une durée maximale de six ans à compter de leur signature et peuvent ensuite se poursuivre d'année en année.⁽³³⁾

En Algérie les panneaux d'affichage sont la propriété de l'Agence nationale d'édition et de publicité. L'emplacement de ces panneaux lui est concédé, à titre onéreux, par contrat.⁽³⁴⁾

3 - La publicité audiovisuelle

La télévision et la radio, sont des supports publicitaires incontournables pour la plupart des annonceurs. Elles ne sont pas censées viser des cibles préalablement définies, par opposition à la presse qui est sélective et permet une très grande subtilité dans la visée de la cible. Ces médias s'adressent à différentes catégories de gens sans distinction et leur diffusion se fait dans tous les sens, l'important est qu'il y ait de l'audimat.

La publicité à la télévision française a été introduite en octobre 1968, sur la première chaîne de l'ORTF⁽³⁵⁾, son apparition sur les écrans français est tardive, comparativement à ses voisins européens : en Grande Bretagne les messages publicitaires étaient diffusés dès l'année 1955 sur la chaîne privée ITV, en Italie dès 1957 et en Allemagne dès 1959. Toujours concernant la publicité sur les écrans des télévisions françaises, elle n'apparaît qu'en 1971 sur la deuxième chaîne puis en 1983 sur la troisième. Pour réaliser les spots, la RFP (Régie Française de Publicité) est créée en 1969.⁽³⁶⁾

Ce support n'a cessé de prendre de l'importance. Sa part de marché publicitaire est de 33,5%⁽³⁷⁾, c'est donc le deuxième média après la presse écrite. L'historique de la publicité à la télévision française nous permet de comprendre comment s'est faite l'évolution de la réglementation. L'activité publicitaire audiovisuelle en France était gérée par la RFP (Régie Française de Publicité). Dès sa création en 1969, elle a joué son rôle, pour les différentes chaînes de télévision et pour radio France de régisseur de publicité.⁽³⁸⁾

La télédiffusion et la radiodiffusion en Algérie ont existé depuis l'époque coloniale. Elle était considérée comme une station régionale qui dépendait de l'Office de Radio Télévision Française (ORTF). A l'époque, les nouveaux dirigeants de l'Algérie indépendante, décident la création de la Radiodiffusion Télévision Algérienne (RTA), le 1 Août 1963. Depuis sa création, la RTA ne cesse de progresser sur tous les plans. En 1986, elle s'est scindée en quatre organismes autonomes : la radio (ENRS), la télédiffusion (TDA), la production audiovisuelle (ENPA) et la télévision (ENTV).⁽³⁹⁾

Les deux organismes chargés de la production et de la diffusion des programmes, issus de cette structuration, sont la télévision et la radio. Les ressources financières engendrées par la publicité étaient insignifiantes parce que l'État prenait en charge leur financement. La publicité était le domaine exclusif de l'ANEP qui jouait le rôle de régisseur pour la télévision et la radio algérienne. Elle imposait son monopole par l'ordonnance n° 68-78 art. 9 et le décret n° 86-283 art. 4.⁽⁴⁰⁾,⁽⁴¹⁾

Quelques années plus tard, la Télévision et la Radio algériennes ont changé de statut pour devenir des établissements à caractère industriel et commercial (EPIC), administrées par un conseil d'administration et astreintes à un cahier des charges, selon les dispositions du décret 91/100, du 24 avril 1991. Sur la base de ces nouvelles règles, la télévision et la radio fixent leurs propres conditions de vente des espaces publicitaires, ce qui leur permet d'échapper au monopole préexistant de l'ANEP sur la diffusion de la publicité.

Actuellement, la télévision gère la vente de ses espaces publicitaires en toute liberté selon un cahier des charges. Le même modèle est pratiqué par les différentes

radios, nationales ou régionales (stations FM) et un organisme de contrôle, le conseil supérieur de l'information surveille la télévision au même titre que la radio.

3-1 Réglementation de la publicité télévisée

La réglementation de la publicité à la télévision s'organise autour de dispositions générales qui s'appliquent à toutes les chaînes de télévision diffusées en France, en plus d'une réglementation spécifique à chaque télévision. Cette réglementation concerne le contenu du message, les interdictions, sa diffusion et le parrainage.

En Algérie, la situation est différente. Un décret n° 91-101 du 20 avril 1991 porte concession à l'établissement public de télévision, des biens domaniaux, des prérogatives et des activités inhérentes au service public de la télévision sur le territoire national. Hormis les biens meubles et immeubles ainsi que les prérogatives que l'État algérien a concédées à l'établissement public de télévision, et pour assurer la pérennité du service public de télévision, l'État veille à lui garantir, les moyens nécessaires et les conditions adéquates pour l'exécution effective de la mission qui lui est dévolue.

Le seul règlement dont dispose la télévision est un cahier des charges, figurant dans le décret cité ci-dessus, qui fixe les conditions des différentes activités de la télévision, en plus d'un autre cahier des charges établi par arrêté de l'autorité de tutelle, art. 37 : « *L'établissement est autorisé à programmer et à faire diffuser des messages de publicité commerciale de marque et de publicité collective et d'intérêt général. L'objet, le contenu et les modalités de programmation de ces messages sont régis par les lois et règlements en vigueur et sont soumis au contrôle du Conseil supérieur de l'information.* »⁽⁴²⁾.

Les chaînes satellitaires destinées spécialement aux téléspectateurs algériens, font leurs apparitions dans le champ audiovisuel, et qui échappe partiellement aux réglementations, en raison de leur mode de transmission qui se fait à partir des pays étrangers comme par exemple la Jordanie, malgré qu'ils ne sont pas soumis entièrement au droit algérien, et vu que leurs nombres ne cesse d'augmenter ce qui à susciter les autorités algérienne à promulguer la loi 14-04, du 24 février 2014, relative à l'activité audiovisuelle, son utilité va dans le sens, soit d'inciter ces chaînes de télévision à rallier la nouvelle organisation du paysage médiatique audiovisuel, ou bien c'est le début de l'ouverture de ce dernier. Dans cette même loi, tous ce qui à trait à l'activité de l'audiovisuel est bien définie, et notamment la publicité dans l'article Art. 7.⁽⁴³⁾

Comme toute télévision qui trouve une partie de son financement dans la publicité, la télévision algérienne vend des espaces publicitaires sur les cinq chaînes qui sont sous sa coupe, suivant des conditions générales de vente.

Les dispositions du décret 91-101 sont applicables aux chaînes de télévision diffusées en Algérie et qui sont toutes des chaînes publiques, tant que le champ audiovisuel n'est pas encore ouvert au secteur privé, pour les chaînes généralistes, mais plutôt thématique, toujours dans les textes de la loi n°14-04, suscitée. Le texte précité est axé principalement sur : le contenu des messages, les interdictions et la diffusion.

3-1-1 Contenu des messages publicitaires

La France organise la diffusion télévisuelle suivant le décret n° 92-280 du 27 mars 1992, qui comporte des prescriptions générales concernant les messages publicitaires destinés à la télévision et des interdictions relatives aux mêmes messages.

Prescriptions générales

Dans ce même décret, la publicité est définie comme toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de bien ou service, y compris ceux qui sont présentés sous leurs appellations génériques, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée.

Les séquences de message publicitaire doivent être aisément identifiables comme tels, nettement séparés du reste du programme avant comme après leur diffusion, par des écrans reconnaissables à leurs caractéristiques optiques et acoustiques. Lorsque les caractéristiques du service de télévision ne permettent pas que la publicité soit clairement identifiée comme telle, les conventions et les cahiers des charges peuvent définir les conditions dans lesquelles il est satisfait à cette obligation.

Les convictions, les traditions et les coutumes en Algérie sont des paramètres qui fixent les limites que ne doit pas franchir un message publicitaire télévisé. En plus de ce qui est pratiqué dans des conditions normales comme l'exigence requise, selon des normes pratiquées par la majorité des pays, il existe des spécificités relatives à la société algérienne. Ces restrictions sont énumérées dans le décret exécutif n° 91-101 : le contenu des messages publicitaires doit être conforme aux exigences de véracité, de décence et de respect de la personne humaine, il ne peut porter atteinte au crédit de l'État.⁽⁴⁴⁾

3-2 Diffusion des messages publicitaires

3-2-1 Forme et moment de la diffusion selon la réglementation française

Le décret du 27 mars 1992 fixe les conditions générales concernant la forme de la diffusion des messages publicitaires à la télévision, qui figure dans les prescriptions générales citées ci-dessus, comme l'utilisation de la langue française, le caractère identifiable du message publicitaire télévisé, ainsi que le volume sonore qui ne doit pas excéder le volume sonore moyen du reste du programme.

Les principes généraux définissant les obligations concernant la publicité et le parrainage pour les organismes de service public et les différentes catégories de services de communication audiovisuelle sont fixés par décret du 27 mars 1992, notamment son article 15 définissant les moments et durées de diffusion.

Ce décret clarifie toutes les dispositions figurant dans la loi du 30 septembre 1986 relatives à la liberté de la communication. Cette loi prévoit dans son article 48 l'organisation des modalités de programmation des émissions publicitaires sur les chaînes de télévision publique par le biais de cahiers des charges. Le décret de 1992 régit dans son art. 15 le moment et la durée de la publicité.⁽⁴⁵⁾

3-2-2 Diffusion du message publicitaire en Algérie

L'identification des messages dans le programme doit être énoncée clairement, et séparée du reste du programme avant comme après leur diffusion, et elle apparaît à l'occasion de l'interruption du programme. La diffusion doit se faire en langue arabe. Toutefois, il peut être dérogé à cette disposition lorsque l'usage sur le territoire national, de marques comportant des termes et des mentions, qui dans une langue étrangère sont nécessaires, génériques ou descriptifs des produits ou services concernés. La dérogation est accordée par le conseil supérieur de l'information.

Les messages publicitaires doivent être clairement annoncés comme tels, et sont diffusés à l'occasion d'interruptions normales du programme. À l'exception des campagnes d'intérêt général de l'administration, que le chef du gouvernement aura déclarées prioritaires, ces messages sont programmés dans des écrans spécialisés. Le temps consacré à la diffusion de message publicitaire ne peut être supérieur à quatre minutes par heure de temps d'antenne en moyenne dans l'année.⁽⁴⁶⁾

Ce temps est très inférieur à ce que la majorité des pays, pratique : un temps entre six et neuf minutes par heures de temps de diffusion sur les chaînes publiques et entre douze et quinze minutes par heure de temps de diffusion sur les chaînes par câble ou privées. Cette limitation de temps de diffusion du message publicitaire ne vise aucun programme spécifique comme, par exemple, ceux destinés aux enfants, et à des temps donnés.

3-2-3 Secteurs interdits à la publicité

Les secteurs qui sont interdits de publicité télévisée en France, sont énumérés dans l'article 8 du décret du 27 mars 1992 : Est interdite la publicité concernant d'une part les produits dont la publicité télévisée fait l'objet d'une interdiction législative et, d'autre part, les produits et secteurs économiques suivants : boissons comprenant plus de 1,2 degré d'alcool ; édition littéraire sauf sur les services de télévision exclusivement distribués par « câble » ou diffusés par satellite ; cinéma ; distribution pour les opérations commerciales de promotion se déroulant entièrement ou principalement sur le territoire national, sauf dans les départements d'outre-mer et les territoires de la Polynésie française des îles Wallis et Futuna, de Mayotte et Saint-Pierre.

Interdiction de recourir aux personnes présentant l'information, la publicité ne doit faire appel ni visuellement ni oralement à ces personnes présentant régulièrement les journaux télévisés et les magazines d'actualité.⁽⁴⁷⁾

3-2-4 Secteurs interdits à la publicité télévisée en Algérie

Sont interdits les messages publicitaires concernant les produits, les services et les secteurs économiques faisant l'objet d'une interdiction législative et réglementaire.⁽⁴⁸⁾ Le législateur veut faire allusion à un certain nombre de produits et services et secteurs économiques qui ne peuvent faire l'objet de la publicité à la télévision, mais sans les désigner. On comprend par là que le législateur vise les produits interdits comme le tabac ou les boissons alcoolisées et, comme dans d'autres pays, la publicité télévisée est interdite à un certain nombre de secteurs économiques, par exemple : l'édition littéraire, le cinéma, la presse, la grande distribution.

3-2-5 La publicité clandestine est interdite

C'est-à-dire la présentation verbale ou visuelle des marchandises, des services, du nom de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de service, dans des programmes lorsque cette présentation est faite dans un but publicitaire. Les chaînes de télévision pour éviter l'apparition d'une éventuelle publicité ou marque de produit qui peut glisser dans un programme, utilisent le moyen de « flouter » ou « mosaïquer » les images ou les inverser pour gêner la reconnaissance des marques.

3-2-6 La publicité subliminale est interdite

Elle ne doit pas utiliser des techniques *subliminales*. Toute publicité que le téléspectateur ne voit pas, mais qui est perçue par son inconscient, et l'influence ensuite. Pour démontrer ce phénomène, l'expérience suivante a été tentée « *dans un film de 24 images /secondes, on incluait une 25^{ème} image vantant une boisson. Cette image n'était pas consciemment vue par les téléspectateurs, mais, à la sortie, un pourcentage significatif commandait la boisson vantée. Alors que lorsque cette image n'était pas ajoutée le pourcentage redevenait normal* ». ⁽⁴⁹⁾

3-2-7 Le parrainage

Le parrainage à la télévision en France, est défini ainsi par le décret du 27 mars 1992, art. 17 : « *Toute contribution d'une entreprise ou d'une personne morale publique ou privée, n'exerçant pas d'activité de radiodiffusion télévisuelle ou de production d'œuvres audiovisuelles, au financement d'émissions télévisées, afin de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses réalisations.* »

Interdiction de certains parrains : L'article 19 du même décret rappelle que les émissions télévisées ne peuvent être parrainées par « *des entreprises qui ont pour activité principale la fabrication ou la vente de boissons alcoolisées, de produits du tabac, de médicament uniquement disponible sur prescription médicale ou la fourniture de traitements médicaux uniquement disponibles sur prescription médicale.* »

Le parrainage en Algérie se pratique presque dans tous les événements sportifs. Toutefois, il n'y a aucun texte qui définit clairement ce genre de publicité indirecte mis à part l'article 3 alinéa 3 de la loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales. On peut en déduire, de façon tacite, que cet article parle implicitement du parrainage en le définissant comme « *toute communication ayant pour objectif direct ou indirect de promouvoir la vente de bien ou service, quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre.* »

3-3 La publicité à la radio

Historiquement, la radio est média très puissant, dont le succès ne se dément pas, dégagé des contraintes techniques, avec une rapidité et un faible coût de production des messages, précisément des messages publicitaires. Les grandes familles de la radio sont classées par ordre en quatre types de radios : les généralistes, qui sont les plus anciennes et les moins nombreuses, mais c'est parmi elles que l'on trouve les plus fortes audiences ; les radios musicales, créées dans les années quatre-

vingt ; les thématiques et les locales qui ne couvrent qu'un petit territoire.⁽⁵⁰⁾

Dans une radio de service public, la publicité sert à pallier la faiblesse des dotations budgétaires publiques. Elle se doit donc d'être sérieusement encadrée pour ne pas laisser place à des dérives. Le service public se doit de suivre un certain nombre de principes en la matière, comme établir un seuil maximal de rentrées publicitaires dans le budget général annuel : en aucun cas, la part de la publicité ne peut excéder 50 % des recettes globales. Et ceci pour deux raisons : cela serait une concurrence déloyale pour les radios privées ; cela changerait la nature même des programmes de la radio publique.

Il a également été établi un seuil maximal de temps d'antenne consacré à la publicité par heure de programme, de façon à ne pas "polluer" l'antenne (et donc à conserver aux messages publicitaires un maximum d'impact) : pas plus de 3 minutes par heure (c'est à dire pas plus de 6 messages publicitaires de 30 secondes).

À titre de comparaison, la radio française privée RTL (qui est la première radio mondiale en terme de chiffre d'affaires) consacre 14 minutes par heure à la publicité, soit quasiment le quart de son temps. Privilégié les publicités d'intérêt général (promotion d'une institution, d'une région, d'une campagne publique, d'une action sociale ou humanitaire, d'une production...) sur les publicités de marque, la page de publicité, doit être clairement identifiée en tant que telles soit en étant encadrées par des identifiants sonores spécifiques, soit par l'annonce orale du présentateur (il s'agit ainsi d'éviter toute confusion entre publicité et information).

3-3-1 La publicité à la radio et les textes applicables en France

En France, il y a trois types de radios qui relèvent chacune d'un régime juridique particulier : la radio nationale, les radios périphériques, les radios FM. La radio nationale (France Inter, Radio France, Radio France internationale, etc.), n'accepte que la publicité d'intérêt commun d'une profession pour des établissements nationaux. Les radios périphériques ne sont pas soumises aux lois nationales puisqu'elles ne sont pas sur le territoire français, elles sont diffusées seulement sur le territoire français. Les radios FM respectent l'ensemble des règles générales et particulières concernant la publicité.

La réglementation de la publicité à la radio dépend du statut de l'émetteur et il faut distinguer entre radios publiques et radios privées. Cette publicité est réglementée par les cahiers des charges des différentes radios publiques.

Le texte de base en la matière est constitué par la loi du 30 sept. 1986 relative à la liberté de la communication. Cette loi prévoit un certain nombre d'interdictions générales proches de celles qui sont citées dans le décret du 27 mars 1992, comportant des prescriptions générales concernant les messages publicitaires destinés à la télévision.

3-3-2 Textes réglementaires régissant la diffusion radiophonique applicable en Algérie

En Algérie, la restructuration de la radio l'institue en établissement public, par le biais du décret n° 91-102 du 20 avril 1991, érigeant l'entreprise nationale de radiodiffusion sonore créée par le décret n° 86-146 du 1 juillet 1986 susvisé et érigée

en un établissement public à caractère industriel et commercial dénommé établissement public de radiodiffusion sonore, par abréviation (R.A.). Son siège est fixé à Alger. L'établissement est placé sous la tutelle de l'autorité désignée par le chef du gouvernement. Il est doté de la personnalité morale de droit public et de l'autonomie de gestion.

Ce même établissement est soumis aux obligations de continuité et d'adaptation du service public dans les conditions et modalités définies dans le cahier des charges générales. À ce titre, il exerce des activités de conception, de production et de diffusion des programmes radiophoniques sur l'ensemble du territoire national et vers l'étranger. On trouve ce cahier des charges annexé au décret n° 91-103 du 20 avril 1991 et dans un autre cahier des charges annuel fixé par arrêté de l'autorité de tutelle.

L'établissement de radiodiffusion assure la programmation et la diffusion des messages, et elle doit respecter les clauses qui figurent dans le cahier des charges et notamment dans ses articles qui l'autorisent à programmer et à faire diffuser des messages de publicité commerciale de marque, de publicité collective et d'intérêt général. L'objet, le contenu et les modalités de programmation de ces messages sont régis par les lois et règlements en vigueur et sont soumis au contrôle du conseil supérieur de l'information.⁽⁵¹⁾

Contenu du message

Les textes qui régissent les messages publicitaires à la radio, quant à leur contenu, sont presque similaires à ceux prévus pour les messages publicitaires télévisés.

3-3-3 Les organismes de contrôle de la publicité audiovisuelle

Le système de contrôle de la publicité audiovisuelle en France, se fait par le biais du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), qui est chargé de cette mission. Le CSA a un pouvoir de mise en demeure, il contrôle le respect des cahiers des charges par les différentes chaînes publiques et privées.⁽⁵²⁾

Le champ audiovisuel n'est pas encore accessible au secteur privé en Algérie, l'État détient toujours les rênes de la télévision et de la radio, ce qui justifie l'inutilité de la création d'un organisme comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le contrôle de la publicité en Algérie est attribué, dans le cadre de la loi n° 90-07 relative à l'information, au Conseil supérieur de l'information, autorité administrative indépendante de régulation, jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Parmi ses missions, le contrôle de toute publication, édition et diffusion, et garantir l'impartialité et l'indépendance des organes du secteur public de la radiodiffusion sonore et de la télévision.⁽⁵³⁾ L'année 2012 voit l'institution d'une autorité de régulation de l'audiovisuel, à travers la nouvelle loi relative à l'information, n°12-05 du 12 janvier 2012, dans son art.64 : autorité indépendante, jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière, les missions et les attributions de l'autorité de régulation de l'audiovisuel ainsi que sa composition et son fonctionnement sont fixés par la loi n°14-04 du 24 février 2014, relative à l'activité audiovisuelle.

Conclusion

Les messages publicitaires sont aujourd'hui diffusés par les nouveaux moyens de communication, Internet et le téléphone portable, en parallèle avec les médias classiques, des supports sur lesquels va s'installer la publicité pour atteindre le consommateur, ce qui leur a valu le statut de média. Des sociétés se sont spécialisées pour utiliser ces nouveaux moyens de communication à coût très réduit et permettre à des entreprises commerciales ou industrielles d'accroître la vente de leurs produits, ils sont en extension constante, ensemble, ils font accroître le poids économique du secteur de la publicité.

Les différentes formes de messages publicitaires sont l'œuvre des spécialistes dans la création artistique et technique, agencés par d'autres professionnels qui offrent leur service aux différents annonceurs. Toute cette panoplie de praticiens de la publicité a crucialement besoin de dispositif transparents comme les contrats, voulus par le législateur afin de minimiser les risques de conflit. Même un cadre des plus performants de règlement ne peut seul suffire à instaurer des comportements adéquats en publicité, une réflexion morale devient plus que nécessaire. L'autodiscipline peut jouer ce rôle, établie par les professionnels eux-mêmes. Une déontologie, et même une éthique pourquoi pas, servirait à protéger les consommateurs, surtout les femmes et les plus vulnérables, les enfants, et même les gens les plus âgés.

Notes:

- (1). HERMAN, Edward, *Les médias et les marchés aux États-Unis*, dans BANQUE MONDIALE, *Le droit d'informer : Le rôle des médias dans le développement économique*, P. 91.
- (2). Loi organique n° 12-05 du 18 Safar 1433 correspondant au 12 janvier 2012 relative à l'information.
- (3). Décret n° 67-208 du 09 octobre 1967 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'information dans son art.3.
- (4). Titre de journal français.
- (5). Titre de journal algérien.
- (6). LENDREVIE (J.), DE BAYNAST (A.). *Publicitor*. 6eme éd. Paris : Dalloz, 2004, p241.
- (7). Loi n°86-897 du 1 Aout 1986 définit les publications de presse et champ d'application, art.1 et 2.
- (8). Loi n° 90-07 du 3 avril 1990, relative à l'information, art.4 et 8.
- (9). Loi n°05-12 du 12 janvier 2012, relative à l'information
- (10). Ordonnance du 20 déc.1967, portant création de l'ANEP, art.5.
- (11). Ordonnance n° 68-78 du 12 avril 1978, art.8.
- (12). Ordonnance n° 71-69 portant institution monopole de la publicité commerciale, art.7.
- (13). Loi n° 82-01, portant code de l'information, art. 21.
- (14). Loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, art. 26.
- (15). Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, art. 2
- (16). Loi du 1 août 1986 art.10, alinéa 2.
- (17). cf. ci-dessus
- (18). FABRE (R.). *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*. Paris : Dalloz ,2006.p.486.
- (19). TREILLARD (P.). *Publicités enseignes préenseignes*. 2e éd. Paris :Berger-Levrault,2004. p.15.
- (20). Voir art. 581-2 du code de l'environnement français.
- (21). Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979, modifiée relative à la publicité aux enseignes et préenseignes.
- (22). Ordonnance n° 68-78 du 12 Avril 1968 portant institution du monopole de la publicité commerciale.
- (23). Ordonnance n° 71-69du 19 Oct.1971 portant institution monopole de la publicité commerciale.

- (24). Code de l'environnement français l'art. L581-3.
- (25). TREILLARD, Philippe, op.cit., p.p.33-34.
- (26). GREFFE (P.) et GREFFE (F.). La publicité et la loi. 10e éd. Paris : Litec, 2004. p.515.
- (27). Code de l'environnement français, art.581-4.
- (28). P., GREFFE & F., GREFFE, op.cit., p.517.
- (29). Ibid.
- (30). Loi n°03-10 du 19 juillet 2003 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable. (art.66, 67,68)
- (31). P., GRAFFE, op.cit., p.p.522
- (32). Ibid.
- (33). www.clauses-abusives.fr, recommandation n°80-01 de la commission des clauses abusives, 2002.
- (34). Ordonnance n°68-78 du 12 avril 1968 portant institution du monopole de la publicité commerciale, (art.6)
- (35). L'Office Radio Télévision Française
- (36). LENDREVIE, J., op.cit., P.253
- (37). WILHELM, P., KOSTIC, G., op.cit., p.149.
- (38). R, FABRE, op.cit., p. 492.
- (39). www.entv.dz
- (40). Ordonnance n°68-78 du 12 avril 1968 portant l'institution du monopole de la publicité commerciale, (art. 9)
- (41). Décret n° 86-283 du 2 décembre 1986, portant réorganisation de l'ANEP, (art.4)
- (42). Décret n°91-101 du 20 avril 1991 (art.37).
- (43). Loi n°14-04 du 24 février 2014, relative à l'activité audiovisuelle
- (44). Décret exécutif n° 91-101 du 20 avril 1991 portant concession à l'établissement public de télévision, des biens domaniaux des prérogatives et des activités inhérentes au service public de la télévision, (de l'art.38 à l'art. 42).
- (45). R., FABRE, op.cit., p. 490.
- (46). Décret exécutif n° 91-101 du 20 avril 1991, (art.43, 44,46).
- (47). R., FABRE, op.cit., p.p.495.
- (48). Décret exécutif n° 91-101 du 20 avril 1991, (art.45.)
- (49). R., FABRE, op.cit., p.p.496.
- (50). LENDREVIE, J., DE BAYNAST, A., op.cit.P. 262.
- (51). Décret exécutif n°91-103, art. (36).
- (52). R., FABRE, op.cit., p.p.504-508.
- (53). Loi n° 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, (art.59, art.60).